



**RAPPORT DE Mme ALDIGÉ,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDARE**

Arrêt n° 112 du 12 février 2026 (FS-B) – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 24-18.382

Décision attaquée : 30 mai 2024 de la cour d'appel de Paris

La société Vavintel

C/

La société Yvette

INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre.

Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général.

Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Le **27 juin 2017**, la SCI Yvette (la bailleresse), propriétaire d'un immeuble donné à bail commercial à la société Vavintel (la locataire) à usage d'hôtel, lui a délivré un **congé avec refus de renouvellement à effet au 31 décembre 2017** et offre d'une indemnité d'éviction.

Le **6 octobre 2017**, la bailleresse a assigné la locataire en référé aux fins d'expertise judiciaire. La locataire a fait valoir protestations et réserves.

Par **ordonnance du 7 décembre 2017**, le juge des référés a désigné un expert judiciaire aux fins de fournir tous éléments utiles à l'estimation des montants de l'indemnité d'éviction et de l'indemnité d'occupation.

Le 6 mars 2020, la locataire a assigné la bailleresse devant le tribunal judiciaire de Paris aux fins de voir constater que le bail a pris fin par l'effet du congé comportant refus de renouvellement signifié le 27 juin 2017 à effet du 31 décembre 2017 et d'obtenir **sa condamnation à lui payer la somme de 3 800 000 euros au titre de l'indemnité d'éviction**, outre les frais de licenciement du personnel.

L'expert a déposé son rapport le 10 juillet 2020.

Par conclusion d'incident du **15 février 2022**, la bailleresse a saisi le juge de la mise en état d'une demande tendant à voir déclarer prescrite la demande de la locataire en fixation de l'indemnité d'éviction.

Par ordonnance du 16 décembre 2022, le juge de la mise en état a :

- déclaré la demande de fin de non-recevoir formée par la bailleresse recevable ;
- déclaré prescrite la demande de la locataire tendant au paiement de l'indemnité d'éviction portant sur le bail conclu le 29 janvier 1987 ;
- dit n'y avoir lieu à statuer sur le maintien dans les lieux de la locataire et la fixation de l'indemnité d'occupation ;
- rejeté la demande de la locataire en condamnation de la bailleresse à lui payer la somme de 5 000 euros au titre des dommages et intérêts de l'article 123 du code de procédure civile.

La locataire a interjeté appel partiel de cette ordonnance.

Par arrêt du 30 mai 2024, la cour d'appel de Paris a, confirmé l'ordonnance sauf en ce qu'elle a débouté la locataire de sa demande en paiement de 5 000 euros de dommages et intérêts en application de l'article 123 du code de procédure civile. Statuant à nouveau de ce chef, elle a condamné la bailleresse à payer à la locataire la somme de 10 000 euros à titre de dommages et intérêts en application de l'article 123 du code de procédure civile. C'est la décision attaquée par **un pourvoi de la locataire formé le 30 juillet 2024**.

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° B2418382 Du 30 juillet 2024
Mémoire ampliatif	Déposé le 20 novembre 2024 (article 700 CPC : 4 000 euros).
Mémoires en défense et pourvois incidents	Mémoire en défense de bailleresse : déposé le 20 janvier 2025 (article 700 CPC : 4 000 euros).

2 - Exposé des moyens

Moyen unique

La locataire fait grief à l'arrêt de déclarer prescrite sa demande en paiement de l'indemnité d'éviction, alors :

1°/ que si lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, la suspension de la prescription qui fait, le cas échéant, suite à l'interruption de cette prescription au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé et tend à préserver les droits de la partie ayant sollicité celle-ci durant le délai de son exécution, ne joue en principe qu'à son profit, il en va autrement lorsque l'objet de la mesure d'instruction ordonnée porte sur les droits réciproques des parties à la mesure d'instruction et tend notamment à déterminer la créance de l'une d'entre elles ; que cette dernière, même si elle n'était pas demanderesse à la mesure, peut alors se prévaloir de la suspension du cours de la prescription de l'action en paiement de sa créance dans l'attente de l'issue de la mesure d'expertise ; qu'en l'espèce, en considérant pour déclarer prescrite l'action de la société Vavintel en paiement d'une indemnité d'éviction engagée le 6 mars 2020, qu'elle ne pouvait se prévaloir de la suspension de la prescription au cours de la mesure d'expertise ordonnée à la seule demande de la SCI Yvette, bailleresse, par la décision du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris du 7 décembre 2017 même si la mesure d'expertise avait pour objet d'évaluer le montant de sa créance au titre de l'indemnité d'éviction (arrêt p. 5, in fine), la cour d'appel a violé l'article 2239 du code civil ;

2°/ que, en toute hypothèse, la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription ; qu'en retenant que le dire adressé à l'expert le 9 septembre 2019 par la SCI Yvette avant l'expiration du délai de prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'éviction, ne comportait pas de reconnaissance de l'obligation de payer cette indemnité interrompant la prescription, quand elle avait constaté que la SCI Yvette avait délivré à la société Vavintel un congé avec offre de paiement d'une indemnité d'éviction, qu'elle avait ensuite sollicité une mesure d'expertise aux fins d'obtenir un avis sur le montant de cette indemnité, mesure dans le cadre de laquelle, par son dire du 9 septembre 2019, la SCI Yvette se bornait à contester la méthode d'évaluation par l'expert de l'indemnité en indiquant que « s'il s'agit de la nouvelle méthode, il convient d'expliquer les raisons d'un pourcentage de 13 % et, pour permettre au Juge une utile réflexion, d'indiquer quels sont les éléments de référence susceptibles selon la nouvelle méthode de justifier d'un tel taux. / Ces premières réflexions seront nécessairement complétées par un dire récapitulatif mais dès à présent il convient de les annexer à votre rapport, après y avoir répondu, car il s'agit d'évaluer une indemnité d'éviction représentant une valeur patrimoniale

à la date de vos opérations, nullement une valeur spéculative qui tiendrait compte d'une potentielle recherche par des hôteliers indépendants... d'hôtels de faible capacité pour une éventuelle exploitation conjointe avec d'autres établissements ! / A la date de vos opérations, existe un hôtel de 17 chambres susceptibles d'améliorations dont les résultats 2017 sont médiocres » (Dire de la SCI Yvette à l'expert du 9 septembre 2019, prod.), ce dont il résultait sans équivoque une reconnaissance du droit de la société Vavintel à une indemnité d'éviction interruptive de prescription, la cour d'appel a violé l'article 2240 du code civil, ensemble l'article L. 145-60 du code de commerce. »

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

1) Est-ce que la spécificité d'une expertise judiciaire en bail commercial ordonnée *in futurum* par le juge des référés aux fins de déterminer l'indemnité d'éviction due au preneur justifie d'apporter une exception à la jurisprudence selon laquelle l'effet suspensif ne bénéficie qu'à celui qui a demandé l'expertise ? Le cas échéant, à quelles conditions ? Quelle est l'incidence du fait que le locataire ait émis protestation et réserves à la demande d'expertise formée par le bailleur ? (**question inédite**)

2) Quel est le niveau de contrôle de la Cour de cassation sur la motivation des juges du fond appréciant l'existence ou l'absence d'une reconnaissance interruptive de prescription ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Prescription de l'action en en paiement de l'indemnité d'éviction du locataire dans l'hypothèse d'un congé avec refus de renouvellement et offre d'indemnité d'éviction

La prescription extinctive est définie par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 à l'article 2219 du code civil comme « *un mode d'extinction du droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ». Selon l'article 122 du code de procédure civile, elle être proposées en tout état de cause, « *sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.* » Au cas d'espèce, la cour d'appel a condamné, sur ce fondement, la bailleresse au paiement de dommages-intérêts.

L'action en paiement d'une indemnité d'éviction du locataire est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce¹.

Jusqu'en 2008, la loi prévoyait que le locataire devait saisir le tribunal avant l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné pour soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, à **peine de forclusion**. La loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite LME, a substitué au régime de la forclusion celui la **prescription biennale**.

Aux termes du dernier alinéa de l'article 145-9 du code de commerce : « *Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il*

¹ 3^e Civ., 18 décembre 2002, pourvoi n°01-11.189, Bull 263

est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d'une indemnité d'éviction, 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. »

Par un arrêt de principe du 31 mai 2007, la troisième chambre civile a décidé que le délai de prescription de deux ans s'impose au locataire même si son droit à une indemnité d'éviction n'est pas contesté, notamment en cas de congé avec offre de paiement d'une indemnité d'éviction².

Il s'agit d'un arrêt de revirement, la troisième chambre civile ayant jugé auparavant que le preneur ne pouvait, suite à un refus de renouvellement avec offre de verser une indemnité d'éviction, encourir la moindre forclusion, et perdre ainsi son droit au statut des baux commerciaux³.

Concernant le point de départ tant de l'action en contestation du congé qu'en paiement de l'indemnité d'éviction, l'article L 145-9 prévoit expressément qu'il s'agit de « la date pour laquelle le congé a été donné. » La jurisprudence est donc désormais en ce sens, que le locataire ait reçu ou non une offre de paiement de l'indemnité d'éviction par le congé délivré par le bailleur en application de l'article L. 145-9 du code de commerce ou par le son refus du renouvellement en application de l'article L 145-9 du code de commerce, **qu'il doit agir en paiement de l'indemnité d'éviction dans le délai de deux ans à compte de la date d'effet du congé, à défaut de quoi il est prescrit et ne peut plus obtenir d'indemnité d'éviction⁴ ni se prévaloir du droit au maintien dans les lieux qui est le corollaire du droit à indemnité d'éviction⁵, fusse par voie d'exception⁶.**

Cette jurisprudence est accueillie favorablement par la doctrine majoritaire⁷ au regard notamment des arguments suivants :

- ni le code civil ni le code de commerce n'énonce comme condition du cours de la prescription que le droit soit contesté, la prescription joue dès que le droit est exigible et la solution antérieure était *contra legem* ;

² 3^e Civ., 31 mai 2007, pourvoi n°06-12.907, Bull [n°92](#) ; 3^e Civ., 23 avril 2013, pourvoi n° 12-15.836

³ 3^e Civ., 3 juillet 1984, pourvoi n° 83-11.500, Bull 129 " ; 3^e Civ., 1 avril 1987, pourvoi n° 85-10.939, Bull 66, 3^e Civ., 29 septembre 1999, pourvoi n° 97-21.171, Bull191

⁴ 3^e Civ., 3 novembre 2021, pourvoi n° 20-18.351

⁵ 3^e Civ., 19 février 1970, pourvoi n° 68-12.074

⁶ 3^e Civ., 29 septembre 2010, pourvoi n° 09-69.712 ; 3^e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n° 16-13.236

⁷ C. Denizot, « Prescription de l'action en fixation de l'indemnité d'éviction », AJDI 2008 p.22 ; J-P Blatter « Prescription de l'action en fixation de l'indemnité d'éviction », AJDI 2008 p.32

- l'offre d'indemnité d'éviction ne peut s'analyser comme une renonciation à se prévaloir de la prescription alors qu'il est interdit de renoncer d'avance à la prescription (ancien article 2220 du code civil, désormais article 2250)
- la reconnaissance d'un droit n'est qu'une cause d'interruption de la prescription et non d'imprescriptibilité ;
- le locataire n'est pas empêché d'agir et il peut bénéficier des causes de suspension ou d'interruption de la prescription.

Elle est critiquée par une autre partie de la doctrine, qui fait valoir qu'une application rigide de la prescription biennale aboutit à priver le locataire de sa propriété commerciale alors même qu'il n'a pas démérité, en particulier lorsqu'il attendait l'issue de pourparlers ou d'une expertise judiciaire demandée par le bailleur, situation qui heurte le sens de la justice⁸.

4-2 La reconnaissance par le bailleur du droit du locataire à indemnité d'éviction : cause d'interruption de la prescription

Ce délai de prescription biennale peut être **interrompu et suspendu** dans les conditions prévues aux articles 2233 et suivants du code civil.

La suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru (article 2230) tandis que l'interruption efface le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien (article 2231 du code civil)⁹. Une fois la prescription acquise, celle-ci ne peut plus être interrompue ni suspendue¹⁰.

En application de l'article 2240 du code civil, aux termes duquel « *la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait **interrompt** le délai de prescription* ».

Le niveau de contrôle de la Cour de cassation sur l'existence d'une reconnaissance interruptive de la prescription varie. Certains arrêts laissent cette caractérisation au **pouvoir souverain des juges du fond**¹¹, d'autres portent la marque d'un **contrôle lourd**¹²,

⁸ R. Libchaber, « La rigidité des délais de prescription en matière de bail commercial » RC 2013, p. 133

⁹ 3e Civ., 25 juin 2020, pourvoi n° 19-13.752

¹⁰ 1re Civ., 19 mai 2021, pourvoi n° 19-26.253 ; 3e Civ., 3 novembre 2021, pourvoi n° 20-20.219 ;

¹¹ **2e Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n° 12-28.272, Bull 6 ; 1re Civ., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-25.759, Bull 22 ; Com., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.868, Bull 212**, 1re Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-20.358 ; 1re Civ., 8 février 2017, pourvoi n° 16-10.503 ; 1re Civ., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-23.021 ; 1re Civ., 26 avril 2017, pourvoi n° 16-10.245 « *Attendu que la reconnaissance par le débiteur de son obligation, qui interrompt la prescription, (...) relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ;* », ; 2e Civ., 17 novembre 2022, pourvoi n° 20-20.791 ; 1re Civ., 25 mars 2020, pourvoi n° 19-15.614 ;

¹² **2e Civ., 15 juin 2004, pourvoi n° 03-30.052, Bull 297** « *Attendu que, pour faire droit au recours de l'intéressé, l'arrêt attaqué retient que le tribunal des affaires de sécurité sociale a été saisi le 10 juillet 1998 alors que le délai pour agir expirait le 29 juin 1998 et que la lettre*

d'autres d'un **contrôle léger**¹³. Dans tous les cas, les juges du fond doivent caractériser le caractère **non équivoque** de la reconnaissance ¹⁴.

Ainsi, **la reconnaissance par le bailleur postérieurement à la date d'effet du congé du droit du locataire à une indemnité d'éviction est une cause d'interruption de la prescription biennale :**

3e Civ., 29 avril 1986, pourvoi n° 84-12.668, Bull 54

Sommaire : « *La reconnaissance par le débiteur de son obligation peut être tacite et il appartient aux juges du fond d'apprécier si elle résulte des faits et circonstances de la cause. La reconnaissance par le bailleur du droit à indemnité d'éviction de son locataire commerçant interrompt la prescription.* »

« Attendu selon l'arrêt attaqué (...) que les consorts [X...], propriétaires de locaux à usage commercial donnés à bail aux époux [Y...], ont fait délivrer congé à leurs locataires pour le 1er juillet 1978, sans offre d'une indemnité d'éviction ; qu'après des échanges de lettres entre les parties au sujet d'une éventuelle transaction sur le montant d'une telle indemnité, les époux [Y...] ont, le 28 août 1980, demandé judiciairement la fixation de cette indemnité ; Attendu que les consorts [X...] font grief à l'arrêt d'avoir décidé que la prescription biennale résultant de l'article 5 du décret du 30 septembre 1953 avait été interrompue par une reconnaissance expresse des droits des locataires, alors, selon le moyen, " que, d'une part, la reconnaissance d'un droit purement pécuniaire implique que le montant de la créance ou de l'indemnité soit chiffré et accepté par les parties ; que cette condition faisant défaut, ce qui résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué, l'interruption de la prescription au profit des époux [Y...] procède d'une violation des articles 2248 du Code civil et 5 du décret du 30 septembre 1953, modifié par la loi du 2 janvier 1970, alors que, d'autre part, les éléments d'une expresse reconnaissance, d'ailleurs démentis par la dernière lettre des preneurs, du 2 avril 1980, réclamant pour sortir de " l'incertitude " une prise de " position claire et définitive " des bailleurs, faisaient totalement défaut et qu'en s'abstenant de faire ressortir en quoi les parties auraient dépassé, ce qu'avait déjà dénié l'arrêt du 7 mai 1981, le stade des pourparlers, insusceptibles par eux-mêmes d'interrompre la prescription, l'arrêt attaqué a insuffisamment motivé sa décision et violé l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile " ;

Mais attendu que la reconnaissance par le débiteur de son obligation peut être tacite et qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier si elle résulte des faits et circonstances de la cause ; qu'après avoir relevé, d'une part, que les consorts [X...] avaient écrit le 19 juin 1979 aux époux [Y...] qu'ils désiraient voir fixer aussi rapidement que

aux termes de laquelle M. [Y...] avait, le 17 octobre 1994, sollicité le dégrèvement de la somme qui lui était réclamée, ne permettait pas de retenir à son encontre un aveu non équivoque de la dette, de nature à interrompre la prescription ; Qu'en statuant ainsi, alors que cette lettre avait pour objet une demande de remise de la somme réclamée, laquelle valait reconnaissance par le requérant de l'existence de la dette interruptive de la prescription, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

¹³1re Civ., 30 avril 2014, pourvoi n° 12-29.895 ; 3e Civ., 12 novembre 2020, pourvoi n° 19-21.170

¹⁴ 3e Civ., 7 janvier 2021, pourvoi n° 19-23.262, publié

possible l'indemnité d'éviction qu'ils leur avaient offerte, en leur demandant le montant, pièces à l'appui, de la somme qu'ils réclamaient, d'autre part, que les époux [Y...] avaient répondu le 29 juin 1979 en précisant ce montant, et enfin, qu'un nouvel échange de lettres avait eu pour objet la fourniture de documents justificatifs, **l'arrêt retient souverainement, par motifs propres et adoptés, que les consorts [X...] avaient reconnu l'existence, dans son principe, du droit à indemnité d'éviction des locataires** ; que la Cour d'appel en a exactement déduit que cette reconnaissance avait interrompu la prescription ; »

Cette solution a été déployée par des arrêts diffusés, portant plutôt la marque d'un **contrôle léger**.

On relève ainsi un arrêt, dont se prévaut le mémoire ampliatif, ayant retenu qu'une cour d'appel avait pu retenir qu'une réponse d'un bailleur contestant seulement le prix de l'indemnité d'éviction réclamée à une sommation lui demandant quand il paierait l'indemnité d'éviction **constituait une reconnaissance interruptive de la prescription** :

3e Civ., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-28.513

« Attendu qu'ayant relevé qu'à la sommation délivrée le 13 juin 2008 par la locataire lui demandant à quelle date elle lui payerait l'indemnité d'éviction de 770 000 euros, la bailleuse avait répondu qu'elle contestait ce montant et avait fait état de contacts réguliers entre les avocats de chaque partie, la **cour d'appel, par une interprétation souveraine que l'ambiguïté de ses termes rendaient nécessaire, a pu retenir que cette réponse constituait, de la part de la bailleuse, la reconnaissance, dans son principe, du droit de la locataire au paiement d'une indemnité d'éviction et était interruptive de prescription**, et en déduire que la demande de la société Sainte-Marthe en paiement de cette indemnité, formée par conclusions du 10 août 2009, n'était pas prescrite ; »

Dans le même temps, on relève des arrêts par lequel la Cour de cassation a approuvé des juges du fond d'avoir retenu que l'initiative prise par un bailleur de solliciter une expertise aux fins d'évaluation de l'indemnité d'éviction, sa participation aux opérations d'expertise et la formulation de dires sur le montant de l'indemnité d'éviction **ne valaient pas reconnaissance non équivoque du droit du locataire à une indemnité d'éviction** :

3e Civ., 5 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.200, Bull 110

« Attendu que la cour d'appel, qui n'a pas décidé que la société Le B ne pouvait se prévaloir de la reconnaissance de son droit à indemnité d'éviction par la bailleuse et **qui a relevé, sans dénaturation, que le dire du 17 décembre 2007, invoqué par la société Le B, ne portait que sur le mode de calcul et le montant de l'indemnité d'éviction, le bailleur n'ayant pris position que dans l'éventualité de l'exigibilité d'une telle indemnité, a pu décider que ce dire ne valait pas reconnaissance du droit à cette indemnité** ; »

3e Civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-28.211

« Attendu que la locataire fait grief à l'arrêt de dire prescrite l'action en paiement de l'indemnité d'éviction alors, selon le moyen :

1°/ que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription ; qu'aux termes d'un dire adressé à l'expert [K] en date du 8 octobre 2007, le conseil de la bailleuse, qui rappelait que cette dernière avait souhaité que l'expert procède « à une évaluation alternative de l'indemnité revenant à la locataire,

dans l'hypothèse de la perte du fonds d'une part, et dans l'hypothèse d'un transfert dudit fonds d'autre part », indiquait « renoncer à sa demande d'évaluation de l'indemnité de transfert et s'en tenir effectivement à la seule hypothèse de la perte du fonds » ; que par ailleurs la bailleresse se bornait dans cet acte à discuter de l'évaluation des différents postes de l'indemnité d'éviction due à la locataire sans aucunement remettre en cause le principe de sa dette à cet égard ; qu'en énonçant néanmoins que « le dire adressé à l'expert le 8 octobre 2007 ne valait pas reconnaissance non équivoque du droit à indemnité du preneur », la cour d'appel a dénaturé cet acte, violant ainsi l'article 1134 du code civil, ensemble le principe selon lequel les juges ne doivent pas dénaturer les documents de la cause ; 2°/ que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription ; que la cour d'appel a constaté que la bailleresse avait engagé une procédure en vue de la désignation d'un expert afin de déterminer le montant de l'indemnité d'éviction due à la locataire, ayant abouti à une ordonnance du 28 juillet 2006 ayant commis M. [K], puis que par acte du 28 juillet 2008 la bailleresse avait assigné la locataire en paiement d'une indemnité d'occupation, tout en rappelant l'offre de versement de l'indemnité d'éviction précédemment formulée ; qu'en jugeant que la délivrance de cette assignation « ne va[lait] pas reconnaissance non équivoque du droit à indemnité du preneur », quand le fait pour le bailleur d'avoir pris l'initiative d'une procédure en fixation de l'indemnité d'éviction, puis d'avoir participé aux opérations d'expertise en vue de la détermination du montant de celle-ci, enfin d'avoir rappelé l'offre de versement présentée en 2006, caractérisait la reconnaissance non équivoque du droit à indemnité du preneur, et constituait un acte interruptif de prescription de l'action en paiement de ce dernier, laquelle, exercée le 29 juillet 2009, était par conséquent recevable, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé les articles 2240 du code civil et L. 145-60 du code de commerce ; (...)

Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé, sans dénaturation, que ni le dire du 8 octobre 2007 ni l'assignation du 28 juillet 2008, faisant référence à l'article L. 145-28 du code de commerce, ne valaient reconnaissance non équivoque du droit à indemnité d'éviction du preneur, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que la prescription biennale, ayant commencé à courir le 28 juillet 2006, date de l'ordonnance commettant un expert, avait pris fin le 28 juillet 2008, en a exactement déduit que l'action en paiement de l'indemnité d'éviction engagée par assignation du 29 juillet 2008 était prescrite ; »

Ces arrêts s'inscrivent dans le sens de précédents retenant, plus largement, que « des pourparlers transactionnels ne sont pas constitutifs d'une reconnaissance de responsabilité interruptive du délai de prescription »¹⁵ **ni la seule participation à une expertise**¹⁶.

En ce même sens, on peut se référer à l'arrêt de cassation suivant :

3e Civ., 30 septembre 2009, pourvoi n° 08-20.431

« Attendu que pour déclarer l'action en fixation du loyer du bail renouvelé intentée par les bailleurs non prescrite, l'arrêt retient que **la participation spontanée de la locataire à l'expertise amiable diligentée à l'initiative des bailleurs jointe au fait que la locataire par l'intermédiaire de son conseil et par courrier du 11 mars 2003, a émis des**

¹⁵ 1re Civ., 5 février 2014, pourvoi n° 13-10.791, Bull 18

¹⁶ 2e Civ., 5 octobre 1988, pourvoi n° 87-16.371, Bull 188 ;

observations sur le projet de renouvellement du bail ensuite de l'expertise notamment sur la clause loyer en estimant que celle-ci ne reflétait pas les accords et échanges intervenus, que ces actes valent reconnaissance non équivoque de la part du locataire du droit du bailleur à voir fixer le loyer en renouvellement et interruption de prescription ;

Qu'en statuant par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser la reconnaissance non équivoque du droit du bailleur à voir fixer le loyer du bail renouvelé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ; »

==> Au cas présent :

Pour écarter l'existence d'une reconnaissance par le bailleur du droit à indemnité d'éviction interruptive de la prescription biennale, la cour d'appel a retenu que « la saisine du juge des référés pour obtenir une expertise judiciaire portant sur l'évaluation des indemnités d'éviction et d'occupation susceptibles d'être dues en application de l'article 145 du code de procédure civile, c'est à dire pour "établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige" et la participation à cette expertise ne caractérisent pas une reconnaissance dépourvue d'équivoque du droit de la locataire à recevoir le paiement d'une indemnité d'éviction ». Par ailleurs, elle a relevé que, dans la mission d'expertise sollicitée au dispositif de son assignation en référé (soit : "donner son avis d'une part sur le montant de l'indemnité d'éviction pouvant revenir à la société VAVINTEL, et d'autre part, sur le montant de l'indemnité d'occupation due par la société VAVINTEL à compter du 1 janvier 2018"), « la bailleresse distingue l'indemnité d'occupation qu'elle affirme comme étant due, de l'indemnité d'éviction pour laquelle elle utilise des motifs dubitatifs ». Au surplus, elle a estimé que le « dire adressé à l'expert le 9 septembre 2019, soit avant l'expiration du délai de prescription, par le conseil de la bailleresse ne comporte aucune reconnaissance dénuée d'équivoque de cette dernière de son obligation à payer l'indemnité d'éviction susceptible d'interrompre la prescription. »

Le moyen en sa deuxième branche, reproche à la cour d'appel une violation des articles 2240 du code civil, ensemble l'article L. 145-60 du code de commerce, soutenant qu'il résultait sans équivoque une reconnaissance par la bailleresse du droit de la locataire à indemnité d'éviction du contenu du dire adressé le 9 sept 2019 à l'expert judiciaire par lequel celle-ci se bornait à contester la méthode d'évaluation de l'indemnité alors qu'elle avait sollicité la mesure d'expertise aux fins d'obtenir un avis sur le montant de l'indemnité d'éviction qu'elle avait offerte à la locataire aux termes de son congé. **Le mémoire ampliatif** fait valoir qu'il n'était pas nécessaire, pour caractériser la reconnaissance du droit à une indemnité d'éviction que la bailleresse renonce expressément au bénéfice de la prescription, mais qu'il suffisait qu'elle admette le principe du droit du locataire à une indemnité d'éviction, ce qu'elle a fait par ce dire.

Le mémoire en défense soutient que le moyen se heurte au pouvoir souverain des juges du fond pour apprécier l'existence d'une reconnaissance sans équivoque, par le débiteur, des droits du créancier, interruptive de prescription. Il fait également valoir que la cour d'appel a exactement retenu que le dire adressé à l'expert ne pouvait aucunement être interprété comme emportant une reconnaissance claire et non équivoque du droit de la locataire au paiement d'une indemnité d'éviction alors que la bailleresse se contentait d'y contester la méthode de calcul de l'indemnité d'éviction retenue par l'expert, dont elle n'avait sollicité l'avis que dans l'éventualité où une telle indemnité serait jugée due.

4-3 Effets de la demande en justice et de la mesure d'instruction avant tout procès sur le cours de la prescription

En application de l'article 2242, la demande en justice, même en référé interrompt le cours de la prescription jusqu'à l'extinction de l'instance¹⁷.

L'interruption n'a qu'un effet relatif en ce sens qu'elle ne joue qu'au profit de celui qui a réalisé l'acte interruptif¹⁸ et à l'encontre de son destinataire. Dès lors, la demande doit être adressée à la personne en faveur de laquelle court la prescription¹⁹. Il a ainsi été jugé que le référé introduit par le locataire pour faire vérifier par expertise les charges locatives qu'il conteste n'interrompt pas la prescription quinquennale qui court contre le bailleur²⁰.

En principe, l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre²¹ sauf lorsque deux actions, bien qu'ayant une cause distincte, tendent à un seul et même but de telle sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première²².

Aux termes de l'article 2240 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : « La prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée. »

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, **la désignation d'un expert judiciaire ne produisait pas d'effet suspensif mais un effet interruptif**. Autrement dit, **à compter de la décision de justice désignant un expert, courait un nouveau délai de prescription de même durée que l'ancien**. Si l'expert achevait sa mission postérieurement à ce délai, en l'absence de toute nouvelle cause d'interruption, l'action était prescrite²³.

Concernant l'application dans le temps de la réforme, la troisième chambre civile juge que **la loi nouvelle s'applique aux décisions rendues après son entrée en vigueur²⁴**, et partant de ce que celle-ci n'a ni augmenté ni réduit le délai de prescription biennale et ne prévoit aucune disposition transitoire pour les causes d'interruption ou de suspension, qu'elle n'est

¹⁷ 3e Civ., 19 juin 2008, n°07-15343, Bull. III n°143 ;

¹⁸ 3e Civ., 27 février 2008, pourvoi n° 06-21.965, Bull 34 ; 3e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-66.977, Bull 195 ; 2e Civ., 2 juillet 2020, pourvoi n° 17-12.611, publié

¹⁹ 1re Civ., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-15.992 ; 2e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi n° 16-13.239 ;

²⁰ 3e Civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 04-16.892 «

²¹ Soc, 15 avril 1992, n° 88-45.457, Bull 278

²² 1re Civ., 5 octobre 2016, pourvoi n° 15-25.459, Bull 189 ; 3e Civ., 18 avril 2019, pourvoi n° 18-10.883 ; 3e Civ., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-24.203, 12-24.208, Bull 42

²³ 3e Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n°10-26.304

²⁴ 3e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n°16-17.151, Bull 89

pas applicable lorsque la décision ordonnant l'expertise *in futurum* a été prononcée avant son entrée en vigueur de la loi de sorte que lorsque la prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'éviction était acquise avant cette entrée en vigueur, l'action en paiement du preneur à bail commercial introduite après cette date est irrecevable.²⁵

La « **demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès** » s'entend de la **demande en référé fondée sur l'article 145 du code de procédure civile**, c'est-à-dire celle tendant à obtenir une **mesure in futurum**.

Ce texte dispose :

« *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être **ordonnées à la demande de tout intéressé**, sur requête ou en référé.* »

Une telle mesure peut être demandée en référé dans le cadre d'une instance tendant à cette seule fin ou être sollicitée en plus d'autres demandes. Dans tous les cas, **elle vise avant tout à éclairer les parties** et le juge des référés vide sa saisine en prononçant cette mesure d'instruction, raison pour laquelle elle est dite « *avant tout procès* ». La mesure avant tout procès se différencie ainsi d'une mesure d'instruction prononcée sur le fondement des articles 146 et suivants du code de procédure civile, laquelle vise avant tout à éclairer le juge et ne vide pas sa saisine.

Alors qu'en principe, sur le fondement de l'article 2242 du code civil, une action en référé n'interrompt le délai de prescription que jusqu'à l'extinction de l'instance, le prononcé d'une mesure d'instruction *in futurum*, sur le fondement de l'article 2239 du même code, permet désormais la suspension de l'instance jusqu'au dépôt du rapport d'expertise²⁶. Ainsi, lorsque la prescription a été suspendue par une décision ayant fait droit à une mesure d'instruction présentée avant tout procès, le délai de prescription recommence à courir à compter du jour où la mesure a été exécutée et non à la date de la décision ordonnant cette mesure ²⁷, et **fait courir, non un entier délai de prescription, mais une durée résiduelle tenant compte de la durée déjà écoulée depuis le dernier acte interruptif, cette durée ne pouvant être inférieure à six mois**.

Comme l'explique N. Fricero²⁸ :

« *La prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, sur requête ou en référé. **Le justiciable ne subit plus les lenteurs de l'expertise** : auparavant, la demande interrompait la prescription jusqu'au prononcé de l'ordonnance de référé ou sur requête, puis le délai de prescription recommençait à courir, même pendant l'exécution de la mesure. **Depuis la réforme, le***

²⁵ 3e Civ., 5 septembre 2012, pourvoi n° 11-19.200, Bull 110

²⁶ 3e Civ., 22 octobre 2020, pourvoi n° 19-17.946 ; 2e Civ., 23 mars 2023, pourvoi n° 21-19.142

²⁷ 3e Civ., 22 octobre 2020, pourvoi n° 19-17.946

²⁸ N. Fricero, « La prescription après la loi du 17 juin 2008 en droit de la construction », RDI 2011. 435

délai de prescription ne recommence à courir qu'à compter du jour où la mesure a été exécutée (soit le dépôt du rapport d'expertise). Cette suspension est réservée aux mesures d'instruction *in futurum* : lorsqu'une expertise est prescrite pendant une instance, la demande en justice a interrompu la prescription, ce qui rend inutile toute suspension. »

La jurisprudence a précisé l'articulation entre le jeu de l'interruption et la suspension en ce sens que **la suspension succède à l'interruption** : le cours de la prescription est interrompu par la demande en justice puis suspendu à compter de la décision en référé y faisant droit jusqu'à la date du dépôt du rapport où il recommence à courir ²⁹.

La Cour de cassation juge que l'effet suspensif de l'article 2239 ne joue que lorsque l'action au fond tend au même but que la mesure d'instruction³⁰.

Il n'est pas inintéressant de relever que l'article 2239 du code civil, qui précise que la prescription est également suspendue, fait directement suite à l'article 2238 du même code³¹, lequel consacre le caractère suspensif du recours à la médiation ou à la conciliation par des parties après la survenance d'un litige, de la conclusion d'une convention de procédure participative et de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances. Or, dans ces hypothèse, il n'est pas discuté en doctrine que la suspension a un effet *erga omnes*. Selon certains commentateurs, les promoteurs de la réforme auraient entendu faire un sort commun au recours aux modes alternatifs de règlement des litiges (article 2238 du code civil) et à la mesure d'instruction *in futurum* (article 2239), afin de ménager aux parties une possibilité de discussion avant tout procès, sans que cela ne leur fasse perdre le bénéfice d'une éventuelle action en justice, que la suspension de la prescription a précisément pour objet de leur ménager. Il aurait pu en être déduit que, dans l'esprit du législateur, le litige devait alors se trouver « cristallisé », la suspension étant appelée à jouer à l'égard de toutes les parties en litige quelle que soit leur position dans une future instance et à l'égard de tous les points en litiges.

Telle n'a pas été la voie adoptée par la Cour de cassation, laquelle a consacré la solution selon laquelle l'effet suspensif de l'article 2239 ne joue qu'au profit de la partie qui a sollicité la mesure d'instruction.

Cette solution a été énoncée pour la première fois par la deuxième chambre civile :

²⁹ 1^{re} Civ., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-15.070

³⁰ [3e Civ., 17 octobre 2019, pourvoi n° 18-20.550, 18-19.611 publié](#) ; 2e Civ., 2 mars 2023, pourvoi n° 21-18.771, publié

³¹ « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.* »

2e Civ., 31 janvier 2019, pourvoi n° 18-10.011, publié

Sommaire : « La suspension de la prescription, en application de l'article 2239 du code civil, lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, qui fait, le cas échéant, suite à l'interruption de cette prescription au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé et tend à préserver les droits de la partie ayant sollicité celle-ci durant le délai de son exécution, ne joue qu'à son profit. »³²

Puis, la troisième chambre civile a fait sienne cette interprétation³³, ainsi que la première chambre civile³⁴ :

3e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n°19-13.459, publié

Sommaire : « En l'absence de réception de l'ouvrage, le délai de prescription de l'action du maître de l'ouvrage en responsabilité contractuelle de droit commun du constructeur est de cinq ans. L'instance en référé n'ayant pas été introduite par le maître de l'ouvrage, l'interruption, puis la suspension de cette prescription, ne lui profitent pas. »

3e civ., 17 déc. 2020, n° 19-14.837

« Vu l'article 2239 du code civil :

5. Aux termes de ce texte, la prescription est également suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter du jour où la mesure a été exécutée.

6. Pour écarter la fin de non-recevoir tirée de l'acquisition de la prescription quinquennale, l'arrêt retient que la mesure d'instruction sollicitée par la SCI et ordonnée par l'arrêt du 30 septembre 2009 a un effet suspensif de prescription profitant à toutes les parties à l'instance.

7. En statuant ainsi, alors que la suspension de la prescription, lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, tend à préserver les droits de la partie ayant sollicité celle-ci durant le délai de son exécution et ne joue qu'à son profit, la cour d'appel a violé le texte susvisé. »

1re Civ., 3 février 2021, pourvoi n° 19-12.255

« Vu les articles 2239 et 2241 du code civil :

³² **2e Civ., 2 mars 2023, pourvoi n° 21-18.771, publié**

³³ **3e Civ., 19 mars 2020, pourvoi n°19-13.459, publié** *Sommaire : « En l'absence de réception de l'ouvrage, le délai de prescription de l'action du maître de l'ouvrage en responsabilité contractuelle de droit commun du constructeur est de cinq ans. L'instance en référé n'ayant pas été introduite par le maître de l'ouvrage, l'interruption, puis la suspension de cette prescription, ne lui profitent pas. » ; 3e civ., 17 déc. 2020, n° 19-14.837*

³⁴ 1re Civ., 3 février 2021, pourvoi n° 19-12.255

11. Selon le premier de ces textes, la prescription est suspendue lorsque le juge fait droit à une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès. Selon le second, la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

12. **Il en résulte que la suspension de la prescription, lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, qui fait, le cas échéant, suite à l'interruption de cette prescription au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé et tend à préserver les droits de la partie ayant sollicité celle-ci durant le délai de son exécution, ne joue qu'à son profit.**

13. Pour condamner l'acquéreur à payer une certaine somme au vendeur, l'arrêt retient que l'expert a déposé son rapport le 7 décembre 2011 et qu'en raison de la suspension de la prescription intervenue, l'action en paiement formée par le vendeur le 16 décembre 2013 n'est pas prescrite.

14. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

On peut distinguer trois courants doctrinaux dans la réception de cette jurisprudence.

Un premier courant approuve en son principe cette interprétation des textes comme étant conforme à leur *ratio legis*. Plusieurs auteurs³⁵ expliquent ainsi que l'article 2239 a été consacré afin de remédier à « un piège » que recelait le droit antérieur, lequel prévoyait que la demande en référé interrompait le cours de la prescription, mais que celle-ci recommençait à courir à compter de la décision faisant droit à la demande, sans être nullement suspendue. Le délai s'écoulait donc tandis même que l'expert était en train d'accomplir sa mission, avec le risque qu'il ait expiré au jour où le technicien déposait son rapport, si son travail avait pris du temps. Le demandeur pouvait être contraint d'assigner au fond avant même que les opérations d'expertise soient achevées, pour éviter de se trouver prescrit. **Ils approuvent la Cour de cassation de déduire de cette genèse que la règle protège le demandeur en référé et que, par conséquent, lui seul peut s'en prévaloir.**

Ainsi, G. Loiseau et M. Billiau³⁶, cités par le mémoire en défense, estiment que :

« l'objectif de la règle étant de préserver les droits de la partie ayant sollicité la mesure en référé durant le délai d'exécution de la mesure, il est exclu d'en faire bénéficier la partie défenderesse à la demande de mesure d'instruction. La suspension de la prescription relayant en outre l'interruption résultant de la demande de mesure en référé, il est cohérent que l'effet de l'une ait la même portée que celui de l'autre. »

Dans le même sens, M. Kebir³⁷, dont se prévaut le mémoire en défense, écrit :

« Le but de cette suspension est de ne pas faire supporter au demandeur les lenteurs d'une mesure d'instruction en le préservant d'un risque, celui de souffrir de la prescription alors

³⁵ M. Dugue, « L'effet interruptif et suspensif de prescription qui s'attache à l'expertise sollicitée par la victime ne profite pas au coresponsable solvens », RDC, septembre 2020, n° 3, p. 23 ; L'Essentiel droit des contrats - n°4 - avril 2019 - Portée de l'effet suspensif de prescription des mesures d'instruction

³⁶ G. Loiseau et M. Billiau, JCP éd. G., juin 2020, n° 22, doct. 677

³⁷ M. Kebir, « Mesure d'instruction in futurum ; la suspension ne bénéficie qu'au demandeur », Dalloz actualité, 7 mars 2019

même que le résultat de la mesure n'a pas été produit par le technicien en charge de son exécution [...] Autrement dit, l'article 2239 vise à éviter que le demandeur soit tributaire du délai d'exécution de la mesure, en particulier lorsqu'il s'agit d'une expertise [...]. C'est précisément parce que le but de cette suspension est de préserver les intérêts de celui qui est à l'origine de la demande que l'effet ainsi produit doit lui être réservé »

Un deuxième courant remet en cause la pertinence théorique et pratique de cette jurisprudence. Ainsi, pour S. Pellet³⁸, l'alignement du régime de l'effet suspensif sur celui de l'effet interruptif ne s'imposait pas au regard de la lettre du texte de l'article 2239 qui est rédigé en des termes généraux et ne spécifie pas comme l'article 2241 que le bénéfice des effets sur la prescription ne profite qu'à son auteur. Par ailleurs, il soutient que cette solution n'était pas plus imposée par la *ratio legis* du nouveau texte :

« Certes la ratio legis de la disposition justifie, en apparence, la solution. Ce texte renverse en effet la jurisprudence antérieure qui décidait que le délai de prescription, interrompu par la demande tendant à la désignation d'un expert, recommençait à courir dès l'ordonnance prononçant la mesure d'expertise. Ce qui avait cette conséquence inique que le demandeur supportait le risque de la lenteur de l'expertise : si les mesures se prolongeaient sans qu'il agisse au fond (pour demander immédiatement un sursis à statuer dans l'attente du dépôt du rapport de l'expert !), il prenait le risque que son action au fond soit ensuite tardive. C'est donc pour éviter de faire supporter au demandeur, qui avait fait toutes diligences pour agir en justice, les conséquences de la lenteur du processus judiciaire, qu'est intervenue la réforme. Est-ce à dire pourtant que la suspension du délai de prescription ne doit profiter qu'au demandeur à la mesure d'expertise ? Rien n'est moins certain car, en pratique, la solution a pour conséquence d'imposer à son adversaire d'agir immédiatement au fond, cependant que l'expertise est encore en cours, et donc, le cas échéant, de solliciter un sursis à statuer si les conclusions de l'expert sont de nature à justifier sa demande. Où l'on voit que constater, comme le fait la Cour de cassation, que l'article 2239 du Code civil tend à préserver les droits du demandeur à la mesure d'expertise n'implique pas nécessairement, comme le juge pourtant la haute juridiction, que la suspension de la prescription ne doit profiter qu'au demandeur à la mesure d'instruction. »

Dans le même sens, C. Charbonneau³⁹, cité par le mémoire ampliatif, écrit :

« En effet, l'article 2239 comporte justement une logique de suspension collective que souligne, à notre sens, l'alinéa 2 prévoyant qu'il demeure, au jour du dépôt du rapport, un délai minimum de six mois pour agir. Or, le demandeur ayant sollicité la mesure d'expertise bénéficie toujours de l'interruption, donc d'un délai plein, de sorte que le délai sera toujours supérieur et de beaucoup à six mois. »

En ce même sens, selon M. Dugueé⁴⁰ :

³⁸ L'Essentiel droit des contrats - n°4 - avril 2019 - Portée de l'effet suspensif de prescription des mesures d'instruction

³⁹ C. Charbonneau, « Du point de départ des recours entre coobligés, un si doux revirement, » RDI 2023, p.190

⁴⁰ M. Dugueé, « L'effet interruptif et suspensif de prescription qui s'attache à l'expertise sollicitée par la victime ne profite pas au coresponsable solvens », RDC, septembre 2020, n° 3, p. 23

« La pertinence de ce raisonnement peut toutefois être interrogée. S'il semble indéniable que la règle exprimée par l'article 2239 vise avant tout le demandeur, qui, ayant œuvré à la protection de ses droits, n'a pas à pâtir de la lenteur de l'accomplissement de la mesure d'instruction qu'il a sollicitée, sa protection ne devrait-elle pas s'étendre aux autres parties ? **La stratégie du défendeur à l'action peut elle-même dépendre de l'issue de l'expertise, le poussant assez logiquement à attendre pour agir au fond. L'obliger à le faire rapidement, quitte à ce que cela implique de solliciter immédiatement un sursis à statuer, n'est peut-être pas d'une grande utilité et maintient à son égard le piège précédemment dénoncé.** »

Un troisième courant, tout en approuvant la solution dans son principe, plaide pour qu'un tempérament doit lui être apporté lorsque l'expertise *in futurum* tend à préserver les droits respectifs des parties et pas du seul demandeur à l'expertise. Ainsi, J-J Taisne, auquel se réfère le mémoire ampliatif,⁴¹ propose de « **réserver l'hypothèse où la mesure ordonnée porte en définitive sur les prétentions réciproques des deux parties** », notamment lorsque le défendeur à la mesure d'expertise a obtenu reconventionnellement l'intégration de ses demandes dans la mission de l'expert. Selon lui :

« Tout praticien sait en effet qu'un défendeur à une demande d'expertise, sachant qu'il ne pourra l'éviter, peut au moins demander que la mission de l'expert soit rédigée différemment de ce que requiert le demandeur et particulièrement solliciter une mission plus complète. En ce cas l'opposition entre demandeur et défendeur à l'expertise devient artificielle. Il faut sérier selon les points de la mission. »

Il rappelle que « **ce qui fonde la suspension dans la théorie générale de la prescription est l'existence d'un obstacle mettant le titulaire du droit dans l'impossibilité d'agir** » et estime que cette impossibilité est réciproque lorsque l'expertise porte sur les prétentions respectives des parties.

Dans le même sens, J-D. Bretzner et A. Aynès⁴² :

« C'est la raison d'être de la règle instituée par la loi de 2008 à l'article 2239 du code civil, comme d'ailleurs de nombreuses autres causes de suspension de la prescription : la prescription est suspendue à l'égard de celui qui, ayant obtenu une mesure d'instruction *in futurum*, ne peut agir avant d'en connaître le résultat. Cette justification de la règle de l'article 2239 commande d'en limiter la portée à celui qui est effectivement dans l'impossibilité d'agir, c'est-à-dire le demandeur à la mesure. La Cour de cassation ne dit pas autre chose en relevant que la règle est destinée à " préserver les droits de la partie " qui ne peut agir. Ce n'est, en principe, que le demandeur à la mesure d'instruction, **sauf si, en raison d'une demande reconventionnelle du défendeur, la mission de l'expert est étendue à l'établissement des comptes entre les parties** (V.Orléans, 25 oct. 2018, n° 17/022591). **En pareil cas, l'une et l'autre sont dans l'impossibilité d'agir et doivent bénéficier de la suspension de la prescription.** »

⁴¹ J-J Taisne, « *Le bénéfice de la suspension de la prescription en suite de l'organisation d'une mesure d'instruction in futurum est-il réservé au seul demandeur à cette mesure ?* » - La Semaine Juridique Edition Générale n° 12, 25 mars 2019, act. 307 ; Jurisclassuer Civil Code - Encyclopédies - Art. 2233 à 2239 - Fasc. unique : PRESCRIPTION. - Suspension de la prescription

⁴² D. 2020. 170

Par arrêt du 20 novembre 2020⁴³, le Conseil d'Etat a retenu la même solution de principe que la Cour de cassation mais lui a apporté, par un *obiter dictum*, une exception dans l'hypothèse où la partie défenderesse à la demande d'expertise s'est associée à la demande :

« Aux termes de l'article 2244 du code civil, dans sa version antérieure à la loi du 17 juin 2008 : " Une citation en justice, même en référé, un commandement ou une saisie, signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, interrompent la prescription ainsi que les délais pour agir ". Alors même que l'article 2244 du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008 réservait ainsi un effet interruptif aux actes " signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire", termes qui n'ont pas été repris par le législateur aux nouveaux articles 2239 et 2241 de ce code, **il ne résulte ni des dispositions de la loi du 17 juin 2008 ni de ses travaux préparatoires que la réforme des règles de prescription résultant de cette loi aurait eu pour effet d'étendre le bénéfice de la suspension ou de l'interruption du délai de prescription à d'autres personnes que le demandeur à l'action, et notamment à l'ensemble des participants à l'opération d'expertise. La suspension de la prescription, en application de l'article 2239 du code civil, lorsque le juge accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, le cas échéant faisant suite à l'interruption de cette prescription au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé, tend à préserver les droits de cette partie durant le délai d'exécution de cette mesure et ne joue qu'à son profit, et non, lorsque la mesure consiste en une expertise, au profit de l'ensemble des parties à l'opération d'expertise, sauf pour ces parties à avoir expressément demandé à être associées à la demande d'expertise et pour un objet identique. »**

La solution du Conseil d'État admet la possibilité que le défendeur à la demande d'expertise bénéficie de l'effet suspensif **mais à la condition d'une initiative procédurale expresse du défendeur**. Le rapporteur public concluait que « *la prescription vient sanctionner l'inaction du titulaire d'un droit et l'action d'un autre titulaire n'a ainsi pas à avoir un effet bénéfique sur celui qui n'a pas agi.* »

Il est d'usage fréquent que le défendeur à la mesure d'instruction déclare « s'en rapporter à justice » ou émet « toutes protestations et réserves d'usage » à propos de la demande de son adversaire. Il ne faut pas se méprendre sur ces expressions un peu surannées qui, contrairement à ce qui est parfois considéré, manifestent une **contestation**.

Une jurisprudence constante et ancienne rappelle que **le fait, pour une partie, de s'en rapporter à justice sur le mérite d'une demande implique de sa part, non un acquiescement à cette demande, mais la contestation de celle-ci**⁴⁴ et qu'ayant formé une demande au fond, elle est dès lors, est irrecevable à soulever ensuite une exception d'incompétence⁴⁵. De la même manière, il est jugé que des « *protestations et réserves* »

⁴³ Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 20 novembre 2020, 432678

⁴⁴ 1re Civ., 25 octobre 1972, pourvoi n° 71-11.018, Bull 221 ; Com., 26 juin 1990, pourvoi n° 88-13.283, Bull 187 ; 1re Civ., 25 novembre 1980, pourvoi n° 79-15.403, Bull 303 ; 1re Civ., 27 octobre 1993, pourvoi n° 91-15.611, Bull 301 ; 1re Civ., 21 octobre 1997, pourvoi n° 95-16.224, Bull 283 ; 3e Civ., 16 juin 2016, pourvoi n° 15-16.469, Bull 79

⁴⁵ 2e Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 06-15.920, Bull 145

manifestent une **contestation**⁴⁶. La Cour de cassation juge qu'une partie qui s'en rapporte à justice sur le mérite d'une prétention conserve un intérêt à former un recours à l'encontre de la décision rendue⁴⁷ mais que pour autant, elle n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de Cassation un moyen critiquant un chef de la décision ayant donné lieu au rapport à justice⁴⁸. Il a été ainsi jugé que la partie qui a émis « *protestations et réserves* » au prononcé d'une mesure d'expertise a intérêt à en faire appel⁴⁹.

Selon un commentaire⁵⁰ de l'arrêt du **2e Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 06-15.920, Bull 145** : « *La solution n'est pas toujours connue. S'en rapporter ou s'en remettre à justice, c'est s'opposer à la prétention adverse. La deuxième chambre va ici plus loin encore, puisqu'elle assimile cette attitude procédurale à une défense au fond, pour dire irrecevable l'exception soulevée ultérieurement. C'est dire qu'une telle posture dans le procès n'implique pas la neutralité du défendeur. Elle manifeste de sa part une opposition, certes silencieuse, mais une véritable opposition, sur le fond, à la prétention adverse.* »

Une partie qui n'a pas initié l'action aux fins d'expertise peut s'associer à la demande principale. Mais si la partie se borne à s'associer à des écritures d'une autre partie, sans pour autant solliciter à titre personnel la désignation d'un expert, il s'agit d'une intervention accessoire qui suit le sort de la demande principale⁵¹.

==> Au cas présent :

Le juge de la mise en état, pour déclarer la locataire prescrite en son action en paiement d'une indemnité d'éviction, a énoncé que la suspension de la prescription induite par une mesure d'expertise ordonnée par le juge ne bénéficie qu'à la partie qui l'a sollicitée.

Pour confirmer de ce chef l'ordonnance, **la cour d'appel** énonce que lorsque le juge de référé accueille une demande de mesure d'instruction présentée avant tout procès, l'interruption de la prescription lors de l'instance résultant de l'article 2241 puis sa suspension résultant de l'article 2239, ne jouent qu'au profit de la partie ayant sollicité cette mesure en référé. Elle relève que les dispositions des articles 2228 et suivants du code civil relatives au cours de la prescription extinctive énumérant les causes de report du point de départ, de suspension ou d'interruption de la prescription ne prévoient pas que la participation d'une partie aux opérations d'expertise puissent avoir un caractère suspensif

⁴⁶ **Com., 17 mars 2015, pourvoi n° 13-25.142, Bull 50** ; 2e Civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-18.111

⁴⁷ **2e Civ., 3 mai 2001, pourvoi n° 98-23.347, Bull 84** ; 2e Civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-18.111 ;

⁴⁸ **2e Civ., 3 mai 2001, pourvoi n° 98-23.347, Bull 84** ; **Soc., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-42.661, Bull 176**

⁴⁹ 2e Civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-18.111 ;

⁵⁰ J-M Sommer et C. Nicoletis, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, D. 2008. 648

⁵¹ 2e Civ., 12 juin 2003, pourvoi n° 01-11.220

ou interruptif de la prescription à son égard. Elle estime que la circonstance qu'une partie de la mission confiée à l'expert vise à déterminer les droits de l'autre partie n'est pas de nature à suspendre la prescription à son égard, de sorte qu'il est inopérant de faire valoir que la mission d'expertise portait également sur l'évaluation de l'indemnité d'éviction. Elle constate qu'il ressort de l'ordonnance que devant le juge des référés, la locataire ne s'est pas jointe à la demande d'expertise aux fins de déterminer le montant de l'indemnité d'éviction mais a simplement fait "*protestations et réserves*". Elle en déduit qu'en l'absence de demande de sa part, la mesure d'expertise n'a pas eu d'effet suspensif à son égard.

Le mémoire ampliatif remet en cause la pertinence de l'alignement fait par la jurisprudence de la Cour de cassation précitée du régime de l'effet suspensif sur celui de l'effet interruptif. Il fait valoir que l'interruption prévue par l'article 2241 du code civil est attachée à un acte du créancier, la demande en justice quand **la suspension de la prescription de l'article 2239 du code civil est attachée à une décision ordonnant une mesure d'expertise avant tout procès au fond**. Il argue que l'objectif de l'article 2239 était de favoriser les mesures d'instruction *in futurum* et d'éviter l'introduction de demande en justice ayant uniquement pour objet d'interrompre la prescription au cours des opérations d'expertise, qu'imposer à une partie d'intenter une action au fond ayant pour objet uniquement d'interrompre la prescription quand une mesure d'expertise judiciaire est en cours aux fins de fixation de sa créance est injustifiée et inopportun, **et que la solution consacrée par la jurisprudence doit être écartée dans l'hypothèse où la mesure ordonnée porte en définitive sur les prétentions réciproques des deux parties**. Se référant à la motivation développée de l'arrêt publié, 3e Civ., 14 décembre 2022, pourvoi n° 21-21.305⁵², il argue qu'une règle qui oblige à introduire des recours dans le seul but d'interrompre la prescription et entraîne la multiplication de recours préventifs nuit à une bonne administration de la justice. Il soutient que **la solution de la jurisprudence doit recevoir une exception lorsque la mesure d'instruction *in futurum* qui a été ordonnée est destinée à permettre la fixation des droits réciproques des parties aux opérations d'expertise et qu'à partir du moment où la mesure d'expertise avait notamment pour objet de déterminer la créance de la locataire, la prescription de l'action en paiement de cette créance devait naturellement être suspendue au cours de cette mesure d'expertise**.

Le mémoire en défense fait valoir que la cour d'appel a appliqué l'article 2239 tel qu'interprété par la Cour de cassation laquelle a opté pour une application cumulée et successive des articles 2241 et 2239 du code civil. Il argue que contrairement à la thèse du pourvoi, rien ne justifie de faire un sort particulier à « *l'hypothèse particulière où la mesure ordonnée porterait en définitive sur les prétentions réciproques des deux parties* » dans la mesure où cette thèse a déjà été écartée implicitement par la Cour de cassation dans l'arrêt 3e civ., 17 déc. 2020, n° 19-14.837 ; que la transposition faite par la Cour de cassation du raisonnement suivi en matière d'effet interruptif de l'article 2241 du code civil, à l'effet suspensif de l'article 2239 du même code, se justifie pleinement ; et que pour interrompre la prescription, le défendeur à la mesure d'instruction n'a pas nécessairement à exercer une action au fond mais il lui suffit de s'associer à la demande d'expertise comme l'a relevé le Conseil d'État dans sa décision du 20 novembre 2020. Il souligne que **la cour d'appel relevé** « que devant le juge des référés, la société VAVINTEL ne s'est pas jointe à la demande

⁵² « 16. La multiplication de ces recours préventifs, qui nuit à une bonne administration de la justice, conduit la Cour à modifier sa jurisprudence. »

d'expertise aux fins de déterminer le montant de l'indemnité d'éviction mais a simplement fait des « *protestations et réserves* ».)»