



HAL
open science

La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion. Les Petites Affiches, 2009, p.7-11. hal-01141901

HAL Id: hal-01141901

<https://hal.science/hal-01141901>

Submitted on 14 Apr 2015

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.

La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion

Frédéric Rouvière
Agrégré des Facultés de Droit
Professeur à l'Université de Franche-Comté

Paru dans *Petites Affiches* 31 juillet 2009, n°52, p.7-11

La réforme de la prescription a aiguë la nécessité de distinguer les différentes sortes de délais car tous ne sont pas soumis aux mêmes règles. Dans cette voie, une nouvelle classification est proposée. Le délai de prescription et le délai butoir sont des délais probatoires qui se distinguent des délais de forclusion qui sont des délais de sanction.

1. Vin nouveau, vieilles outres – Le vin nouveau de la réforme de la prescription¹ a été versé dans de vieilles outres car le législateur a accentué des distinctions qui existaient déjà de façon implicite. Désormais, la lettre de la loi consacre explicitement la distinction entre les délais de prescription et de forclusion, ces derniers n'étant pas régis par les règles propres à la prescription². Encore, la réforme a créé un nouveau de type de délai, sans le nommer³. La terminologie de délai butoir est souvent employée⁴ mais on pourrait tout aussi bien parler de délai d'épreuve⁵.

De façon générale, les vendanges théoriques ne sont pas satisfaisantes. Le délai de forclusion est un avatar du délai préfix, cette notion mystérieuse⁶, si ce n'est mythique, qui nourrit de façon récurrente une interrogation doctrinale qui vire souvent à la perplexité: existe-t-il vraiment un critère permettant de les distinguer des délais de prescription ? De la même façon, le délai butoir ou d'épreuve est la généralisation du mécanisme du double délai, connu en matière de produits défectueux⁷, voire du procédé d'un délai unique et intangible comme c'est le cas pour la responsabilité des constructeurs⁸. Mais ce délai butoir est-il soumis

¹ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008, déjà largement commentée. V. à titre indicatif les références générales : B. Fauvarque-Causson et J. François, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », D. 2008, p.2512 ; Ph. Malaurie, « La réforme de la prescription civile » Defrénois 2008, p.2029 et JCP 2009, I, 134 (même titre) ; S. Amrani-Mekki, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », JCP 2008, I, 160 ; C. Brenner et H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », JCP E 2009, 1197 ; Actes de colloque « La réforme du droit de la prescription », Petites affiches 2009, numéro spécial du 2 avril.

² Art. 2220 c. civ. : « Les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre ».

³ Art. 2232 c. civ. al. 1: « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit ».

⁴ B. Fauvarque-Causson et J. François, préc., D. 2008, n°27 ; Ph. Malaurie, préc., Defrénois 2008, n°12 ; S. Amrani-Mekki, précité, JCP 2008, n°46.

⁵ Cass. 3e civ., 18 janv. 2006, Bull. III, n°17 : dans la responsabilité des constructeurs, il y a un « délai décennal qui est un délai d'épreuve ».

⁶ A. Trescases, « Les délais préfix », *Petites Affiches*, 30 janv. 2008, p. 6.

⁷ Art. 1386-16 c. civ. : « Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci (...) est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit (...) ».

⁸ La loi n°2008-561 du 17 juin 2008 a créé le nouvel art. 1792-4-1 c. civ. qui conserve le délai décennal.

aux mêmes règles que la prescription ? La loi n'en souffle mot. De là découle que le législateur a procédé non à une innovation mais à une rénovation de nombreux mécanismes : suspension, interruption, computation, interversion. Même l'aménagement conventionnel du délai est une nouveauté toute relative. Si l'on considère que la prescription est d'intérêt privé, il semble normal de pouvoir en disposer. La possibilité de renoncer à une prescription acquise a d'ailleurs toujours été admise, ce qui milite en faveur de la possibilité de disposer du délai. Les nombreux commentaires de la réforme signalent la nécessité de distinguer les délais mais ne font pas de propositions. La rareté des recherches sur le point précis de la délimitation des différentes sortes de délais souligne d'autant plus l'intérêt à approfondir cette distinction.

2. Le besoin d'autres neuves – Des autres neuves sont bel et bien nécessaires. La nature des différents délais doit être précisée pour résoudre des questions que la loi ne traite pas ou n'a pas voulu traiter. Ce besoin est avant tout pratique : comment qualifier par exemple le délai décennal de la responsabilité des constructeurs ? Si ce n'est pas un délai de prescription, le juge peut-il alors le soulever d'office ? Les parties peuvent-elles conventionnellement l'abrèger ou l'augmenter ? Le problème central est de savoir à quel corps cohérent de règles soumettre chaque délai. Bref, il s'agit de choisir l'application d'un régime juridique dont l'application dépend au préalable d'une prise de position sur la nature des délais⁹.

L'enjeu d'une distinction entre les délais de prescription, butoir, de forclusion est de permettre de leur appliquer le régime juridique adéquat. Dans cette voie, chaque délai doit être qualifié mais aussi distingué de chaque autre afin d'aboutir à une classification cohérente, reposant sur des critères nets de distinction. L'objet de la présente étude est de proposer cette classification des délais. C'est ce seul aspect qui sera analysé à l'exclusion des autres modifications que la réforme a pu apporter.

La remise en ordre du chaos des délais doit passer par une redistribution de leurs fonctions¹⁰. L'introduction globale du délai butoir appelle à le distinguer en particulier du délai de prescription (I). Toutefois, la prescription et le délai butoir peuvent être rangés sous la catégorie plus vaste des délais probatoires qui s'opposent aux délais de forclusion. Cette seconde distinction est la plus générale car elle s'applique à tous les délais (II).

⁹ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD civ. 1984, p. 258.

¹⁰ M. Bruschi, note sous Cass. 1re civ., 21 oct. 1997, D. 1998, jur., n°18, p.413 : « les distinctions modernes (...) devraient contribuer à redistribuer efficacement le rôle des délais préfix et celui des délais de prescription ».

I. – Distinction particulière des délais de prescription et butoir

3. Régimes des délais de prescription et butoir – Le régime de la prescription est le mieux connu. Le délai de prescription est susceptible d'être suspendu¹¹ et interrompu¹². Le point de départ du délai peut varier en fonction de la connaissance du titulaire du droit¹³ : c'est une computation mobile, un point de départ glissant. La réforme a ajouté à cette liste la possibilité d'aménager contractuellement le délai sauf pour les créances périodiques ou entre professionnels et profanes¹⁴.

Le régime du délai butoir est plus incertain. Son point de départ est fixe¹⁵. Logiquement, il n'est pas susceptible d'être suspendu car il vient justement limiter l'extension du délai de prescription, d'où son nom de « butoir ». Les points du régime non éclaircis sont l'interruption et l'aménagement : peut-on étendre ces deux règles aux délais butoir ?¹⁶

Si le législateur distingue les deux délais, c'est bien qu'ils ne sont pas strictement identiques. D'ailleurs, leurs natures juridiques doivent présenter nécessairement une certaine dissemblance, sans quoi il serait impossible d'expliquer le cumul de ces deux catégories juridiques distinctes,¹⁷ par exemple pour le cas des produits défectueux (combinaison de délais de 3 et 10 ans) ou pour l'action en nullité pour les actes de disposition par l'un des époux du logement familial¹⁸ (combinaison de deux délais de un an). Toute la question est alors de connaître le critère de distinction.

Les différences certaines de régime sont minimes : point de départ fixe et aucune suspension pour les délais butoirs, point de départ mobile et suspension pour la prescription. D'un côté, le délai butoir a une durée fixe ; d'un autre côté, le délai de prescription a une durée variable induite par sa computation et ses causes de suspension. Pour le reste, on est plutôt enclin à déceler une certaine unité entre les deux types de délais.

4. Unité du mécanisme : la preuve – Les délais de prescription et butoir paraissent bien au fond viser un même objectif, celui de prouver l'extinction d'un droit. L'écoulement du temps est ainsi appréhendé en lui-même comme une preuve : l'écoulement du temps est un

¹¹ Art. 2233 à 2239 c.civ.

¹² Art. 2240 à 2246 c. civ.

¹³ Art. 2224 c. civ.

¹⁴ Art. 2254 c.civ.

¹⁵ Art. 2232 c. civ. : « à compter du jour de la naissance du droit ».

¹⁶ Ph. Mauraie, préc., JCP 2009, n°12.

¹⁷ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, p.124.

¹⁸ Art. 215 al. 3. c. civ.

fait et la preuve porte sur du fait. La prescription extinctive fait la preuve de l'extinction d'un droit par l'écoulement du temps¹⁹, la prescription acquisitive fait la preuve d'un transfert de propriété par l'écoulement du temps²⁰ et le délai butoir, bien que différent de la prescription, a le même objet que celle-ci : il permet encore de prouver l'extinction d'un droit par l'écoulement du temps²¹.

Ces délais ont en commun leur fonction probatoire. La Cour de cassation a jadis analysé la prescription comme une présomption, donc comme un mécanisme probatoire²². Cette idée correspond également aux anciennes prescriptions présomptives²³. Ces dernières étaient censées être courtes en raison de la présomption de paiement qui pesait sur l'acquittement de certaines dettes courantes²⁴. La réforme semble avoir fait disparaître ces prescriptions car cette catégorie ne servait qu'à justifier la possibilité d'une interversion de prescription. Or la possibilité de l'interversion paraît être supprimée par la loi²⁵.

Pourtant, les idées ne meurent pas facilement. Ce retrait apparent du mécanisme probatoire pourrait bien n'être que la façade de son emprise discrète. En effet, l'idée que les délais de prescription et butoir ne sont que des mécanismes de preuve permet d'expliquer les points principaux du régime juridique auxquels ils sont soumis.

5. Régime du délai probatoire – Le délai probatoire est le nom qui convient aux délais ayant justement une fonction probatoire. Cette fonction est éclairante pour la compréhension du régime juridique de la prescription et du délai butoir, unis sous la catégorie du délai probatoire.

L'interruption de la prescription peut se justifier par le renversement de l'objet de la preuve du délai. Par exemple, la prescription des créances pourrait bien reposer sur une présomption de paiement qui justifie l'extinction de l'obligation. Le Code civil présente d'ailleurs la présomption légale comme « celle qui est attachée par une loi spéciale à certains

¹⁹ Art. 2219 c. civ. : « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit (...) ».

²⁰ Art. 2258 c. civ. : « La prescription acquisitive est un moyen d'acquérir un bien ou un droit (...) ».

²¹ Comp. art. 2232 et art. 1386-16 et 1792-4-1 c. civ.

²² Cass. req. 15 décembre 1829, S. 1830 I, p. 409 : la prescription est une « présomption légale et formelle de libération ».

²³ On trouve une survivance de cette idée à propos des lettres de change : art. L. 511-78 al. 6 c. com : « Néanmoins, les prétendus débiteurs sont tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables, et leur conjoint survivant, leurs héritiers ou ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû ».

²⁴ Cass. 1re civ., 3 janvier 1996, Bull. I, n°8 : « Reposant sur une présomption de paiement, la prescription abrégée (...) n'est pas applicable lorsque le défendeur à l'action reconnaît n'avoir pas réglé les sommes qui lui sont réclamées ».

²⁵ Art. 2231 c. civ. : « L'interruption (...) fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien ». Si le délai reste identique, c'est bien qu'il n'a pas été interverti. En ce sens, Ph. Malaurie, préc., JCP 2009, n°9 ; B. Fauvarque-Causson et J. François, préc., n°24.

actes ou à certains faits ; tels sont (...) les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées »²⁶.

Cet aspect permet en outre d'expliquer pourquoi on ne peut répéter le paiement de dettes prescrites²⁷ : au fond, payer une dette prescrite, c'est avouer que le paiement n'avait pas été effectué. Si le paiement a déjà eu lieu et que le débiteur paie une seconde fois, la prescription importe peu car on se trouve alors dans le cas d'une répétition d'un indu objectif²⁸. Dans la même voie, l'assignation en justice, les voies d'exécution ou la reconnaissance de responsabilité de la part du débiteur démontrent bien que le créancier n'a pas été payé et c'est pourquoi ce sont des causes d'interruption²⁹.

De même, la possibilité d'aménager le délai de prescription se comprend d'autant mieux. La preuve est une question d'intérêt privé³⁰ : voilà pourquoi les parties peuvent librement en disposer. Si la prescription est bien un mécanisme de preuve, il n'y a rien d'étonnant à ce que les parties puissent en disposer : le législateur a déjà admis la renonciation à l'action en justice par le contrat de transaction³¹. D'ailleurs, ce point est à nouveau confirmé par la possibilité de renoncer à une prescription acquise : c'est encore un acte de disposition. Enfin, cet aspect d'intérêt privé de la prescription explique que le juge ne puisse la relever d'office³² : il revient aux parties de défendre leurs propres intérêts car c'est sur elles que pèse la charge de la preuve.

De ce point de vue, les délais butoirs devraient être aussi soumis à l'aménagement conventionnel car ils ne sont qu'une forme de délai probatoire. Aussi, le délai décennal de responsabilité des constructeurs, souvent qualifié de délai de forclusion, pourrait être étendu ou diminué sous les réserves posées par la loi³³. D'ailleurs, ce délai est interrompu par la reconnaissance de responsabilité du débiteur³⁴ ce qui tend bien à montrer qu'il n'est pas un délai de forclusion mais un délai probatoire. Il arrive qu'il soit appelé « délai d'épreuve »³⁵ ce qui renforce l'analyse : l'épreuve du temps joue comme la preuve que l'ouvrage est solide et conforme à sa destination.

²⁶ Art. 1350 (2°) c. civ. Les « circonstances déterminées » renvoient bien entendu à l'écoulement du temps.

²⁷ Art. 2249 c. civ. qui refuse la répétition « au seul motif que le délai de prescription était expiré ».

²⁸ Dans ce cas, le premier paiement a déjà éteint la dette, le second est indu car « tout paiement suppose une dette » selon l'article 1235 du Code civil.

²⁹ V. les art. 2240 (reconnaissance du débiteur) ; art. 2241 (demande en justice) ; art. 2244 (exécution forcée) du c. civ.

³⁰ S. Amrani-Mekki, art. préc., n°12 et s.

³¹ Art. 2044 c. civ.

³² Art. 2247 c. civ. : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ».

³³ Sur le principe d'un aménagement : extension à 20 ans admise par les juges en matière de responsabilité des constructeurs : CA Aix 11 mars 1999, 3e ch., rôle n°98/857.

³⁴ Cass 3e civ., 4 avril 1978, Bull. III, n°145 ; CE 11 juillet 1986, Mon. Trav. Pub. 1er sept. 1986, p.59.

³⁵ Cass 3e civ., 18 janv. 2006, préc., note 5.

Ainsi, la présentation de la physionomie des délais se trouve renouvelée : les délais probatoires sont susceptibles d'interruption et de disposition. En leur sein, l'opposition entre les délais de prescription et butoir ne tient qu'à la consistance variable ou fixe de la durée, c'est-à-dire selon que la suspension et le point de départ mobile soient admis ou non. De façon générale, tous les délais pourraient être rangés dans deux catégories selon qu'ils soient des délais probatoires ou de forclusion.

II. – Distinction générale des délais probatoires et de forclusion

6. Terminologie foisonnante : forclusion, préfix, procédure – La terminologie n'aide guère à y voir clair dans le brouillard des délais³⁶. Les délais de forclusion sont souvent assimilés purement et simplement à des délais préfix. Ils présentent en outre de fortes similitudes avec les délais de procédure.

Le délai de forclusion peut être nommé parfois « délai de déchéance » mais ce rapprochement est justifié. La forclusion est normalement définie comme une sanction pour défaut d'accomplissement dans un délai déterminé d'une formalité : le titulaire du droit qui est forclos ne peut alors plus accomplir cette formalité³⁷. La déchéance est quant à elle la perte d'un droit résultant d'une indignité, incapacité, fraude, incurie³⁸ (ex. perte de l'autorité parentale, de la nationalité...). Ainsi, le seul élément qui distingue la forclusion de la déchéance est le temps. La forclusion n'est qu'une forme particulière de déchéance pour écoulement du temps, elle correspond à l'introduction du temps dans le concept de déchéance.

En revanche, le délai préfix est défini comme étant insusceptible d'interruption ou de suspension³⁹. Cette définition curieuse n'en est pas une car elle caractérise le délai à partir de son régime juridique au lieu d'en donner la nature. Il est même inexact de dire que les délais préfix sont insusceptibles d'interruption car la loi prévoit désormais leur interruption par la demande en justice ou un acte d'exécution forcée⁴⁰. Reste que la loi ne qualifie pas les délais de forclusion. Les ressources textuelles ne sont d'aucune utilité pour trancher la question. Seul l'article 122 du Code de procédure civile mentionne l'existence de délais préfix, sans bien sûr les définir. De surcroît, la durée du délai ne prouve pas grand chose : les délais courts sont

³⁶ Les définitions qui suivent sont toutes issues de G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007.

³⁷ G. Cornu, préc., v. Forclusion.

³⁸ G. Cornu, préc., v. Déchéance.

³⁹ G. Cornu, préc., v. Délai.

⁴⁰ Art. 2241 et 2244 du c. civ.

censés être des délais de forclusion mais bien des délais de prescription sont très courts⁴¹. Par exemple, l'article 1648 du Code civil opère une distinction dans chacun de ses alinéas : le second précise que les vices de construction apparents dans la vente d'immeubles à construire obéissent à un délai de forclusion d'un an ce qui paraît indiquer que le délai de deux ans pour les vices cachés n'est pas un délai de forclusion. La tentation est alors grande de ranger le délai préfix sous la même bannière que les délais de procédure qui sont des délais d'attente ou d'action mais pour les actes de procédure seulement⁴².

Pourtant, le terme à retenir n'est guère déterminant du moment qu'un accord est possible sur le concept⁴³, c'est-à-dire sur l'idée qui permet d'identifier la nature du délai de forclusion. Dans cette voie, on remarque que la forclusion et ses variantes terminologiques participent toutes de l'idée de sanction.

7. Délai de forclusion, délai de sanction – Le délai de forclusion est animé par l'idée de sanctionner un comportement peu diligent. Cette empreinte est sensible dans les délais de procédure : un mois en général pour interjeter appel en matière contentieuse⁴⁴, quinze jours pour délivrer l'assignation avant la date de l'audience⁴⁵. Mais elle est aussi présente en droit de la consommation : deux ans pour demander le remboursement des échéances impayées d'un crédit à la consommation⁴⁶.

Chaque fois qu'un délai a pour fonction de punir civilement un comportement tardif, il s'agit d'un délai de forclusion. Ainsi, tout délai qui n'a pas une fonction probatoire a nécessairement une fonction punitive. Un rapide tour d'horizon des délais permet de s'apercevoir que la majorité d'entre eux sont des délais ayant une fonction probatoire et que les délais de forclusion sont quantitativement plus rares. Ce trait distingue la forclusion du délai probatoire et permet de fonder leurs différences de régime. Parce que le délai de forclusion n'est pas fondé sur la preuve mais sur la sanction, il ne peut être suspendu, ne peut être aménagé par convention, et ne peut pas être interrompu par la reconnaissance de responsabilité du débiteur⁴⁷. Enfin, la caractéristique positive du régime juridique du délai de forclusion, que ne possède pas le délai probatoire, est le relevé d'office.

⁴¹ Quelques exemples : 2 ans pour les vices cachés (art. 1648 c. civ.), 1 an pour la nullité des actes de disposition par un des époux du logement familial (215 al. 3 c. civ.), 3 mois pour la réparation du dommage causé par diffamation ou injure par voie de presse (art. 65 L. 29 juillet 1881).

⁴² G. Cornu, préc., v. Délai.

⁴³ Un délai institué légalement « sous peine de déchéance » peut être qualifié de prescription et donc soumis aux causes de suspension. Tel est le cas pour l'action en responsabilité contre les transporteurs aériens, action issue de la convention de Varsovie du 12 oct. 1929 : Cass. ass. plén., 14 janv. 1977, Bull. ass. plén., n°1.

⁴⁴ Art. 538 c. proc. civ.

⁴⁵ Art. 837 c. proc. civ.

⁴⁶ Art. L. 311-37 c. conso.

⁴⁷ L'art. 2240 c. civ. (reconnaissance de responsabilité) ne vise pas le délai de forclusion lors que les art. 2241 (demande en justice) ; art. 2244 (exécution forcée) c. civ. visent explicitement le délai de forclusion.

8. Relevé d'office – L'une des questions les plus délicates est de savoir si le juge peut relever d'office l'expiration d'un délai. Par exemple, tous les délais de procédure ne peuvent pas être relevés d'office, tel est le cas de la péremption d'instance⁴⁸. Si elle n'est pas soumise au régime du délai de forclusion, elle n'a donc pas la nature d'un délai de forclusion. En revanche, le Code de la consommation prévoit depuis 2008 que toutes ses dispositions peuvent être relevées d'office⁴⁹. Le Code de procédure civile prévoit le relevé d'office des fins de non-recevoir si elles ont un caractère d'ordre public⁵⁰. Comme la prescription est une fin de non-recevoir, on aurait pu croire qu'elle puisse être relevée d'office mais tel n'est pas le cas⁵¹ ; ceci paraît bien indiquer qu'elle est d'intérêt privé.

La distinction entre preuve et sanction permet de répartir les délais dans deux catégories nettes. Si le délai est probatoire, le juge ne pourra pas le soulever d'office car les règles de preuve sont d'intérêt privé. Si le délai est de forclusion, le juge pourra le relever d'office car les sanctions civiles sont d'intérêt général. Cependant, dire que le délai de forclusion est d'ordre public reste ambigu parce que l'ordre public de protection protège un intérêt privé⁵². Si tel est le cas, cela revient à admettre que tous les délais de forclusion sont d'ordre public mais que tous les délais d'ordre public ne sont pas de forclusion. En revanche, l'action publique protège sans conteste un intérêt général : sa prescription est à ce titre relevée d'office⁵³. En outre, depuis la modification par la réforme de l'article 10 du Code de procédure pénale⁵⁴, il existe une justification au relevé d'office de la prescription civile par le juge pénal⁵⁵. En effet, il semble bien s'agir d'un retour partiel à l'ancienne règle de l'unité des prescriptions civile et pénale mais seulement devant la juridiction répressive⁵⁶.

⁴⁸ Art. 388 al. 2 c. proc. civ. : la péremption « ne peut être relevée d'office par le juge ».

⁴⁹ L. n°2008-3, 3 janvier 2008, nouvel art. L. 141-4 c. conso. : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

⁵⁰ Art. 125 c. proc. civ. : « Les fins de non recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public ».

⁵¹ Art. 2247 c. civ.

⁵² Par ex. pour le délai décennal des constructeurs, Cass. 3e civ., 28 juin 1988, Bull. civ. III, n°206 : les juges « ne peuvent suppléer d'office le moyen tiré d'une prescription, fût-elle d'ordre public ». V. égal. (avant la possibilité de soulever d'office les dispositions du c. conso) à propos d'une opération de crédit : Cass. 1re civ., 9 déc. 1986, Bull. civ. I, n°293 : « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ; que cette règle s'applique lors même que la prescription est d'ordre public ».

⁵³ Cass. crim., 14 fév. 1995, Bull. crim., n°66 ; Cass. crim., 6 mai 2003, Bull. crim., n°92.

⁵⁴ Art. 13 de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 : « Lorsque l'action civile est exercée devant une juridiction répressive, elle se prescrit selon les règles de l'action publique. Lorsqu'elle est exercée devant une juridiction civile, elle se prescrit selon les règles du code civil ».

⁵⁵ Sur l'action civile issue de la diffamation : Cass. 2e civ., 24 avril 2003, Bull. civ. II, n°113 : « la fin de non-recevoir tirée de l'extinction de l'action civile par cette prescription, d'ordre public, peut être proposée en tout état de cause, et doit être relevée d'office ».

⁵⁶ Comme l'action publique est relevée d'office (supra note 52), l'action civile semble également pouvoir l'être ce que ne permettait pas l'ancienne rédaction de l'article 10 du c. proc. pén. qui mentionnait que « l'action civile se prescrit selon les règles du code civil ».

Le problème du relevé d'office est significatif car les délais de forclusion ne sont pas soumis à la suspension mais au relevé de forclusion. Cette règle permet au juge d'écarter la forclusion si le titulaire du droit parvient à établir que ses diligences ont été réelles mais qu'elles n'ont pas abouti. Par exemple, ce relevé est prévu pour la non-déclaration des créances à la procédure collective⁵⁷. Le relevé de forclusion joue alors un rôle analogue à celui de la suspension en matière de prescription.

9. L'illusion des délais préfix – En faisant la synthèse de tous les aspects évoqués, le délai préfix apparaît comme une illusion. Il repose sur une unité factice et descriptive : celle qui consiste à croire que le délai est préfix en raison de son point de départ fixe. Ceci permet de rendre compte de son rôle de chimère : tout le monde en parle, peu l'ont rencontré mais personne ne sait dire ce qu'il est.

Certes, le délai butoir comme le délai de forclusion ont tous les deux un point de départ fixe, mais on ne saurait pourtant les ranger sous la même catégorie du délai préfix car l'un repose sur l'idée de sanction et l'autre sur l'idée de preuve. Le critère de la fixité du délai conduit nécessairement à une unité boiteuse car elle ne respecte pas la différence de nature des délais. Par exemple, le délai pour agir en rescision pour lésion est qualifié de préfix⁵⁸, ce n'est pas une prescription. Mais ce n'est pas non plus un délai de forclusion car, à l'évidence, cette action protège un intérêt privé. C'est alors un délai butoir : son écoulement permet de prouver une confirmation implicite, une renonciation à agir.

De même, le cumul déjà évoqué des délais butoir et de prescription⁵⁹ se comprend d'autant mieux car ils ont la même fonction probatoire. Le choix de n'admettre qu'un délai de prescription ou qu'un délai butoir voire de les combiner relève de la politique juridique, de l'évaluation de la durée raisonnable (on aurait dit autrefois de droit naturel) à partir de laquelle le droit est éteint, la propriété est acquise, le titulaire du droit a confirmé la situation litigieuse etc.

Au fond, il y a sans doute autant d'objets de preuve différents à retrouver sous l'uniformité abstraite des délais, fragments détachés du temps pour les besoins du droit. Que les autres soient nouvelles n'éclipse pas le fait que les concepts juridiques puissent se bonifier avec l'âge.

⁵⁷ Art. L. 622-26 c. com. : « (...) les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne 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 volontaire du débiteur (...) ».

⁵⁸ Sur le caractère préfix du délai en rescision : Cass req. 3 mai 1927, DH 1927, p. 302 ; Cass civ. 29 mars 1950, D. 1950, p. 396.

⁵⁹ Supra n°3.