HAL
open science

Forclusion et prescription

Nicolas Balat

To cite this version:

Nicolas Balat. Forclusion et prescription. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2016. hal-03374113

HAL Id: hal-03374113

https://amu.hal.science/hal-03374113v1

Submitted on 11 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Forclusion et prescription

Nicolas Balat
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

(*Revue trimestrielle de droit civil* 2016, p. 751 s.)

Comment distinguer aujourd'hui la forclusion de la prescription extinctive en matière civile ? La question fait sans cesse l'objet de nouvelles difficultés, ainsi qu'en témoignent nombre d'arrêts récents. Cette étude voudrait montrer que la distinction n'est pas de nature, mais simplement de degré, la forclusion apparaissant comme une prescription plus sévère ; il en résulte que la qualification de forclusion devrait être expresse et obéir à la directive « pas de forclusion sans texte ». Quant au régime de la forclusion, le droit positif l'oppose à celui de la prescription extinctive, ce qui laisse de nombreuses questions irrésolues ; *de lege ferenda*, la meilleure solution ne serait-elle pas, à l'inverse, de transposer le régime de la prescription extinctive, tout en réservant le jeu de disposition contraires ?

1. Forclusion et prescription : la première, délaissée par les textes, malmenée par la jurisprudence, souffre du scepticisme de la doctrine ; la seconde, « reléguée au bout du code, comme pour défier les grands commentateurs d'y parvenir autrement qu'essoufflés ou morts »[1], n'a pas fini de livrer ses mystères. Deux utilisations du temps par le droit, deux notions représentatives des tendances du droit contemporain et emblématiques d'un *nouvel ordre juridique*[2] – accélération, rationalisation, gouvernance par les nombres[3], densification normative[4], relativisation des droits subjectifs – qui, dans leur distinction, n'ont de cesse de faire difficulté[5] : depuis la réforme réalisée par la loi du 17 juin 2008 – l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ayant, quant à elle, laissé de côté la problématique –[6], les arrêts sur la forclusion dans sa distinction avec la prescription extinctive soulèvent beaucoup de questions et apportent peu de réponses. La réforme de 2008 avait pourtant tâché de bouter la forclusion hors de son champ, puisque la loi est consacrée à la prescription et que le nouvel article 2220 du code civil dispose sans ambages que la forclusion n'est pas régie par les dispositions consacrées à la prescription extinctive. Notions broussailleuses, régimes en friche : les incertitudes dans les textes, en jurisprudence et en doctrine[7], ne manquent

[1] J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s. Au bout ou presque, puisque désormais, la prescription est suivie par les sûretés et le droit spécial territorial.

[2] V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique*, LexisNexis, 2015.

[3] A. Supiot, La gouvernance par les nombres, Fayard, 2015.

[4] Selon le titre de l'ouvrage dirigé par C. Thibierge, *La densification normative*, Mare & Martin, 2013.

[5] La distinction avec la prescription acquisitive, quant à elle, ne fait plus difficulté : il s'agit d'un mode d'acquisition de certains droits par la possession prolongée (art. 2258 c. civ.), contrairement aux deux autres, modes d'extinction.

[6] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 « portant réforme de la prescription en matière civile ».

[7] Pour le même constat au milieu du siècle dernier, M. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 439 s., spéc. n° 3. *Adde* E. Jeuland et C. Charbonneau, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix) », in *La prescription extinctive - Études de droit comparé*, dir. P. Jourdain et P. Wéry, LGDJ-Bruylant, 2010, p. 173 s. ; et, en droit belge, M.-P. Noël, « Les délais préfix », in *La prescription extinctive - Études de droit comparé*, dir. P. Jourdain et P. Wéry, LGDJ-Bruylant, 2010, p. 133 s.

pas. Quatre illustrations récentes l'attestent à titre liminaire.

2. Première illustration : dans un arrêt du 3 juin 2015, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « la suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil n'est pas applicable au délai de forclusion »[8]. La solution laissait en elle-même peu de place au doute : un délai de forclusion ne peut bénéficier de la cause de suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil, puisque l'article 2220 du même code prévoit que, sauf disposition contraire, les règles applicables à la prescription extinctive ne sont pas transposables à la forclusion, et que ces dispositions contraires n'existent pas ici. C'est néanmoins en filigrane que la solution apparaît révélatrice de difficultés majeures. D'une part, quel est le critère permettant de qualifier un délai de « forclusion » plutôt que de « prescription » ? D'autre part, quel est précisément le régime applicable à la forclusion et en quoi se distingue-t-il de celui de la prescription ? Sur ces deux points, l'arrêt est silencieux, à l'image de beaucoup d'autres.

3. Deuxième illustration : un arrêt du 30 juin 2015, rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi du 26 juillet 2005, qualifie de « préfix » le délai pour déclarer une créance aux organes de la procédure collective parallèlement à une demande de relevé de forclusion[9]. Si, comme une introduction à la matière, la complexité terminologique laisse présager des hésitations conceptuelles, la difficulté ne vient pas de l'utilisation, ici, du terme « préfix » (il est désormais entendu que ce terme renvoie à la forclusion[10], même si les deux termes coexistent[11] et si le droit positif gagnerait à être toiletté, peut-être dans le sens du terme de « forclusion », préféré du législateur contemporain). La difficulté provient davantage de ce que l'arrêt confirme l'existence de forclusions purement prétoriennes[12], apparemment qualifiées sans critère. Et la même incertitude de régime en découle, d'autant plus que l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié l'article L. 622-26 du code de commerce, y ajoutant une formule qui ressemble à s'y méprendre à celle de l'article 2234 du code civil, applicable à la prescription mais dont on se persuadait de l'incompatibilité avec la forclusion[13].

4. Troisième illustration, issue de la pratique contractuelle et notamment d'un arrêt rendu le 15 octobre 2013[14] : en présence d'un délai stipulé, est-il question d'une prescription conventionnelle ou d'une forclusion conventionnelle ? Quel en est le critère ? Quel en est le régime ? Si la

[8] Civ. 3e, 3 juin 2015, n° 14-15.796, à paraître au *Bulletin*.

[9] Com. 30 juin 2015, n° 14-13.766, *NPB* ; *D.* 2015, 1487, obs. A. Lienhard (solution constante).

[10] Dans le même sens, C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP N* 20 mars 2009, 1118, spéc. n° 15 ; V. Lasserre-Kiesow, *RDC* 2008, p. 1449 s. Avant la réforme, v. par ex. M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986 ; M. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 439 s., spéc. n° 3, qui juge le terme de préfix tautologique et lui préfère celui de forclusion.

[11] Notamment, l'article 2220 du code civil fait référence à la « forclusion », tandis que l'article 122 du code de procédure civile vise « le délai préfix » ; et la jurisprudence prend, elle aussi, un terme pour l'autre, utilisant parfois l'un ou l'autre indifféremment dans la même décision (outre l'arrêt cité, v. déjà Com. 23 avr. 2013, n° 11-25.963, *Bull. civ.* IV, n° 73 : « si aucun texte n'oblige le créancier défaillant à déclarer sa créance avant de saisir le juge-commissaire de sa demande de relevé de forclusion, il est néanmoins tenu de la déclarer dans le délai préfix de cette action, même s'il n'a pas été statué sur sa demande de relevé de forclusion à l'intérieur de ce délai » – *adde*, avant la réforme, Com. 11 juin 2002, n° 99-15.815, inédit).

[12] A. Lienhard, obs. sous Com. 30 juin 2015, *D.* 2015, 1487.

[13] N. Aymeric, « L'incidence du comportement du débiteur sur la prescription », *RTD civ.* 2013, p. 519 s., spéc. n° 39.

[14] Com. 15 oct. 2013, n° 12-21.704, *Bull. civ.* IV, n° 151 ; J.-B. Seube, « Stipulation de délai : prescription ou forclusion ? », *JCP E* 2014, n° 7, p. 32.

qualification de forclusion conventionnelle est retenue, cette dernière est-elle valable en droit positif malgré l'inapplicabilité de l'article 2254 du code civil à la forclusion ? En cas de réponse positive, à quel régime les soumettre ?

5. Quatrième illustration, tirée de la nouvelle procédure simplifiée de recouvrement des petites créances (anc. art. 1244-4 c. civ., issu de la loi du 6 août 2015, devenu l'art. L. 125-1 c. pr. civ. exéc.) : si « l'accord du débiteur, constaté par l'huissier, suspend la prescription », il n'en est pas de même de la forclusion. Avec pour conséquence de nouveaux risques de contentieux sur la qualification des délais (celui qui a intérêt à les voir suspendus invoquant une prescription, celui qui n'y a pas intérêt invoquant au contraire une forclusion…).

6. Les difficultés ne s'arrêtent pas à ces exemples. Tissier classait la question parmi les plus difficiles et les plus obscures[15] ; en écho, la doctrine contemporaine y voit une « nébuleuse »[16] lorsque ce n'est pas une « énigme »[17] et constate les problèmes à l'unisson[18]. À la critique d'un législateur désengagé, s'ajoute celle d'une jurisprudence qui, dit-on, « confond prescription et forclusion »[19]. Le sentiment était diffus depuis l'épisode sur la qualification du délai de l'article 29 de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929 sur le transport aérien international[20]. C'est encore le cas aujourd'hui dans un grand nombre d'hypothèses, qui révèlent un véritable flottement. On en viendrait même à douter là où, *a priori*, le doute semblait exclu : alors qu'aucune hésitation ne semblait pouvoir se dessiner à propos de l'article L. 218-2 du code de la consommation, qui dispose que « l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, *se prescrit* par deux ans »[21], certains auteurs ont pu s'interroger sur la nature du délai posé par ce texte : prescription ou forclusion[22] ? La situation est au demeurant complexifiée par la multiplication contemporaine des doubles délais extinctifs (v. par ex. le délai butoir applicable à la prescription extinctive, art. 2232 c. civ.). Et c'est sans compter sur les retournements inopinés (par ex., la Cour de cassation avait d'abord semblé considérer que le délai d'un an pour agir en nullité de la vente d'un fonds de

[15] G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, Larose, 1895, n° 36.

[16] Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., Lextenso, 2013, n° 1201 et n° 1223.

[17] A. Bénabent, « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges L. Boyer*, 1996, p. 123 s.

[18] Not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., Lextenso, 2013, n° 1201 et n° 1223 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9e éd., 2015, n° 500 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Les obligations*, 14e éd., Sirey, 2014, n° 540 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14e éd., Domat, 2014, n° 915 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., 2013, n° 1473 ; *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011.

[19] M. Mignot, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s. (à propos de Civ. 1re, 10 juill. 2014).

[20] Dans sa version française, cet article établit un délai de deux ans qu'il qualifie de « déchéance » ; devant l'imprécision de ce terme et après des hésitations, la jurisprudence décida de lui appliquer le régime de la prescription : Ass. plén. 14 janv. 1977, n° 74-15.061, *Bull.* AP, n° 1 ; *D.* 1977, jur. p. 89, concl. R. Schmelck – Ass. plén. 1er juill. 1977, n° 75-15.443, *Bull.* AP, n° 5. V. déjà Civ. 1re, 24 juin 1968, *Bull. civ.* I, n° 177 ; *D.* 1968, jur. p. 745, note P. Chauveau ; *Rev. crit. DIP* 1969, p. 262 s., note M. Simon-Depitre. V. not. F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, 1987-1988, n° 17.

[21] Dans le même sens, M. Mignot, note sur Civ. 1re, 10 juill. 2014, *Gaz. Pal.* 11 sept. 2014, p. 15 : « il ne fait aucun doute qu'il est un délai de prescription ».

[22] V., jugeant que la réponse à cette question est incertaine, D. Fenouillet, *RDC* 2008, p. 1228 s.

commerce[23] était une prescription[24], pour ensuite affirmer qu'il s'agissait d'une forclusion[25]). Mais comment blâmer un juge qui ne peut faire que son possible face au chantier laissé par les textes[26] ? Les régimes offrent, eux aussi, leur lot d'interrogations puisque, si l'article 2220 précité postule une distinction « purement négative »[27] entre les deux notions et leurs régimes juridiques, encore faut-il savoir quelle est l'exacte mesure de cette différence.

7. Loin des arrêts qui purent y voir une question « purement théorique »[28], la distinction a des enjeux pratiques considérables, puisque des procès peuvent être gagnés ou perdus sur cette seule question du délai, prescription ou forclusion : « les principes se vengent souvent du dédain qu'on leur témoigne », avertissait Voirin[29], et les situations ne sont pas rares dans lesquelles la qualification de forclusion ou de prescription influe sur l'issue d'un litige[30]. De la qualification du délai dépendra son régime et, souvent, l'issue du litige.

On passera sur le risque d'instrumentalisation des qualifications et des contentieux qui en résulte. Un seul exemple : soit deux parties, à qui il reste quelques mois pour faire valoir leurs droits, qui conviennent de recourir à une médiation (laquelle suspend la prescription, mais non la forclusion : art. 2238 c. civ.) pour rechercher une solution amiable à leur différend ; si la médiation échoue, il suffit à la partie qui bénéficierait de l'extinction d'alléguer que le délai en cause, écoulé sans le jeu de la suspension, n'est pas de prescription mais de forclusion, pour éteindre à moindres frais la contestation de la partie adverse.

Apporter une réponse à ces questions liées à la distinction entre forclusion et prescription apparaît nécessaire ; cela se révèle en outre d'autant plus urgent que le principe de sécurité juridique, jugé fondamental par les juridictions européennes et récemment appliqué en matière de prescription[31], pourrait également s'être vu reconnaître valeur constitutionnelle par le Conseil d'État dans une affaire concernant elle aussi les délais[32].

8. Comment distinguer la forclusion de la prescription extinctive ? La présente contribution propose une mise en ordre de cette distinction sur les deux pans complémentaires de notions à débroussailler (I) et de régimes à défricher (II).

I. Débroussailler les notions

9. C'est d'un véritable débroussaillage qu'a besoin la distinction entre la forclusion et la prescription extinctive. De l'article 2220 du code civil, il se déduit que la forclusion

[23] Ancien article 12, dern. al., de la loi du 29 juin 1935, devenu l'article L. 141-1, II, du code de commerce.

[24] Com. 14 mars 1972, n° 70-12.659, *Bull. civ.* IV, n° 90.

[25] Com. 10 déc. 1991, n° 89-14.344, *Bull. civ.* IV, n° 382 – Com. 31 mars 2004, n° 01-13.089, *Bull. civ.* IV, n° 67.

[26] Dans le même sens, v. déjà M. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 439 s., spéc. n° 30.

[27] O. Laouénan, *Les délais préfix*, thèse Bordeaux, 2002, n° 3, dont le constat est ici parfaitement transposable au droit actuel.

[28] CA Paris, 18 déc. 1942, *DC* 1943, jur. p. 36 s., obs. P. Voirin.

[29] P. Voirin, obs. sous CA Paris, 18 déc. 1942, *DC* 1943, jur. p. 36 s., spéc. p. 37.

[30] Contre-exemple : Civ. 1re, 9 juill. 2015, n° 14-15.314, à paraître au *Bulletin* : le créancier avait laissé le délai s'écouler sans accomplir aucun acte permettant de le considérer comme interrompu ou suspendu.

[31] Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 14-13.151, à paraître au *Bulletin* (citant CJUE du 4 juill. 2006, *Adeneler*, C-212/04 et du 15 avr. 2008, *Impact*, C-268/06) – CE 28 mars 2014, *Soc. Délicelait*, n° 350.095, *Lebon T.* (citant CJUE 5 mai 2011, *Ze Fu Fleischhandel GmbH* et *Vion Trading GmbH*, C-201/10 et C-202/10). Pour la CEDH, v. *Rép. dr. eur.*, *V°* « Conv. EDH, art. 6 », par L.-A. Sicilianos, 2014, n° 97 s.

[32] CE 21 janv. 2015, n° 382.902, *Lebon* ; *AJDA* 2015, p. 880, note G. Éveillard.

n'est pas la prescription extinctive et doit en être distinguée. En quoi ? Et *quid* de la qualification ? Quand se trouve-t-on en présence d'un délai de forclusion, ou, au contraire, d'un délai de prescription ? La réponse dépend du critère de distinction entre les deux institutions ; mais quel est-il ? La thèse d'une différence de nature ne permet plus de rendre compte du droit positif (A). La différence entre la forclusion et la prescription extinctive est aujourd'hui une simple différence de degré, la forclusion prenant les traits d'une prescription plus sévère ; il en résulte que la qualification devrait obéir à la directive suivante : *pas de forclusion sans texte* (B).

A. Rejet d'une différence de nature

10. Diverses conceptions avancées par la doctrine depuis la réforme du 17 juin 2008 procèdent de l'idée qu'il existerait une différence de nature entre la forclusion et la prescription extinctive. Avant tout, un critère tenant à la durée des délais, qui part de l'idée que les délais de prescription seraient naturellement plus longs que les délais de forclusion, ne peut convenir[33]. Si les prescriptions longues existent encore[34], le droit positif a, d'une manière générale, raccourci la durée des prescriptions et connaît nombre de prescriptions courtes (par exemple, le délai d'un an pour les actions nées du contrat de transport, art. L. 133-6 c. com., ou encore la prescription de trois mois pour demander réparation d'un dommage causé par diffamation ou injure par voie de presse, art. 65 L. 29 juillet 1881 ; en outre, les parties qui aménagent le délai de prescription peuvent stipuler une durée qui peut descendre jusqu'à un an – art. 2254 c. civ.). Il existe, du reste, des forclusions très longues (le délai décennal de responsabilité des constructeurs est ainsi souvent qualifié de forclusion). Un tel critère n'est pas opératoire[35].

11. Deux critères principaux[36] se détachent depuis la réforme : dans l'opinion dominante, prescription et forclusion se distingueraient par leur fonction et par leur objet – ces deux critères apparaissant, selon les auteurs, tantôt alternatifs, tantôt cumulatifs[37]. En dépit de leur intérêt, de tels critères se révèlent inadaptés au droit positif : prescription extinctive et forclusion se caractérisent à la fois par une fonction identique (1) et des objets sécants (2).

1. Identité de fonction

12. Selon une première conception souvent avancée depuis 2008, forclusion et prescription se distingueraient par leurs fonctions[38]. Pour M. Rouvière, c'est « la distinction entre preuve et sanction » qui permettrait « de répartir les délais dans

[33] Comp. E. Jeuland et C. Charbonneau, « Réalité des délais de forclusion (ou préfix) », in *La prescription extinctive - Études de droit comparé*, dir. P. Jourdain et P. Wéry, LGDJ-Bruylant, 2010, p. 173 s.

[34] Par ex. les délais de trente ans pour les « actions réelles immobilières » (art. 2227 c. civ.) ou pour les causes de nullité absolue d'un mariage (art. 184 c. civ. et Civ. 1re, 29 mai 2013, n° 12-15.001, *Bull. civ.* I, n° 109).

[35] Dans le même sens, J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142-1 ; F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* 31 juill. 2009, n° 152, p. 7 s., spéc. n° 6. V. déjà J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, PUF « Quadrige », 2004, n° 1276 et « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171 s., spéc. p. 178.

[36] Pour un inventaire toujours pertinent aujourd'hui de toutes les conceptions soutenues : J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, PUF « Quadrige », 2004, n° 1276. Et, depuis la réforme : *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 46.

[37] V. par ex., pour une utilisation cumulative, M. Mignot, *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s. : « ces deux délais n'ont pas la même fonction et vraisemblablement pas le même objet. » Et, avant la réforme : M. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 439 s., *passim*.

[38] Aux auteurs cités *infra*, *adde* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1473.

deux catégories nettes[39]. Les délais de prescription seraient des délais « *probatoires* », ce qui les distinguerait des délais de forclusion, qui « participent […] de l'idée de sanction »[40]. S'appuyant sur un ancien arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, qui qualifia la prescription extinctive de « présomption légale et formelle de libération »[41], la conception repose sur l'intuition que les délais de prescription ne seraient « que des mécanismes de preuve »[42], tandis qu'un délai de forclusion serait « animé par l'idée de sanctionner un comportement peu diligent »[43]. Ainsi, « chaque fois qu'un délai a pour fonction de punir civilement un comportement tardif, il s'agit d'un délai de forclusion »[44]. Dans la même démarche, M. Mignot estime que « la forclusion est une institution de protection des intérêts de celui contre lequel est exercé un droit ou une prérogative ou à l'encontre duquel est réalisée une formalité », « une sanction pour celui qui la subit », alors que, « par comparaison, la prescription tend à consolider une situation de fait et constitue une institution de paix sociale » à l'accent « probatoire »[45]. Ces deux conceptions ne convainquent pas pleinement : à s'en tenir à la fonction des mécanismes, comment ne pas constater leur fonction similaire ?

13. Au rebours de ces conceptions, prescription extinctive et forclusion semblent bien partager une même fonction, une même *cause finale* : éteindre un droit par l'effet de la passivité prolongée de son titulaire. Il est difficile de soutenir des fonctions opposées, ou même simplement distinctes, entre la prescription et la forclusion, alors que les deux mécanismes se soldent l'un comme l'autre, par l'extinction d'un droit, et se nourrissent pour cela de l'effet du temps et de la passivité du titulaire de ce droit. Par exemple, la prescription de l'action d'un professionnel pour un bien ou service fourni à un consommateur se solde, lorsqu'il est resté passif plus de deux ans, par *l'extinction de son droit* d'agir en justice contre le consommateur (art. L. 218-2 c. conso.) ; la forclusion opposable au créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les trois mois aux organes de la procédure collective du débiteur se solde par *l'extinction de son droit* de déclarer sa créance et d'être admis aux répartitions (art. L. 622-26 c. com.). Les fonctions sont identiques : éteindre un droit par l'effet de la passivité de son titulaire pendant un certain laps de temps[46].

Ces conceptions ne convainquent pas davantage dans les détails. D'une part, il apparaît difficile d'accepter le rapprochement de la prescription avec la preuve alors, par exemple, que l'article 2219 du code civil en fait un mode d'extinction d'un droit (Decottignies classait déjà dans sa thèse la prescription parmi les règles de fond improprement qualifiées de présomptions légales[47]), ou que l'article 122 du code de procédure civile ajoute qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir. L'analyse apparaît en outre très affaiblie par la disparition, depuis la réforme de 2008, des prescriptions présomptives de paiement de l'article 2277 ancien du code civil, qui étaient considérées comme les seules prescriptions véritablement assimilables à des mécanismes de preuve[48]. D'autre part, il

[39] F. Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* 31 juill. 2009, n° 152, p. 7 s., spéc. n° 8.
[40] F. Rouvière, art. préc., *passim*.
[41] Req. 15 déc. 1829, *S.* 1830, 1, p. 409.
[42] F. Rouvière, art. préc., spéc. n° 4 et n° 6-7.
[43] F. Rouvière, art. préc., spéc. n° 7.
[44] F. Rouvière, art. préc., spéc. n° 7.
[45] M. Mignot, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s.

[46] Rappr. O. Laouénan, *Les délais préfix*, thèse Bordeaux, 2002, n° 190.
[47] R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1947, chap. III.
[48] En outre, le régime de la prescription n'est qu'imparfaitement expliqué par cette qualification de mécanisme probatoire. Tout au plus pourra-t-on relever que l'effet indirect d'une prescription extinctive acquise est de dispenser le débiteur

apparaît tout aussi difficile d'accepter le rapprochement de la seule forclusion avec une sanction, alors qu'on ne peut en détacher totalement la prescription extinctive : cette dernière a pour effet d'éteindre un droit et constitue bien, pour son titulaire, une forme de sanction, quand bien même elle serait moins rigoureuse en son régime que la forclusion. Le droit positif donne ainsi bien de la peine à distinguer forclusion et prescription extinctive sur le plan de leur fonction : il accrédite au contraire la thèse d'une identité de fonction.

2. Recoupement des objets

14. Selon une deuxième conception fréquente, prescription extinctive et forclusion se distingueraient par leurs objets respectifs, par les droits sur lesquels elles portent : les deux mécanismes éteindraient certes des droits, mais ils n'éteindraient pas les mêmes droits. En ce sens, M. Mignot estime que « le délai de forclusion […] porte sur le droit d'action », tandis que, « par comparaison, la prescription […] est principalement un mécanisme […] relatif à l'obligation »[49]. De la même manière, MM. Terré, Lequette et Simler enseignent que « seule la prescription proprement dite est extinctive d'obligations »[50]. Selon cette thèse, la prescription serait extinctive de l'obligation, tandis que la forclusion serait extinctive de l'action en justice. La jurisprudence ne se montre pas toujours insensible à cette conception[51].

15. Il est néanmoins difficile d'adhérer à cette idée que prescription extinctive et forclusion se distingueraient par leurs objets respectifs[52], et ce, pour deux séries de raisons.

D'une part – et sans s'aventurer trop loin dans la controverse séculaire de savoir si la prescription extinctive éteint « le droit ou l'action » –, le droit positif atteste que, loin de se séparer sur la question de l'action en justice, prescription extinctive et forclusion se rejoignent : elles portent toutes deux *a minima* sur l'action en justice. C'est une conséquence de la qualification de fin de non-recevoir donnée aux deux mécanismes par l'article 122 du code de procédure civile[53], la fin de non-recevoir étant la catégorie de défense qui porte sur *l'action même*, sur le droit d'action au sens de l'article 30 du même code[54]. Les deux mécanismes touchent donc, *a minima*, le droit d'agir, l'action en justice, car si tel n'était pas le cas, ils ne seraient pas des fins de non-recevoir, mais des défenses au fond. L'analyse est confortée par de nombreux textes, à commencer par les articles 2224, 2225, 2226 et 2227 du code civil pour la prescription extinctive, qui font des « actions » leur objet littéral ; et pour la forclusion, peut par exemple être cité, parmi d'autres, l'article R. 312-35 (anc. L. 311-52) du code de la consommation, aux termes duquel les « actions en paiement » nées d'une défaillance de

---

d'apporter la preuve qu'il a exécuté l'obligation. Comp. F. Rouvière, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. n° 27.
On pourra noter qu'il n'est pas certain que les prescriptions présomptives aient toutes disparu : v. les art. L. 511-78 c. com. (lettre de change), L. 512-3 c. com. (billet à ordre), L. 131-60, alinéa 3, c. mon. fin. (chèque).

[49] M. Mignot, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s.

[50] *Adde* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, n° 1473, p. 1511.

[51] V. par ex. Com. 26 janv. 2016, n° 14-23-285, à paraître au *Bulletin*.

[52] V. déjà, pour une synthèse des doutes avant la réforme de 2008, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, PUF « Quadrige », 2004, n° 1276.

[53] V. déjà M. Abdel-Khalek Omar, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse 1967, dir. R. Perrot.

[54] L'art. 122 c. pr. civ. dispose en effet : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. » L'action, quant à elle, est définie comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » (art. 30 c. pr. civ.).

l'emprunteur dans un crédit à la consommation « doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion » (v. aussi, entre autres, les art. 1648, al. 2, ou 2450 c. civ.).

D'autre part, *quid* au-delà de l'action ? L'objet des deux mécanismes apparaît aussi variable qu'étendu. La prescription extinctive atteint aussi – c'est-à-dire en outre –, parfois, l'obligation. L'ancien article 1234 du code civil en faisait explicitement un mode d'extinction de celle-ci, et la doctrine a pris l'habitude d'y voir un mode d'extinction sans satisfaction du créancier [55]. Mais la prescription extinctive peut encore avoir bien d'autres objets [56], parmi lesquels les titres exécutoires (art. L. 111-4 c. pr. civ. exéc.), ou encore les droits réels accessoires (c. civ., art. 617 pour l'usufruit et art. 706 pour les servitudes). Une telle analyse est d'ailleurs confirmée par la définition contenue à l'article 2219 du code civil : la prescription extinctive est « un mode d'extinction d'un *droit* ». Sous-entendu (la loi ne distinguant pas) : un droit subjectif qui peut *a priori* être tout type de droit, de créance, réel, ou encore potestatif, mais aussi d'action en justice, sous réserve de dispositions contraires (notamment pour la propriété, dont l'art. 2227 rappelle qu'elle est insusceptible de prescription extinctive). Analyse encore confirmée par l'article 2221 du code civil : « la prescription est soumise à la loi qui régit le *droit* qu'elle affecte » ; le droit, non la seule action[57]. Quant à la forclusion, elle atteint parfois d'autres droits que le seul droit d'action, sans qu'aucune raison technique n'y fasse obstacle. Le droit positif connaît des forclusions qui s'appliquent à des droits « substantiels », notamment le délai pour émettre des protestations écrites dans le cadre d'un contrat de transport de déménagement conclu entre un professionnel et un consommateur (art. L. 224-63 c. conso.), ou le délai ouvert aux locataires pour réagir à une demande extrajudiciaire de déspécialisation d'un bail commercial (art. L. 145-49 c. com.). En outre, le délai butoir institué par l'article 2232 du code civil pour encadrer la prescription extinctive, qui porte sur le « droit » sans distinction, n'est-il pas lui-même de forclusion[58] ?

Alors, « l'action » ou « le droit » (l'action étant aussi un droit, la question pourrait être reformulée : le droit d'action ou le droit substantiel ?) ? L'action *a minima*, toujours, et le droit substantiel en outre, parfois, ce qui vaut tant pour la prescription extinctive que pour la forclusion[59]. Aucun critère de distinction tenant aux objets des mécanismes ne peut être tiré ; ceux-ci se recoupent largement. Ce constat d'échec impose de chercher ailleurs le critère de distinction entre forclusion et prescription extinctive.

B. Constat d'une différence de degré

16. Délaissant le dogmatisme des approches qui soutiennent une différence de nature, on constate, de manière plus pragmatique, que la forclusion est *plus rigoureuse* pour le titulaire du droit que la prescription extinctive. Ce n'est pas d'une différence de nature qu'il s'agit[60], mais d'une différence

[55] V. par ex. J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 129 s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9e éd., 2015, n° 498 s.

[56] V. déjà M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, préf. P. Raynaud, *passim*. Comp. M. Mignot, *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s.

[57] V. aussi *infra*, II.

[58] Rappr. M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s., spéc. n° 12 et n° 24 s.

[59] Rappr. M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s., n° 35.

[60] Dans le même sens, M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s. (qui soutenait la différence de nature sous le droit ancien : M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, préf. P. Raynaud,

de degré, la forclusion apparaissant comme une prescription plus sévère (1). De cette différence de rigueur, il résulte que le meilleur critère de qualification pour remédier aux errements du droit positif et restaurer la sécurité juridique doit être celui de la *volonté exprimée* du législateur : pas de forclusion sans texte (2)[61].

1. La forclusion : une « prescription sévère »

17. La différence entre la prescription extinctive et la forclusion n'est plus à chercher dans une nature distincte des mécanismes : elle relève du simple degré[62]. Qu'est-ce aujourd'hui que la forclusion, sinon « une prescription dotée d'un régime de rigueur »[63] ? Elle a vocation naturelle à l'écoulement du délai d'une traite, contrairement à la prescription, qui admet plus facilement des pauses et prolongements ; elle a moins égard que la prescription aux diligences du titulaire du droit – sans toutefois y être totalement imperméable –, agissant comme un couperet plus objectif que la prescription. Mme Bandrac le résume en considérant que « les mécanismes de la suspension et de l'interruption ne lui sont pas naturels, et encore moins cette immunité à l'encontre du temps que la suspension représente »[64]. La forclusion renvoie donc à l'idée d'un délai *plus strict*, d'une plus grande rigueur[65], pour le titulaire du droit, qui doit exceptionnellement faire davantage diligence que s'il était soumis à une simple prescription extinctive, de principe. Qu'en retenir ? Que, *pour le titulaire du droit, la forclusion est un mécanisme plus rigoureux que la prescription* – ou, ce qui revient au même car il s'agit du corollaire, que la forclusion relève d'une *favor debitoris*, d'un régime de faveur pour celui qui s'oppose au titulaire du droit (dans l'obligation, le débiteur qui s'oppose au créancier)[66]. Si, comme la prescription, la forclusion « introduit une contrainte dans l'exercice d'un droit » [67] (faire diligence avant l'expiration d'un certain délai, à peine d'extinction du droit), cette contrainte est, pour la forclusion, *plus forte* que pour la prescription. De simple degré, la différence réside ainsi dans la rigueur respective des mécanismes pour le titulaire du droit.

18. De nombreuses illustrations viennent à l'appui de cette position. On reprendra l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 juin 2015[68] : parce que le délai en cause est qualifié de « forclusion » et non de « prescription », la suspension attachée à une mesure d'instruction (expertise notamment) et prévue à l'article 2239 du code civil ne lui est pas applicable. Conséquence : le droit est éteint, alors que

---

n° 167 s.) ; *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 37. Pour la thèse d'une identité de nature avant la réforme : A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* 30 janv. 2008, p. 6 s. ; rappr. G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, Larose, 1895, n° 40.

[61] Rappr., avant la réforme de 2008, M. Béhar-Touchais, « Foisonnement des délais », in *Les désordres de la prescription*, dir. P. Courbe, PU Rouen, 2000, p. 7 s., spéc. n° 7, p. 11 : « un délai n'est finalement préfix que par la volonté arbitraire du législateur ».

[62] Rappr. M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s. ; *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 35 ; et juste avant la réforme, A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* 30 janv. 2008, p. 6 s.

[63] J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142-1.

[64] M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s., spéc. n° 10.

[65] L. Leveneur, obs. sous Civ. 3e, 20 mai 2009, *Contr. conc. consomm.* 2009, comm. 215.

[66] V. par ex. *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 36 ; M. Mignot, *Gaz. Pal.* 10 sept. 2014, p. 15 s. Ce corollaire ne vaut cependant que lorsqu'il existe bien un débiteur au sens strict, ce qui n'est pas toujours le cas – la forclusion et la prescription ne se limitant pas, dans leurs objets, aux obligations personnelles (v. *supra*).

[67] A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* 30 janv. 2008, p. 6 s.

[68] Civ. 3e, 3 juin 2015, n° 14-15.796, à paraître au *Bulletin*, préc.

si le délai avait été qualifié de « prescription », le droit aurait été préservé tout au long de la mesure d'instruction, du fait de la suspension. Pour un même type d'affaire, en cas d'expertise judiciairement ordonnée, le droit est, ou non, préservé par la suspension du délai, selon qu'il s'agit d'une prescription ou d'une forclusion : différence de rigueur pour le titulaire du droit. Ainsi, encore, le relevé de forclusion lorsque le défaut de déclaration de créance aux organes de la procédure collective est excusable (art. L. 622-26 c. com.) apparaît plus strict que le report du point de départ de la prescription pour impossibilité d'agir (art. 2234 c. civ.) : d'une part, le créancier qui obtient le relevé de forclusion ne peut être admis aux répartitions antérieures à la demande, alors que celui qui bénéficie du report de prescription pour impossibilité d'agir ne voit ses droits sacrifiés en rien ; d'autre part, la demande de relevé de forclusion ne le dispense pas de déclarer sa créance dans un strict délai – l'arrêt du 30 juin 2015 le rappelle [69]. Beaucoup d'aspects de régime fonctionnent à l'avenant[70].

Ainsi, les délais de forclusion sont-ils autre chose que « des délais de prescription simplement dotés d'un régime plus rigoureux »[71] ? Probablement pas, et c'est la raison pour laquelle les difficultés de qualification pourraient être résolues par l'application d'un adage très simple, forgé pour les besoins de la cause : « *pas de forclusion sans texte* ».

2. Conséquence : « pas de forclusion sans texte »

19. Au problème de critère s'ajoute logiquement, en droit positif, un problème de qualification. En l'état, la jurisprudence se prête difficilement à une synthèse : elle retient tantôt la qualification de forclusion avec texte (par ex. le délai édicté par l'art. R. 624-5 c. com. en cas de déclaration d'incompétence du juge-commissaire : Com. 23 sept. 2014[72] ; Com. 13 mai 2014[73]), ce qui n'est pas contestable, mais aussi, tantôt, *sans texte* (toujours dans la jurisprudence récente : le délai pour demander la révocation d'une donation pour ingratitude, institué par l'art. 957 c. civ.[74] ; le délai prévu par l'art. L. 624-9 c. com., aux termes duquel « la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure » de sauvegarde [75] ; le délai d'exercice des options de souscription ou d'achat d'actions dans la société anonyme, prévu par l'art. L. 225-118 c. com. [76] ; le délai d'exercice d'une action en justice pour lésion de plus des sept douzièmes dans la vente immobilière de l'art. 1676 c. civ.[77] ; la « forclusion décennale » vue dans le délai de responsabilité des constructeurs édicté par l'art. 1792-4-1 c. civ.[78] – parfois aussi qualifié de « délais d'épreuve »[79] – ; etc. [80]), ce qui apparaît beaucoup plus contestable. L'étude du droit positif révèle

[69] Com. 30 juin 2015, n° 14-13.766, *NPB* ; *D.* 2015, 1487, obs. A. Lienhard, préc.
[70] V. aussi *infra*, II.
[71] J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142-1.

[72] Com. 23 sept. 2014, n° 13-22.539, *Bull. civ.* IV, n° 137.
[73] Com. 13 mai 2014, n° 13-13.284, *Bull. civ.* IV, n° 86.
[74] Civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 12-26.571, *Bull. civ.* I, n° 246 : « délai préfix » – comp. Civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 10-27.276, *Bull. civ.* I, n° 17 : « délai de prescription » « susceptible ni de suspension, ni d'interruption ».
[75] Com. 1er avr. 2014, n° 13-13.574, *Bull. civ.* IV, n° 66.
[76] Com. 10 déc. 2013, n° 12-17.724, *Bull. civ.* IV, n° 183.
[77] Civ. 3e, 20 mai 2009, n° 08-13.813, *Bull. civ.* III, n° 117.
[78] Not. Civ. 3e, 27 mars 2013, n° 12-13.840, *Bull. civ.* III, n° 39.
[79] V. par ex. Civ. 3e, 15 févr. 1989, n° 87-17.322, *Bull. civ.* III, n° 36 – 17 mars 1993, n° 91-19.271, *Bull. civ.* III, n° 37.
[80] V. encore, en procédure pénale, le délai de l'article 173-1 du code de procédure pénale, que le texte ne qualifie pas, mais que la Cour de cassation considère comme une forclusion : not. Crim. 25 oct. 2011, n° 11-84.485, *Bull. crim.* n° 215.

ainsi des qualifications souvent discrétionnaires, dont l'on peine à comprendre la justification, lorsqu'il y en a une. Elles varient au gré des hésitations jurisprudentielles, approuvées ou critiquées par des propositions doctrinales qui reposent régulièrement sur une analyse par trop divinatoire de l'intention du législateur.

20. Cette imprévisibilité des qualifications n'est pas satisfaisante. D'impérieux motifs de sécurité juridique commandent d'y trouver un remède. Ce dernier pourrait provenir de ce que forclusion et prescription ne reposent pas sur une différence de nature, mais sur une différence de degré : la forclusion étant un mécanisme plus rigoureux, plus strict dans son régime que la prescription extinctive pour le titulaire du droit, elle doit être soumise à une qualification, elle aussi, stricte ; elle est *un mécanisme exceptionnel, là où la prescription est un mécanisme de principe* [81]. Or, ce qui est exceptionnel devant s'entendre d'une interprétation stricte, dans cette conception, il n'y aurait de forclusion que lorsqu'un texte retiendrait expressément cette qualification ; on l'exprimerait volontiers par l'adage « *pas de forclusion sans texte* ».

La jurisprudence a eu l'occasion de faire plusieurs pas en ce sens. C'était déjà le cas dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 12 mai 1955[82]. Le demandeur au pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir qualifié un délai de « prescription » et, partant, d'y avoir appliqué une cause de suspension pour minorité, alors que, selon le moyen, ce délai aurait constitué « un délai préfix ». La Cour de cassation rejette le pourvoi, aux motifs qu'« à défaut de tout élément tendant à caractériser un délai préfix », le délai devait bien être qualifié de prescription. Plusieurs arrêts peuvent être lus dans la continuité de celui-ci. Notamment, il fut jugé, à propos de l'article 29 de la convention de Varsovie sur le transport aérien international, « que les termes sous peine de déchéance n'impriment pas nécessairement par eux-mêmes, un caractère préfix au délai en cause, et qu'à défaut de tous autres éléments, la règle générale posée par l'article 2252 du code civil doit recevoir application » [83] ; la solution revient à poser que faute d'être qualifié expressément de forclusion, un délai doit être considéré comme de prescription. Peuvent encore être cités des arrêts qui, confrontés au délai de l'article 27 de la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection et à l'information du consommateur (loi « Scrivener ») et au silence des textes sur sa qualification, y voyaient *par défaut* un délai de prescription [84] jusqu'à ce qu'une loi du 23 juin 1989 vienne briser cette jurisprudence en précisant que ce délai était édicté « à peine de forclusion » – solution toujours en vigueur, à l'art. R. 312-35 c. conso. Un certain nombre d'autres arrêts peuvent être rangés dans ce mouvement[85].

21. Autrement exprimé : un délai devrait être qualifié de prescription, sauf texte contraire. En l'état du droit positif, ce raisonnement n'est toutefois pas toujours retenu : la qualification des délais reste incertaine et relativement aléatoire dans la

[81] V. déjà, très clair, F. Hage-Chahine, *La contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, 1987-1988, n° 179.

[82] Civ., 2e sect. civ., 12 mai 1955, *D.* 1955, 485 (premier moyen).

[83] Civ. 1re, 2 mars 1971, n° 69-12.670, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *D.* 1971, p. 455, note A. Chao ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 69, note M. Simon-Depitre. *Adde* Cass. 1er févr. 1842, *S.* 1842, 2, 227 : « quand la loi circonscrit dans un délai déterminé à peine de déchéance l'exercice d'un droit, c'est une prescription qu'elle établit au profit de celui contre lequel ce droit peut être exercé ».

[84] Par ex. : Civ. 1re, 24 nov. 1987, n° 86-13.232, *Bull. civ.* I, n° 307 – 23 févr. 1988, n° 86-17.226, *Bull. civ.* I, n° 48.

[85] V. par ex., affirmant (sans le justifier) que le délai institué par l'article 3 du décret du 24 décembre 1963 « ne crée pas une forclusion mais présente le caractère d'un délai de prescription » : CE 6 déc. 2006, *Mme A.*, n° 256.845, *Lebon T.*

majorité des cas [86]. Or, l'application systématique du raisonnement proposé permettrait de résoudre toutes les difficultés de qualification, comme en témoignent les illustrations suivantes, réparties dans trois cas de figure susceptibles de se présenter.

Le premier cas de figure est celui des textes *visant expressément la forclusion*. Peuvent être cités, parmi d'autres : l'article 26-4 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété (ce texte, relatif aux emprunts effectués par le syndicat des copropriétaires, dispose qu'« à peine de forclusion, la notification au syndic doit intervenir dans le délai de deux mois à compter de la notification du procès-verbal d'assemblée générale pour les copropriétaires opposants ou défaillants et, pour les autres copropriétaires, à compter de la tenue de l'assemblée générale ») ; l'article R. 312-35 du code de la consommation (dans le cadre d'un crédit à la consommation, les actions en paiement engagées devant le tribunal d'instance à raison de la défaillance d'un emprunteur « doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ») ; ou, plus subtiles, les délais posés par les articles L. 714-6 et L. 716-5 du code de la propriété intellectuelle (si ces derniers textes n'évoquent qu'une « irrecevabilité », il n'en est pas de même de l'article 9 de la directive 89/104 dont ils constituent la transposition, et qui évoque expressément « la forclusion par tolérance »[87]). Ces délais doivent conserver leur qualification de forclusion, qui leur est reconnue expressément par les textes, sans que rien ne permette d'y voir des prescriptions.

Le deuxième cas de figure est celui des textes *visant expressément la prescription*. Outre les délais institués par le titre régissant la prescription extinctive, qui sont évidemment des prescriptions (dans la double mesure où, d'une part, ils sont tous expressément qualifiés comme tels et où, d'autre part, l'article 2220 du code civil rejette toute velléité de les qualifier de forclusions), il en va encore ainsi de l'article 42, alinéa 1er, de la loi de 1965 sur la copropriété (« les actions personnelles nées de l'application de la présente loi entre des copropriétaires, ou entre un copropriétaire et le syndicat, *se prescrivent* par un délai de dix ans »), de l'article L. 218-2 du code de la consommation (« l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, *se prescrit* par deux ans »), ou de l'article 1578, alinéa 4, du code civil. De nombreux textes fonctionnent à l'avenant [88]. Ce sont des délais de prescription, les textes l'indiquant sans ambiguïté [89], et il n'existe aucune raison valable de considérer qu'il s'agirait de forclusions.

Le troisième cas de figure est celui des textes *ne visant expressément ni la forclusion, ni la prescription*. Ces délais, faute de qualification explicite dans les textes qui les instituent, devraient recevoir la qualification de prescription et se voir refuser celle de forclusion. Il en est ainsi, par exemple, du délai de trois jours posé par

[86] V. même, affirmant qu'un délai expressément qualifié de « forclusion » par les textes peut se voir appliquer les causes de suspension de la prescription, Civ. 2e, 18 mars 1998, *Bull. civ.* II, n° 95. Cet arrêt, qui exprime une position à notre connaissance isolée, a pu être interprété comme un signe de ce que, parfois, le terme de « forclusion » n'est « pas à lui seul décisif » (A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14e éd., Domat, 2014, n° 915).

[87] Si la directive laisse aux États la liberté des formes et moyens, elle lie par le résultat à atteindre (art. 288, al. 3, TFUE), qui était en l'espèce d'instituer un délai de forclusion. V. Com. 7 janv. 2014, n° 12-28.041, inédit – Com. 8 mars 2005, n° 03-12.193, *Bull. civ.* IV, n° 52.

[88] V. encore l'article L. 133-6 du code de commerce pour la prescription d'un an relative aux actions nées du contrat de transport.

[89] Dans le même sens, M. Mignot, note sur Civ. 1re, 10 juill. 2014, *Gaz. Pal.* 11 sept. 2014, p. 15 (pour le délai de l'article L. 137-2 c. conso.). V., statuant en ce sens sur le fondement de l'art. 1578 c. civ. : Civ. 1re, 2 déc. 2015, n° 14-25.756, à paraître au *Bulletin*.

l'article L. 133-3 du code de commerce[90], ou encore du délai fixé par l'article 1648, alinéa 1er, du code civil, relatif à l'exercice de la garantie des vices cachés dans la vente (« l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice »)[91]. À la marge, il devrait encore en aller ainsi du délai établi par l'article 1676 du même code, sur la recevabilité de la demande en rescision pour lésion de plus des sept-douzièmes dans la vente d'immeuble (quand bien même il est précisé que le délai court « contre les majeurs en tutelle et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu »[92], circonstance non suffisante pour y voir une forclusion). Enfin, illustration caractéristique : avant la loi du 4 août 2008, l'article L. 145-9, dernier alinéa, du code de commerce, disposait qu'en matière de bail commercial, le congé donné au preneur devait notamment préciser que ce dernier, pour contester le congé ou demander une indemnité d'éviction devait, « à peine de forclusion, saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné » ; il s'agissait alors incontestablement d'une forclusion, dans la mesure où le législateur l'affirmait expressément. Or, après diverses modifications, la mention « à peine de forclusion » ne figure plus dans cet article, lequel se contente d'évoquer un délai de deux ans sans le qualifier (« doit saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné ») ; on peut aujourd'hui considérer qu'il s'agit d'un délai de prescription[93]. Dans ce raisonnement, la qualification expresse de prescription n'est pas nécessaire – l'absence de précision devant aboutir par défaut à la qualification de prescription.

Un dernier point : *quid* des délais édictés « à peine de déchéance », par exemple ceux des articles 1622 du code civil (un an pour demander un supplément ou une diminution de prix dans la vente), 39, 2°, de la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises (« l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité, s'il ne le dénonce pas au plus tard dans un délai de deux ans »[94]) ou encore celui édicté par les articles 29 de la convention de Varsovie et 35 de la convention de Montréal sur le transport aérien international (« l'action en responsabilité doit être intentée, sous peine de déchéance, dans le délai de deux ans ») ? Ces délais devraient, eux aussi, recevoir la qualification de prescription, à l'exclusion de celle de forclusion. En effet, prescription extinctive et forclusion créent toutes deux une déchéance pour le titulaire du droit[95], si bien que rien ne peut être déduit de

[90] Le texte dispose que « La réception des objets transportés éteint toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle si dans les trois jours, non compris les jours fériés, qui suivent celui de cette réception, le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, sa protestation motivée. » (la solution aurait en outre le mérite de préserver les droits du destinataire). Comp. art. L. 224-63 c. consom., qui y institue expressément une forclusion dérogatoire.

[91] Contrairement au délai établi par l'alinéa 2 du même article 1648, puisqu'il qualifie expressément le délai qu'il pose de « forclusion ».

[92] Raison pour laquelle la jurisprudence et une partie de la doctrine (not. *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 44 ; J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142-1, et les réf. citées) sont actuellement favorables à la qualification de forclusion.

[93] Dans le même sens, v. F. Auque, « Réforme de la prescription et droit des baux commerciaux », *AJDI* 2009, p. 344 s. Un exemple similaire peut être trouvé à l'article suivant, l'article L. 145-10, dernier alinéa, du code de commerce.

[94] Comp. L. Leveneur, « Attention aux confusions : la Convention de Vienne ne traite pas de la prescription des actions de l'acheteur ! », *JCP E* 2009, 1408.

[95] V. M. Bandrac, « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, p. 1413 s. Rappr. *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 45. Comp. F. Luxembourg, *La déchéance des droits*, éd. Panthéon-Assas, 2008, qui rejette la qualification de « déchéance » pour la prescription comme pour la forclusion.

l'utilisation de l'expression ; il conviendrait donc systématiquement de revenir par défaut à la qualification de prescription, ce que fait actuellement une jurisprudence majoritaire (v. le délai de l'art. 29 de la convention de Varsovie[96], ou la prescription de quatre ans des créances sur les personnes publiques, régie par la loi n° 68-1250 du 31 déc. 1968[97]), mais pas univoque[98].

22. Une telle conception est la seule à même d'instaurer une entière prévisibilité du droit positif, en même temps qu'elle se révèle la plus adaptée à la réalité des rapports entre prescription extinctive et forclusion (une prescription sévère, exceptionnelle)[99]. On peut penser que ce raisonnement devrait être systématiquement retenu par les décisions de justice. Mieux, le législateur ne pourrait-il pas le faire sien ? Tirant les conséquences de ce qui précède, on pourrait songer à un texte (par exemple dans un nouvel alinéa 2 de l'article 2220 du code civil) : « *À défaut de mention expresse qu'un délai est de forclusion, celui-ci est regardé comme un délai de prescription* » ; ou encore « *Toute forclusion est expresse ; faute de mention des textes qui l'instituent, un délai est de prescription* ».

La mise en œuvre de cette conception changerait toutefois certaines qualifications retenues actuellement (celle des délais de responsabilité des constructeurs, celle du délai pour demander la révocation d'une donation pour ingratitude, etc.). Pour compenser l'excès éventuel – et marginal – résultant de ce système, une contrepartie de l'adoption de ce raisonnement pourrait consister à retoucher certains textes pour attribuer la qualification expresse de « forclusion » aux délais que l'on souhaite absolument voir qualifier tels (not. délais de responsabilité des constructeurs des art. 1792 s. c. civ., etc.) pour des questions de régime.

II. Défricher les régimes

23. Comment distinguer le régime de la forclusion de celui de la prescription extinctive ? Pour filer la métaphore, le droit positif doit pour le moins faire l'objet d'un défrichage sur ce point. En effet, si le régime de la prescription extinctive est relativement bien établi par de nombreux textes, qu'en est-il de celui de la forclusion ? Fort peu de choses sont certaines. En l'état, il est certain que, sauf rares exceptions, le régime de la forclusion ne peut pas être identique à celui de la prescription extinctive[100] : l'article 2220 du code civil le prohibe. Il est en outre certain que la différence d'intensité entre la forclusion et la prescription[101] se traduit au plan du régime des institutions : les différences de régime se résument à l'idée que la forclusion est plus stricte que la

[96] Civ. 1re, 2 mars 1971, n° 69-12.670, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *D.* 1971, p. 455, note A. Chao ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 69, note M. Simon-Depitre : « attendu que les termes sous peine de déchéance n'impriment pas nécessairement par eux-mêmes, un caractère préfix au délai en cause, et qu'à défaut de tous autres éléments, la règle générale posée par l'article 2252 du code civil doit recevoir application ». La solution est claire : faute d'être qualifié expressément de *forclusion*, un délai est de prescription, même lorsqu'il est nommé « déchéance ».

[97] Incitée par certains termes dans la loi, la doctrine publiciste retient parfois la qualification de « déchéance » (v. not. *Rép. contentieux administratif* Dalloz, *V°* « Prescription quadriennale », 2009, par É. Picard, spéc. n° 8 s.), sans véritable impact sur le régime des délais institués par le texte, considérés comme de prescription. *Adde* CE 6 déc. 2006, *Mme A.*, n° 256.845, *Lebon T.*, préc., qualifiant le délai « à peine de déchéance » institué par l'article 3 du décret du 24 décembre 1963 de prescription et non de forclusion.

[98] Notamment, le délai édicté à l'article 1622 du code civil est qualifié de forclusion (Civ. 3e, 25 mars 2015, n° 14-15.824, *Bull. civ.* III).

[99] On relèvera au demeurant que le changement se ferait au profit du titulaire du droit, puisque l'extinction contre son gré et sans satisfaction doit rester d'autant plus strictement encadrée qu'elle est sévère.

[100] Comp. A. Trescases, « Les délais préfix », *LPA* 30 janv. 2008, p. 6 s., qui soutenait « une identité de régime » ; avant la réforme comme depuis celle-ci, la thèse ne reflète pas le droit positif.

[101] V. *supra*, I.

prescription. Mais encore convient-il de prendre la mesure exacte de ces différences. Portent-elles sur l'entier régime des institutions ? Ou sur certains points seulement ? En droit positif, les réponses demeurent pour une large part assez obscures et imprévisibles (A). Une éclaircie semble ne pouvoir procéder que d'une refonte, envisagée à titre prospectif (B).

A. Constater l'imprévisibilité

24. En droit positif, le régime juridique de la forclusion, largement construit en opposition avec celui de la prescription extinctive, fait l'objet d'incertitudes qui peuvent être présentées selon une gradation : s'il repose sur quelques solutions certaines (1), il souffre surtout beaucoup de solutions seulement probables (2) et de solutions tout simplement incertaines (3).

1. Les solutions certaines : dispositions ponctuelles

25. Les solutions certaines tiennent, d'une part, au régime emprunté par la forclusion à la prescription extinctive et, d'autre part, au régime propre à la forclusion. En raison de la rareté de la première catégorie comme de la seconde, les certitudes se révèlent peu nombreuses.

26. En premier lieu, du fait de l'exclusion de principe du régime de la prescription extinctive pour la forclusion (art. 2220 c. civ.), le régime emprunté à cette dernière par la forclusion est presque inexistant : il se limite aux dispositions expressément étendues à la forclusion. Au titre de celles-ci figure l'article 2222 qui pose des règles de droit transitoire, l'article 2241 qui érige la demande en justice en cause d'interruption du délai, et l'article 2244, qui dispose qu'une mesure conservatoire ou un acte d'exécution forcée interrompent également le délai. Les règles empruntées au titre XX du livre III du code civil se résument à ces trois textes. Hors de ce titre, peuvent y être ajoutées quelques dispositions éparses, et pour ainsi dire anecdotiques, applicables à la fois à la forclusion et à la prescription extinctive[102].

27. En second lieu, le régime propre à la forclusion et construit sans opposition à la prescription extinctive est, lui aussi, très limité. Seules quelques dispositions ponctuelles peuvent être mentionnées. *A minima*, les dispositions instituant une forclusion fixent toujours une durée (par exemple, deux ans pour le délai de forclusion de l'art. R. 312-35 c. conso.). Ces mêmes dispositions prévoient en outre parfois, mais pas toujours, un point de départ (le même délai de l'art. R. 312-35 précité court ainsi à compter de l'événement qui a donné naissance aux « actions en paiement », celui-ci étant déterminé par des critères alternatifs donnés par le texte).

Le régime procédural de la forclusion fait également l'objet de quelques dispositions propres, complétées au gré des espèces par la jurisprudence. Dans la typologie des défenses, la forclusion est une fin de non-recevoir – tout comme la prescription extinctive. C'est ce qui résulte expressément de l'article 122 du code de procédure civile, qui fait ainsi de la forclusion (« délai préfix ») l'un des moyens qui tendent « à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond » ; la forclusion acquise génère, comme la prescription, une irrecevabilité et peut être proposée en tout état de cause[103]. Quant au relevé de forclusion, procédure de relèvement dont peut bénéficier le titulaire du droit qui n'a pas fait diligence dans le délai requis, il fait lui aussi l'objet de dispositions éparses.

[102] V. par ex. l'art. 1er de la loi du 11 juill. 1979 relative à la motivation des actes administratifs, ou encore les art. R. 422-54 du code de la propriété intellectuelle, R. 2221-29 du code général des collectivités territoriales, R. 323-28 du code des communes de la Nouvelle-Calédonie.

[103] Pour une application : Civ. 2e, 6 nov. 2014, n° 13-23.326, *Bull. civ.* II, à paraître.

Notamment, l'article L. 622-26 du code de commerce permet aux créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances dans les délais requis de solliciter auprès du juge-commissaire qu'il les « relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission du débiteur » [104] ; l'article 540 du code de procédure civile réglemente le relevé de forclusion pour un appel hors délai, en prévoyant les cas d'ouverture et la procédure applicable.

2. Les solutions probables : interruption, suspension

27. Parmi les solutions probables figurent l'exclusion sauf texte, pour la forclusion, de deux mécanismes applicables à la prescription extinctive : l'interruption et la suspension du délai[105]. La jurisprudence le confirme parfois[106]. Au regard de ce que prévoit l'article 2220 du code civil (auquel s'ajoute l'invitation à raisonner *a contrario* du fait de la transposition de causes limitatives d'interruption de la prescription à la forclusion : art. 2241 et 2244 c. civ.) et de la plus grande rigueur de la forclusion par rapport à la prescription extinctive, ces solutions doivent être considérées comme à peu près certaines. Envisagée par rapport à la prescription, la forclusion obéit en effet au besoin impérieux d'empêcher que, par le jeu de divers mécanismes invoqués à des fins dilatoires ou non, un délai ne soit sans cesse prorogé et ne soit jamais écoulé. Quelques éléments empêchent néanmoins une certitude absolue sur ces points.

28. Première idée : les causes d'interruption de la prescription ne sont en principe pas applicables à la forclusion. Toutefois, comme déjà constaté, certaines causes sont expressément étendues à la forclusion et l'interrompent tout comme la prescription (v. les art. 2241 et 2244 c. civ., préc.), la Cour de cassation veillant à ce que ces dispositions soient exactement appliquées par les juges du fond[107]. Pour reprendre une distinction chère à Pothier, on affirmerait ainsi volontiers au regard du droit positif qu'il n'est pas de l'*essence* du délai de forclusion de ne pouvoir être interrompu, mais simplement de sa *nature*.

Chemin faisant, l'on ne voit pas bien pourquoi, si ce n'est en raison du silence des textes (raison en elle-même peu convaincante en opportunité), l'effet interruptif conféré par l'article 2240 du code civil à la reconnaissance du droit par le débiteur ne pourrait être étendu aux délais de forclusion : dès lors que les délais de forclusion peuvent, comme les délais de prescription, être interrompus, la distinction perd de sa clarté.

29. Deuxième idée : la forclusion ne serait pas susceptible de suspension, contrairement à la prescription, de même qu'elle ne pourrait bénéficier des causes de report du point de départ applicables à celle-ci. Il en résulte que les causes prévues aux articles 2233 à 2239 du code civil pour la prescription doivent être déclarées inapplicables à la forclusion. Tel est notamment le cas de la suspension de l'article 2239 du code civil lorsqu'est ordonnée une mesure d'instruction et c'est ce qu'a décidé, de manière prévisible, la Cour de cassation[108]. On peut considérer qu'il en va de même pour les autres causes

[104] Pour des applications récentes, v. par ex. Com. 17 déc. 2013, n° 12-26.411, *Bull. civ.* IV, n° 188 – Com. 28 janv. 2014, n° 12-27.728, *Bull. civ.* IV, n° 25 – Com. 12 janv. 2010, n° 09-12.133, *Bull. civ.* IV, n° 6. *Adde* Com. 12 janv. 2016, n° 14-18.936, à paraître au *Bulletin*.

[105] Avant la réforme, v. déjà O. Laouenan, *Les délais préfix*, thèse Bordeaux IV, 2002, dir. J. Hauser.

[106] Par ex. Civ. 3e, 16 janv. 2013, n° 12-10.107, *Bull. civ.* III, n° 3.

[107] Pour la cassation d'un arrêt d'appel qui avait affirmé que la forclusion n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension, et qui en avait tiré prétexte pour refuser de constater son interruption par une assignation, Civ. 1re, 9 juill. 2009, n° 08-16.847, *Bull. civ.* I, n° 174.

[108] Not. Civ. 3e, 3 juin 2015, n° 14-15.796, à paraître au *Bulletin*, préc.

de suspension établies par ces articles. On peut considérer qu'il en va aussi de même pour les causes de suspension de la prescription prévues hors du seul titre XX : si la lettre de l'article 2220, qui interdit l'extension des règles de la prescription à la forclusion, y est textuellement limitée, son esprit commande de l'étendre par analogie à toutes les dispositions qui concernent la prescription. Par exemple, on peut considérer que, si, dans le cadre de la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances instituée par le nouvel article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution, « l'accord du débiteur, constaté par l'huissier, suspend la prescription »[109], cet accord ne suspend pas la forclusion.

Néanmoins, en technique et contre ces certitudes apparentes, rien ne semble interdire la suspension d'un délai de forclusion : certains textes, certes fort exceptionnels, le permettent [110] . La forclusion pourrait ainsi bénéficier d'une suspension exceptionnelle, pourvu seulement qu'un texte le prévoie. L'on est conduit à poser que la forclusion ne serait pas susceptible de suspension, sauf texte très exceptionnel, tandis que la prescription serait par principe susceptible de suspension, sauf texte contraire. En outre, sur le plan de l'opportunité, l'exclusion des causes de suspension a pu susciter des critiques : pour s'en tenir à l'arrêt du 3 juin 2015, une partie de la doctrine regrette l'application rigoriste de l'article 2220 du code civil et estime que la solution inverse, à savoir l'application de l'article 2239 du code civil (en l'état littéralement condamnée par l'article 2220), serait plus conforme à l'esprit de ce dernier article[111]. Et en effet, que son droit soit soumis à la menace d'une forclusion ou d'une prescription, « le créancier qui obtient la désignation d'un expert agit de manière diligente » [112] ; ne mérite-t-il pas que sont droit soit préservé de la même manière, dans les deux cas, par une suspension du délai ?

Et à bien y réfléchir, tout est-il si clair aux termes de l'arrêt du 3 juin 2015 ? Comment est sollicitée une mesure d'instruction avant tout procès, sinon par une demande en justice ? Or, les articles 2239 et 2241 du code civil énoncent tour à tour, d'une part, que seule la prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction, et, d'autre part, que prescription et forclusion sont interrompues par une demande en justice, même en référé… Serait-ce à dire que, prise en elle-même, la demande de mesure d'instruction ne suspend pas la forclusion mais que, prise en tant que demande en justice, elle l'interrompt[113] ? Ou, comme cela semble s'évincer de l'arrêt de 2015, qu'en tant que demande en justice, la demande de mesure d'instruction interrompt la prescription comme la forclusion (art. 2241), mais que la désignation ultérieure de l'expert par le juge suspend en outre la prescription, mais non le délai de forclusion (art. 2239), reparti de zéro suite à l'interruption ? Tout ceci est passablement complexe.

30. Et *quid* du jeu du mécanisme, proche d'une suspension, issu de l'adage *contra*

[109] On pourra relever que par souci de cohérence avec la disposition plus générale de l'art. 2240 c. civ., cet « accord du débiteur » aurait dû non pas suspendre la prescription, mais l'interrompre : l'art. 2240 dispose en effet que « la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription » ; et qu'est-ce que « l'accord du débiteur » visé à l'art. 125-1 précité, sinon une « reconnaissance du droit de celui contre lequel il prescrit » ?…

[110] V. not. l'art. 67 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[111] V. par ex. S. Pellet, « Suspension des délais de forclusion : la lettre tue, mais l'esprit vivifie… », *L'essentiel en droit des contrats* 2015, comm. 106 ; v. encore Ph. Malinvaud, « Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption », *RDI* 2010, p. 105 s.

[112] S. Pellet, « Suspension des délais de forclusion : la lettre tue, mais l'esprit vivifie… », *L'essentiel en droit des contrats* 2015, comm. 106.

[113] V. S. Becqué-Ickowicz, *RDI* 2015, p. 400 s., spéc. n° 18.

non valentem agere non currit praescriptio, partiellement intégré dans l'article 2234 du code civil ? Les premières impressions donnent à penser que ce mécanisme n'est pas applicable à la forclusion : l'article 2220 du code ainsi que la proximité avec la suspension constituent des arguments solides en ce sens. Une autre lecture est néanmoins possible. La jurisprudence a récemment pu affirmer que les dispositions des articles L. 622-24 et L. 622-26 du code de commerce « ne font pas obstacle à la recevabilité d'une action en relevé de forclusion exercée après l'expiration du délai maximal d'un an prévu par l'article L. 622-26 du code de commerce par un créancier placé dans l'impossibilité d'agir pendant ce délai »[114]. N'était-ce pas purement et simplement reconnaître l'applicabilité de l'adage *contra non valentem* aux délais de forclusion[115] ? On peut le penser, d'autant que la nouvelle rédaction de l'article L. 622-26, issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 et applicable aux procédures ouvertes à partir du 1er juillet 2014, consacre au moins partiellement cette solution[116]. D'autres textes vont en ce sens (v. not. art. R. 421-12 c. assur.), si bien qu'il est aujourd'hui raisonnable de considérer – sans certitude absolue toutefois – que la règle issue de l'adage *contra non valentem* s'applique à la forclusion comme à la prescription, en dépit de l'apparence de certains textes.

3. Les solutions incertaines : tout le reste

31. Les solutions incertaines renvoient malheureusement à tout le reste. Si le droit positif permet quelques certitudes ou probabilités sur le régime de la forclusion envisagé par rapport à celui de la prescription extinctive, les doutes, quant à eux, sont innombrables.

32. Qu'en est-il du relevé d'office par le juge du moyen tiré de la forclusion ? Une partie de la doctrine estime qu'il est possible[117]. L'argument principal provient d'une lecture *a contrario* de l'article 2247 du code civil, qui dispose que « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription » ; s'y ajoute que la forclusion est parfois considérée comme d'ordre public, alors que la prescription serait d'intérêt privé et devrait être invoquée par les intéressés, position parfois corroborée en jurisprudence[118]. Mais alors, *quid* des forclusions qui ne seraient pas d'ordre public[119], notamment, le cas échéant, les forclusions conventionnelles (v. *infra*) ? Et *quid* en sens inverse, des prescriptions d'ordre public (art. L. 218-2 c. conso., que l'art. R. 632-1 du même code fait obligation au juge de relever d'office ; en matière pénale, prescriptions de l'action publique et de la peine ; etc.) ? Et si l'on peut renoncer à une prescription acquise (art. 2250 c. civ.), faut-il en déduire, au contraire et à l'image de ce que put estimer Batiffol autrefois, que les délais de forclusion sont insusceptibles de renonciation une fois expirés[120] ?

---

[114] Com. 5 sept. 2013, n° 13-40.034, *Bull. civ.* IV, n° 127 (QPC).

[115] Rappr. A. Hontebeyrie, « L'adage *Contra non valentem*… a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », *D.* 2014, p. 244 s.

[116] La dernière phrase de cet article dispose en effet désormais : « Par exception, si le créancier justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur avant l'expiration du délai de six mois, le délai court à compter de la date à laquelle il est établi qu'il ne pouvait ignorer l'existence de sa créance. » V. A. Lienhard, *D.* 2015, p. 1487.

[117] J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9e éd., 2015, n° 500.

[118] Not. CE 6 déc. 2006, *Mme A.*, n° 256.845, *Lebon T.*, qui admet que si la forclusion peut être relevée d'office en ce qu'elle présente un caractère d'ordre public, tel n'est pas le cas de la prescription extinctive.

[119] *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 63.

[120] H. Batiffol, note sous Req 28 févr. 1928, *S.* 1929, 1, p. 225 s., spéc. p. 225.

33. Qu'en est-il, encore, du jeu de la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle (dite « *quae temporalia* ») ? Elle est reconnue applicable à la prescription [121], mais la jurisprudence antérieure à la réforme en refusait l'application à la forclusion [122]. Cette solution est-elle maintenue sous le droit nouveau, alors même que la règle de *quae temporalia* n'a pas été consacrée par les textes et se trouve, par conséquent, hors du champ de l'article 2220 du code civil et de l'interdiction de transposer les solutions de la prescription extinctive à la forclusion ?

34. Et la loi applicable à la forclusion ? Une application pure et simple de la *lex fori* apparaît-elle tenable, sachant que la forclusion n'a pas toujours l'action en justice pour objet[123] ? Convient-il alors de transposer la règle posée par l'article 2221 du code civil, qui dispose que « la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte »[124] ? D'un côté, l'article 2220 précité l'interdit. Mais d'un autre côté, une telle transposition n'est-elle pas la solution la meilleure au regard de ce qu'est la forclusion (une prescription plus stricte, à l'objet comparable et à la fonction identique) ?

35. Le droit positif autorise l'aménagement conventionnel de la prescription extinctive (art. 2254 c. civ.) ; en est-il de même pour la forclusion ? La jurisprudence l'avait sans conteste permis avant la réforme de 2008[125]. Et il est certain que les clauses de forclusion continuent de prospérer dans la pratique (par ex., la clause, figurant sur les relevés bancaires, qui impose au titulaire d'un compte de formuler une éventuelle réclamation dans un délai de deux mois). Sont-elles valables ? Il n'apparaissait pas impossible que la jurisprudence, dans une lecture combinée des articles 2254 et 2220 du code civil, décide d'interdire les forclusions conventionnelles (ou les forclusions légales aménagées conventionnellement, qu'il s'agisse de dérogations *in pejus* ou *in melius*) ; sur ce fondement, une partie importante de la doctrine se prononce pour l'interdiction pure et simple de l'aménagement conventionnel de la forclusion[126], tout en regrettant le rigorisme de cette solution prévisible.

Une telle solution est toutefois aujourd'hui, heureusement, loin d'être certaine. Un arrêt de 2013 pouvait déjà être implicitement lu en faveur de la validité des clauses de forclusion : un contrat de cautionnement prévoyait que, faute d'être demandée par le créancier dans un délai conventionnel de trois mois, la garantie n'était plus due par la caution ; la cour d'appel, après avoir retenu la qualification de délai de prescription, avait estimé qu'en application de l'article 2254 du code civil, le délai conventionnel ne pouvait être inférieur à un an ; son arrêt fut cassé au visa de l'ancien article 1134 du code civil, aux motifs que la caution bénéficiaire de l'expiration du délai

[121] Art. 1185 nouv. du c. civ. Avant la réforme : Civ. 1re, 14 janv. 2015, n° 13-26.279, *Bull. civ.* I – Com. 3 déc. 2013, n° 12-23.976, *Bull. civ.* IV, n° 176.

[122] Not. Com. 31 mars 2004, n° 01-13.089, *Bull. civ.* IV, n° 67. Pour le droit nouveau, *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 61.

[123] V. *supra*.

[124] Règle qui, contrairement à une première intuition, ne peut signifier que la prescription extinctive est régie par la loi du droit substantiel : en posant que la prescription extinctive est soumise à la loi qui régit le droit qu'elle affecte, la loi laisserait ouverte la possibilité que ce droit soit un *droit substantiel* ou un *droit processuel* (comp. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *D.* 2009, p. 1557 s., spéc. p. 1561 ; F. Terré, « Observations », in *La réforme de la prescription en matière civile*, dir. Ph. Casson et Ph. Pierre, Dalloz, 2010, p. 107 s., spéc. p. 108).

[125] Civ. 2e, 14 oct. 1987, n° 86-13.059, *Bull. civ.* II, n° 195 ; *RTD civ.* 1988, 753, obs. J. Mestre.

[126] Not. J. François, *Les obligations - Régime général*, 3e éd., Economica, 2013, n° 142 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd., Lextenso, 2013, n° 1223 ; J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9e éd., 2015, n° 500 ; *adde* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., 2013, n° 1473.

de trois mois était fondée à s'en prévaloir[127]. À quoi revenait cet arrêt, sinon à admettre la validité des forclusions conventionnelles (il écarte la qualification de prescription) et à les soumettre à un régime dérogatoire à celui des prescriptions conventionnelles (il autorise un délai inférieur à ce que prévoit l'art. 2254 c. civ.) ? C'est également en ce sens, beaucoup plus clairement, que doit être lu un récent arrêt de la chambre commerciale, qui pose que « la clause qui fixe un terme au droit d'agir du créancier institue un délai de forclusion » et la valide[128]. Cette position, dont on ne sait pas encore si elle sera suivie par les autres chambres de la Cour de cassation et par les juges du fond, pourra être approuvée : outre que l'impossibilité d'aménagement conventionnel de la forclusion serait regrettable et aboutirait à la ruine d'une pratique établie et largement admise[129], la solution peut se recommander de la liberté contractuelle, dont l'ancien article 1134 du code civil, qui figure au visa, est depuis longtemps considéré comme l'étendard (depuis la réforme, v. l'art. 1102 c. civ.). Et à supposer l'aménagement conventionnel de la forclusion possible, quel sera son régime ?

37. Enfin, le raisonnement suggéré par l'article 2220 révèle parfois clairement ses limites : tout le régime de la forclusion ne peut pas être déduit *a contrario* de celui de la prescription extinctive ; une telle démarche est parfois littéralement impossible. Notamment, quel point de départ appliquer à un délai de forclusion qui, dans les textes, n'en a pas de fixé ? La méthode donnée par l'article 2220 ne fonctionne pas : comment déterminer le point de départ d'un délai de forclusion en raisonnant négativement par rapport à la prescription ? Quel point de départ choisir pour y appliquer le raisonnement *a contrario* ? Celui de l'article 2224 du code civil ? Celui d'un autre texte ? Pour quelle raison ? Et à supposer cette question tranchée, que déduire *a contrario* ? Que le délai de forclusion court non pas à compter de la connaissance subjective d'un fait, mais de son existence objective ? Quel est le contraire « du jour où le titulaire a connu ou aurait dû connaître les faits » lui permettant d'exercer son action ? Les interprétations possibles sont multiples.

C'est pourquoi, s'écartant de l'article 2220 du code civil, un auteur suggère de déterminer le point de départ de la forclusion à partir de l'adage *actioni non natae*[130] : le délai ne commencerait à courir qu'à la naissance de l'action. Cependant, est-ce bien là le contraire de la formule prévue pour la prescription ? On retrouve la règle posée par cet adage à l'article 2233 du code civil, pour la prescription ; mais l'article 2220 en interdit la transposition pure et simple à la forclusion…

Et comble des incertitudes et confusions, la jurisprudence récente a même semblé fixer le point de départ de certains délais spéciaux de prescription… à partir du régime de la forclusion[131]. On le voit, les questions ne manquent pas et sont le signe qu'il reste difficile, malgré l'invite des textes, de totalement opposer les régimes des deux institutions. Ne peut-on alors songer, *de lege ferenda*, à refonder le régime de la forclusion par rapport à celui de la prescription extinctive, afin de restaurer la prévisibilité qui fait aujourd'hui défaut ?

B. Restaurer la prévisibilité

[127] Com. 15 oct. 2013, n° 12-21.704, *Bull. civ.* IV, n° 151.
[128] Com. 26 janv. 2016, n° 14-23.285, *Bull. civ.* IV.
[129] Rappr. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., 2013, n° 1473.
[130] *Rép. civ.* Dalloz, *V°* « Prescription extinctive », par A. Hontebeyrie, 2011, n° 53.
[131] V. Civ. 1re, 10 juill. 2014, n° 13-15.511, *Bull. civ.* I, n° 138 ; *Gaz. Pal.* 11 sept. 2014, p. 15, note (critique) M. Mignot, qui, sans l'exprimer, applique à la prescription établie par l'art. L. 137-2 anc. du code de la consommation, le point de départ de la forclusion établie par l'art. L. 311-52 anc. du même code.

38. De la synthèse qui précède, il résulte que deux séries de raisons rendent le régime juridique de la forclusion difficile à déterminer au regard de celui de la prescription extinctive : la comparaison négative qu'impose l'article 2220 du code civil et la faiblesse du régime propre de la forclusion. Si l'on en tire les conséquences logiques, deux voies sont donc ouvertes pour remédier à l'imprévisibilité, ces voies pouvant s'entendre alternativement ou cumulativement : d'une part, renverser l'article 2220 du code civil pour rendre applicable par principe le régime de la prescription extinctive à la forclusion, à l'exact opposé de la solution du droit positif (1) ; d'autre part, compléter le régime propre de la forclusion (2).

1. Renverser l'article 2220 du code civil ?

39. Pourquoi ne pas songer à renverser l'article 2220 actuel du code civil ? On a pu constater qu'il n'existait, entre la forclusion et la prescription extinctive, qu'une différence de degré ; or, une telle différence de degré doit-elle entraîner une différence de régime si importante qu'elle conduise à refuser en bloc l'application des règles de l'une à l'autre ? N'est-ce pas plutôt la solution inverse, celle de l'applicabilité de principe des règles de la prescription extinctive à la forclusion, sauf exception textuelle, qui devrait prévaloir ? Elle apparaît plus ajustée à la nature des rapports entre forclusion et prescription, la forclusion étant aujourd'hui devenue une simple prescription sévère[132].

C'est en ce sens qu'a d'ailleurs pu se prononcer une partie de la doctrine[133], tout comme l'avant-projet de réforme élaboré par l'Académie des sciences morales et politiques[134]. C'était aussi le sens de l'une des recommandations de la mission d'information du Sénat, finalement non suivie en 2008 : « poser le principe de la soumission des délais dits de forclusion ou préfix au même régime que les délais dits de prescription, tout en conservant au cas par cas des règles spécifiques »[135].

40. Au regard de tout ce qui précède, l'article 2220 du code civil gagnerait ainsi à être purement et simplement renversé par le législateur, et à disposer à l'avenir : « *Les délais de forclusion sont également régis par le présent titre*[136]*, sauf dispositions contraires prévues par la loi* ». Ce renversement devrait s'accompagner d'un ajout, dans les articles dont l'application à la forclusion n'est pas souhaitée, de la mention que la règle « *n'est pas applicable à la forclusion* » (par ex. : actuels art. 2224 à 2227, et 2234 à 2337, c. civ.). Ces articles seraient finalement assez peu nombreux.

Cette voie aurait le mérite d'offrir une singulière économie de moyens et beaucoup de sécurité juridique, puisque les solutions applicables à la forclusion seraient aussi assurées que celles applicables à la prescription, si bien que les justiciables n'auraient pas besoin d'attendre l'issue d'un contentieux pour être fixés sur l'extinction ou non de leur droit (l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 3 juin 2015 est à la fois commune et caractéristique : près de 7 ans pour savoir si le droit était éteint ou non[137]…).

2. Compléter le régime propre de la forclusion ?

---

[132] V. *supra*, I.

[133] Not. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 11e éd., 2013, n° 1473 ; V. Lasserre-Kiesow, *RDC* 2008, p. 1449 s. V. déjà Merlin, cité dans G. Baudry-Lacantinerie et A. Tissier, *De la prescription*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, Larose, 1895, n° 36.

[134] *Pour une réforme du régime général des obligations*, art. 110.

[135] Recommandation n° 16 de la mission d'information sur le régime des prescriptions civiles et pénales (Sénat, rapport n° 338, 2006-2007).

[136] Si l'on ne craignait de nouvelles sources de distinctions et incertitudes – à combattre vigoureusement –, il pourrait être ajouté « *en tant que de raison* » (comp. art. 110 av.-projet « Terré »).

[137] Civ. 3e, 3 juin 2015, préc.

41. Pourquoi ne pas aller plus loin et envisager l'élaboration d'un ensemble de textes qui détailleraient le régime propre de la forclusion ? Notion aussi importante que malmenée en droit positif, la forclusion mériterait bien un tel traitement, et nul doute que la prévisibilité et la sécurité juridique y gagneraient. Ces textes pourraient par exemple s'insérer dans un titre XX*bis* du livre III du code civil, intitulé « *De la forclusion* ».

42. Si l'on suivait cette voie, la teneur exacte des règles propres à la forclusion dépendrait du point de savoir si l'on retenait cette solution comme une alternative au renversement de l'article 2220 (ce dernier resterait inchangé) ou comme un complément de celui-ci (l'article serait alors modifié dans le sens indiqué plus haut). Dans le cas d'une alternative, les règles propres à la forclusion devraient détailler l'entier régime juridique de celle-ci : définition de la forclusion, critère de qualification, délais principaux, point de départ de droit commun voire spéciaux, absence de suspension, absence d'interruption sauf texte, aménagement conventionnel, loi applicable, jeu ou non des adages *contra non valentem* et *quae temporalia*, relevé d'office de principe, relevé de forclusion (hypothèses, procédure, effets), etc. Dans le cas d'un cumul des solutions, les règles propres à la forclusion pourraient ne détailler que les différences de régime avec la prescription extinctive : suspension, interruption, point de départ, relevé d'office, relevé de forclusion, etc.

43. **Conclusion.** Si la prescription correspond à un besoin – elle serait, selon le mot de Bigot de Préameneu, « de toutes les institutions du droit civil la plus nécessaire à l'ordre social »[138] –, il en est de même pour la forclusion : disposer d'un mécanisme de délais au régime plus strict que ceux de prescription est parfois indispensable, pour répondre à une volonté légitime de célérité et empêcher que, par le jeu de divers mécanismes, un délai ne soit sans cesse allongé, à des fins dilatoires ou non ; dissoudre purement et simplement la forclusion dans la prescription[139] apparaît dès lors inopportun. Il reste à s'accommoder de la distinction, l'objectif devant être de la rendre la plus stable possible.

Quant aux notions, la différence entre la forclusion et la prescription extinctive n'apparaît pas de nature, mais simplement de degré : il y a entre ces deux institutions, selon une formule célèbre, *plus de nuance que de contraste*. La forclusion est manifestement devenue aujourd'hui une simple *prescription sévère*, ce que la lettre de l'article 2220 actuel du code civil n'est guère parvenu à changer. Elle impose un régime plus rigoureux et davantage de diligences au titulaire d'un droit que la prescription. Dès lors, pour remédier aux difficultés actuelles de qualification, il faudrait admettre en maxime générale « pas de forclusion sans texte ».

Quant aux régimes, celui de la forclusion oscille entre renoncement du législateur et tâtonnements de la jurisprudence : l'article 2220 du code civil impose de le penser négativement par rapport à celui de la prescription, ce qui n'est pas toujours satisfaisant ou possible, et les dispositions propres sont rares. Il en résulte de profondes et nombreuses incertitudes. Il est proposé d'inverser l'article 2220 et de soumettre par principe la forclusion à la prescription extinctive sauf disposition contraire, ou encore d'édicter un corps de textes prévoyant un régime propre de la forclusion. Les deux branches de cette option pourraient être envisagées séparément ou de manière cumulative, sous

[138] Cité in P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. XV, p. 573.

[139] C'était la proposition de l'avant-projet « Catala » : Ph. Malaurie, « Exposé des motifs », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Livre III-Titre XX, De la prescription et de la possession, spéc. n° 13.

réserve d'une compatibilité satisfaisante entre elles. À ce prix pourraient être restaurées la prévisibilité et la sécurité que la matière mérite : *quieta non movere*…