

L'article 2239 du Code civil a-t-il encore un intérêt pratique ? ^{150f4}

**Mathilde
CALCIO GAUDINO**

*Docteur en droit privé
et sciences criminelles*

Un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation illustre les difficultés de mise en œuvre de la suspension du délai de prescription résultant de mesures d'instruction avant tout procès. Limitant les effets de l'article 2239 du Code civil aux mesures d'instruction tendant au même but que l'action au fond subséquente, il réduit considérablement le champ d'application du texte.

**Cass. 3^e civ., 17 oct. 2019, n^{os} 18-19611
et 18-20550**

La Cour :

(...)

Sur le moyen unique du pourvoi n^o P 18-19.611 :

Vu l'article 2239 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 17 mai 2018), que, le 6 décembre 2006, M. X et la société Le Chêne constructions (la société Le Chêne) ont conclu un contrat de construction d'une maison d'habitation ; que M. X, ayant constaté de nombreuses malfaçons avant réception, a saisi le juge des référés qui, par ordonnance du 24 décembre 2009, a désigné un expert, lequel a déposé son rapport le 15 décembre 2011 ; que, par acte du 14 août 2012, M. X a assigné la société Le Chêne en annulation du contrat, subsidiairement en résolution ou en réparation des désordres ;

Attendu que, pour juger recevable la demande en nullité du contrat, l'arrêt retient qu'il ne saurait être ajoutée une condition à la suspension du délai de prescription, prévue par l'article 2239 du Code civil, et que l'expertise sollicitée en référé est utile à l'appréciation de la demande en nullité du contrat, les conséquences de la nullité étant appréciées au regard de la gravité des désordres et non-conformités affectant la construction ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la demande d'expertise en référé sur les causes et conséquences des désordres et

malfaçons ne tendait pas au même but que la demande d'annulation du contrat de construction, de sorte que la mesure d'instruction ordonnée n'a pas suspendu la prescription de l'action en annulation du contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen unique du pourvoi n^o J 18-20.550 :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 mai 2018, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rennes, autrement composée ;

(...)

NOTE

Un maître d'ouvrage avait conclu, le 6 décembre 2011, un contrat de construction de maison d'habitation. Constatant rapidement des désordres, il refusait de réceptionner les travaux et saisissait le juge des référés, qui ordonnait le 24 décembre 2009 une mesure d'expertise sur les causes et conséquences des malfaçons. Le rapport déposé le 15 décembre 2011 relevait un ensemble de désordres suffisamment substantiels pour justifier des travaux réparatoires. Le maître d'ouvrage décidait alors d'assigner le constructeur en nullité du contrat de construction le 14 août 2012. La cour d'appel de Rennes accueillait sa demande sur le fondement des articles L. 231-1 et L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation. Af-

firmant qu'il ne saurait être ajouté une condition à la suspension du délai de prescription telle que prévue à l'article 2239 du Code civil, elle validait également le caractère suspensif de la mesure d'instruction ordonnée par le juge des référés en énonçant que l'expertise était manifestement utile à l'appréciation de la demande de nullité du contrat, les conséquences de la nullité étant appréciées au regard de la gravité des désordres et non-conformités affectant la construction.

C'est sur ce dernier point que se prononce la Cour de cassation : la mesure d'instruction ordonnée en référé aux fins d'appréciation des malfaçons et désordres d'une maison d'habitation suspend-elle le délai de prescription de l'action en nullité du contrat de construction ?

L'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article 2239 du Code civil, aux motifs que « la demande d'expertise en référé sur les causes et conséquences des désordres et malfaçons ne tendait pas au même but que la demande d'annulation du contrat de construction, de sorte que la mesure d'instruction ordonnée n'a pas suspendu la prescription de l'action en annulation du contrat ».

Cette solution, qui a le mérite de la clarté, invite à formuler quelques remarques. La condition d'identité de but entre l'expertise et l'action au fond s'inscrit en effet dans un courant d'interprétation particulièrement restrictif du champ d'application de l'article 2239 du Code civil (I), qui aboutit à l'éclatement de ce dernier (II).

I. Une nouvelle restriction du champ d'application de l'article 2239 du Code civil

L'article 2239 du Code civil étant muet sur son champ d'application et ses modalités, c'est aux magistrats qu'est revenue la tâche d'en déterminer les contours. La suspension de prescription résultant des mesures d'instruction, déjà soumise à un régime jurisprudentiel restrictif (A), s'étoffe ici d'une condition supplémentaire (B).

A. Contexte d'appréciation restrictive du champ d'application de l'article 2239 du Code civil

L'actualité jurisprudentielle de l'article 2239 du Code civil, particulièrement riche depuis quelques années¹, est marquée par la constance de son caractère restrictif. La troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est ainsi opposée à son application aux délais de forclusion des actions en garantie des vices apparents², en garantie des vices cachés³, en réduction du prix prévue par l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965⁴, et en garantie décennale⁵. Cette position est majoritairement suivie par les juridictions du fond, en dépit de quelques positions contraires visant avant tout à protéger l'intérêt du créancier⁶.

1) Plus de 491 décisions visant ou mentionnant « 2239 du Code civil » et prescription (interrogation du moteur de recherche de Dalloz).

2) Cass. 3^e civ., 3 juin 2015, n° 14-15796 (rejet) : Bull. civ. III, juin 2015, n° 55 ; Becqué-Ickowicz S., « Responsabilité du vendeur d'immeuble à construire : appréciation des dommages décennaux et délai pour agir en garantie des vices apparents », RDI 2015, p. 400 ; Frérot N., « Procédure civile », D. 2016, p. 449 ; Tournafond O. et Tricoire J.-P., « Pas de suspension du délai de forclusion de l'article 1648, alinéa 2, pendant le cours de l'expertise », RDI 2015, p. 414 ; Malinvaud P., « La suspension de la prescription prévue par l'article 2239 n'est pas applicable au délai de forclusion », RDI 2015, p. 422 ; dans le même sens : v. CA Rennes, 4^e ch., 27 juin 2019, n° 16/05631 ; CA Aix-en-Provence, 3^e ch. B, 22 nov. 2018, n° 16/05311 ; CA Paris, 4-6, 2 juin 2017, n° 15/18711 ; CA Paris, 4-5, 29 mars 2017, n° 15/20081 ; CA Metz, 1^{er} ch., 8 avr. 2014, n° 13/00094 ; CA Versailles, 4^e ch., 4 nov. 2013, n° 12/02506 ; CA Rouen, 1^{er} ch. civ., 13 mars 2013, n° 12/02741.

3) Cass. 3^e civ., 10 nov. 2016, n° 15-24289 (cassation), D ; dans le même sens : v. CA Poitiers, 1^{er} ch. civ., 12 déc. 2017, n° 16/01690 ; CA Rennes, 4^e ch., 26 oct. 2017, n° 14/03685.

4) Cass. 3^e civ., 2 juin 2016, n° 15-16967 (cassation partielle) : Rouquet Y., « Loi Carrez : forclusion de l'action en diminution du prix, mais condamnation du diagnostiqueur », AJDI 2016, p. 843 ; v. dans le même sens : CA Paris, 4-1, 21 mai 2015, n° 13/19237 ; CA Paris, 4-1, 26 févr. 2015, n° 13/15050.

5) Cass. 3^e civ., 23 févr. 2017, n° 15-28065 (cassation), D ; v. dans le même sens : CA Bastia, ch. civ. A, sect. 2, 19 déc. 2018, n° 15/0084 ; CA Reims, 25 sept. 2018, n° 17/01528 ; CA Angers, ch. civ. A, 24 avr. 2018, n° 16/00144 ; CA Bourges, 4 juin 2015, n° 14/00786.

6) Application de l'article 2239 du Code civil au délai décennal : CA Rennes, 4^e ch., 20 déc. 2018, n° 15/09106 ; CA Caen, 1^{er} ch. civ., 9 mai 2017, n° 15/02558 ; CA Aix-en-Provence, 3^e ch. B, 30 mars 2017, n° 15/02755 ; au délai de garantie biennale du constructeur : CA Douai, 1-2, 29 oct. 2014, n° 13/04943 ; au délai de garantie des vices cachés : CA Pau, 2-1, 18 juin 2019, n° 17/04125 ; CA Rennes, 2^e ch., 13 nov. 2017, n° 14/05454 ; CA Versailles, 12^e ch., 10 oct. 2017, n° 16/08015 ; CA Poitiers, 1^{er} ch. civ., 10 févr. 2017, n° 15/03233 ; CA Montpellier, 2^e ch., 16 déc. 2014, n° 12/08699 ; CA Colmar, 2^e ch. civ., sect. A, 10 déc. 2014, n° 13/03704 ; CA Agen, ch. civ., 26 févr. 2014, n° 13/00168 ; CA Riom, 1^{er} ch. civ., 9 déc. 2013, n° 13/00825.

La détermination du bénéficiaire de la mesure de suspension est appréciée tout aussi strictement. L'effet suspensif de la saisine du juge des référés par une commune dans le cadre d'une expertise relative à la rupture du collecteur a été refusé à une action indemnitaire de la société Veolia Eau, dès lors que cette saisine n'émanait pas de la société⁷. De même, l'application de la suspension résultant d'une expertise requise par un syndicat de copropriétaires à une action en paiement du solde du prix exercée contre un copropriétaire a été exclue, dans la mesure où ce dernier s'était contenté de saisir le juge des référés pour être autorisé à participer aux opérations⁸. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation est allée quant à elle au-delà de l'exigence de mise en cause en refusant, dans un arrêt du 31 janvier 2019, d'accorder le bénéfice de la suspension des mesures d'instruction avant tout procès aux défendeurs⁹. Alignant simplement le régime de la suspension sur celui de l'interruption par la reprise du caractère relatif de l'effet interruptif¹⁰, cette décision a soulevé de vives inquiétudes sur la réduction du champ d'application de l'article 2239 du Code civil¹¹. La troisième chambre civile leur donne aujourd'hui raison en consacrant une restriction supplémentaire.

B. La limitation des effets de l'article 2239 du Code civil aux mesures d'instruction tendant au même but que l'action au fond subséquente

L'arrêt d'appel avait étendu l'effet suspensif de la mesure d'instruction à l'action en nullité du contrat de construction pour accueillir les prétentions du maître d'ouvrage, au regard de l'utilité de l'expertise dans l'appréciation de la gravité des désordres et non-conformités à l'origine de la demande en nullité. L'argument est refusé par la troisième chambre civile de la Cour de cassation : « la demande d'expertise en référé sur les causes et conséquences des désordres et malfaçons ne tendait pas au même but que la demande d'annulation du contrat de construction, de sorte que la mesure d'instruction ordonnée n'a pas suspendu la prescription de l'action en annulation du contrat ».

C'est ici le lien entre la mesure d'instruction et l'action au fond subséquente qui est questionné. La détermination du champ d'application matériel de l'article 2239 du Code civil s'était jusque-là attachée aux modalités de l'expertise. Il est ainsi acquis que la suspension du délai de prescription n'est pas applicable en matière d'expertise amiable¹² : seules sont concernées par ce texte les mesures d'instruction *in futurum* ordonnées en référé en application de l'article 145 du Code de procédure civile¹³, présentées avant l'engagement d'une instance au fond¹⁴ et correspondant à la recherche des faits argués de prescription¹⁵. Sont donc exclues du bénéfice de la suspension :

- l'ordonnance de remplacement d'un expert décédé¹⁶, mesure de pure administration judiciaire ;

7) CAA Lyon, 6^e ch., 16 mai 2019, n° 17LY01270 (rejet).

8) CA Nancy, 1^{re} ch. civ., 15 oct. 2018, n° 16/03325.

9) Cass. 2^e civ., 31 janv. 2019, n° 18-10011, F-PB (rejet) : Kebirle M., « Mesure d'instruction *in futurum* : la suspension de la prescription ne bénéficie qu'au demandeur », Dalloz actualité, 07 mars 2019 (<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/mesure-d-instruction-futurum-suspension-de-prescription-ne-beneficie-qu-au-demandeur#.XdPiltVKiUk>).

10) Cass. 3^e civ., 19 sept. 2019, n° 18-15833 (cassation partielle) ; Cass. 3^e civ., 27 févr. 2008, n° 06-21968 : Bull. civ. III, n° 34 – Cass. com., 11 juin 1996, n° 93-21075 : Bull. civ. IV, n° 173 ; dans le même sens : CA Reims, 4 sept. 2018, n° 17/01545 ; CA Rennes, 4^e ch., 28 juin 2018, n° 16/01020 ; CA Lyon, 3^e ch. A, 4 mars 2013, n° 11/05716 ; CA Pau, 2-1, 22 juin 2012, n° 11/01141 et 12/2860 ; CA Versailles, 12-1, 29 mai 2008, n° 07/02743.

11) D'autant qu'il existait en jurisprudence des arguments convaincants en sens contraire : v. CA Orléans, ch. com., 15 oct. 2015, n° 14/02342, refusant l'effet relatif de la suspension.

12) CA Colmar, 2^e ch. civ., sect. A, 11 juin 2015, n° 402/2015.

13) CA Montpellier, 1^{re} ch. civ., 18 déc. 2018, n° 16/02685 ; v. aussi CA Paris, 5-4, 10 avr. 2019, n° 16/07328.

14) CA Orléans, ch. com., 25 oct. 2018, n° 17/02259.

15) CA Paris, 5-11, 29 juin 2018, n° 17/04303.

16) CA Paris, 5-4, 11 avr. 2018, n° 16/00072.

- les mesures ordonnées par le juge de la mise en état¹⁷. L'instance au fond fait l'objet d'une mesure d'altération des délais qui lui est propre, les articles 2241 et 2242 du Code civil, prévoyant que l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance¹⁸. C'est sur ce fondement que la cour d'appel de Toulouse a refusé d'étendre l'effet suspensif de l'assignation aux fins d'obtenir une expertise sur l'origine des désordres et le coût des réparations d'un sinistre à l'action concernant la garantie de l'assureur multirisque habitation, qui constituait une assignation au fond exclusive de suspension¹⁹ ;
- de même, les mesures ordonnées dans le cadre d'un jugement mixte ne peuvent donner lieu à suspension. La cour d'appel de Montpellier s'est prononcée en ce sens dans le cadre d'un jugement qui ordonnait une expertise pour la détermination de l'indemnité d'éviction et de l'indemnité d'occupation d'un preneur, l'assignation du preneur étant faite aux fins de voir, dire et juger que ce dernier était fondé à solliciter le paiement d'une indemnité d'éviction, et voir désigner un expert chargé de déterminer le montant de celle-ci²⁰.

La décision du 17 octobre 2019 vient ajouter une nouvelle hypothèse d'exclusion de la suspension. Le caractère successif et non simultané des demandes²¹ ne permettait pas en l'espèce de justifier le rejet de la suspension sur le fondement des solutions précédentes : c'est en empruntant au régime de l'interruption la théorie des actions liées que la Cour s'oppose à l'extension de l'effet suspensif de la mesure d'expertise à l'action au fond subséquente.

L'effet interruptif d'une demande en justice ne peut en principe s'étendre

aux autres actions engagées au cours d'une même instance²². C'est la raison pour laquelle la troisième chambre civile avait retenu, dans une décision du 19 janvier 2000, que les actions en fixation des indemnités d'éviction et d'occupation étaient distinctes par leur objet et leur cause, et que la mise en œuvre de l'une n'avait pas pour effet d'interrompre le cours de la prescription de l'autre²³. Il en va autrement lorsque des actions, bien qu'ayant des causes distinctes, tendent à un seul et même but, la seconde étant virtuellement comprise dans la première : elles sont alors liées, justifiant l'extension de l'effet interruptif à toutes les actions concernant par exemple l'exécution d'un même contrat de travail²⁴. En ce sens, l'identité d'objet a été reconnue aux actions récursoires du promoteur vendeur d'immeuble à l'encontre des constructeurs et assureurs fondées sur la garantie décennale et sur la responsabilité contractuelle, dans la mesure où toutes deux ont pour objet d'obtenir la garantie des condamnations prononcées à son encontre au profit des copropriétaires et du syndicat des copropriétaires par les constructeurs et leurs assureurs²⁵ ; à l'action en responsabilité décennale et à l'action en responsabilité de droit commun du maître d'ouvrage contre l'entrepreneur ayant réalisé les travaux affectés de désordres²⁶ ; ou en-

17) CA Aix-en-Provence, 11^e ch. A, 18 oct. 2016, n° 15/12019.

18) CA Orléans, ch. com., 25 oct. 2018, n° 17/02259.

19) CA Toulouse, 3^e ch., 17 janv. 2018, n° 16/02632.

20) CA Montpellier, 1^{re} ch. civ., 18 déc. 2018, n° 16/02685.

21) L'ordonnance datait du 24 décembre 2009 et l'assignation en nullité du 14 août 2012.

22) Action en résiliation d'un crédit-bail et action en paiement des loyers : Cass. com., 4 juill. 2006, n° 04-16578 (cassation) : Bull. civ. IV, n° 168 – action en fixation de l'indemnité d'éviction et action en fixation de l'indemnité d'occupation : Cass. 3^e civ., 15 févr. 1995, n° 92-17159 (cassation partielle) : Bull. civ. III, n° 49 – action en rappel de salaire et action en paiement d'heures supplémentaires : Cass. soc., 15 avr. 1992, n° 88-45457 (cassation) : Bull. civ. V, n° 278.

23) Cass. 3^e civ., 19 janv. 2000, n° 98-13773 (rejet) : Bull. civ. III, n° 11 ; D. 2000, AJ, p. 177, obs. Rouquet Y. ; Defrénois 15 mai 2000, n° 37171, p. 581, obs. Duplan-Miellat S.

24) Cass. soc., 19 oct. 2016, n°s 14-27108, 14-27109, 14-27110, 14-27111, 14-27112, 14-27113, 14-27114, 14-27115, 14-27116, 14-27117 et 14-27118 (cassation partielle) ; Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 04-47426 (cassation partielle sans renvoi) : Bull. civ. V, n° 411 ; dans le même sens : CA Dijon, ch. soc., 30 mars 2017, n° 16/00440 ; CA Versailles, 15^e ch., 14 déc. 2016, n° 15/05484.

25) Cass. 3^e civ., 22 sept. 2004, n° 03-10923 (rejet) : Bull. civ. III, n° 152.

26) Cass. 3^e civ., 26 juin 2002, n° 00-21638 (cassation partielle) : Bull. civ. III, n° 149 ; Defrénois 15 mars 2003, n° 5, p. 335, obs. Périnet-Marquet H. ; RDI 2002, p. 419, obs. Malinvaud P. ; RGDA 2002, p. 728, obs. Périnet-Marquet H.

core à l'action paulienne engagée pour rendre inopposable à une banque l'apport à une société civile immobilière de certains biens, et à la mesure d'exécution engagée par la suite sur lesdits biens²⁷. A en revanche été refusée, de façon contestable, l'extension de l'effet interruptif d'une action engagée contre un assureur dommages-ouvrage à l'action contre le même assureur en sa qualité d'assureur décennal²⁸. Si la formulation du tempérament a pu parfois varier devant les juridictions (« actions procédant d'une même cause »²⁹, « cause radicalement différente de l'action en responsabilité, ne tend[ant] nullement au même but »³⁰, « objet distinct du présent litige »³¹, « actions [...] en lien et tend[ant] vers un but similaire »³²), le critère de l'unicité de but des actions liées est largement admis. On peut d'ailleurs se demander si la référence à « l'utilité » effectuée par la cour d'appel de Rennes n'était pas l'une de ces variantes, bien que la censure apportée par la Cour de cassation semble indiquer le contraire.

En affirmant que la demande d'expertise en référé sur les causes et conséquences des désordres ne tendait pas au même but que la demande d'annulation du contrat de construction, la Cour transpose donc de façon méthodique et cohérente³³ le mécanisme des actions liées à un cas d'altération spécifique de la prescription, alignant de ce fait les régimes de l'interruption et de la suspension autour d'une notion unique. Mais cette clarification, comme tout apport nouveau, n'est pas exempte de critiques.

II. Une déconstruction de l'article 2239 du Code civil contraire à l'intérêt des parties ?

En conditionnant l'application de la suspension de l'article 2239 du Code civil à l'identité de but des actions, la décision contribue à l'éclatement de son régime (A) au profit d'une solution potentiellement contraire à l'intérêt des parties (B).

A. Conséquences de l'éclatement de l'article 2239 du Code civil

La distinction entre les mesures d'instruction a pour conséquence la coexistence de plusieurs régimes :

- pour les mesures d'instruction avant tout procès tendant au même but que l'action subséquente au fond :
 - intervenant dans le cadre d'une créance soumise à prescription : l'assignation en référé aux fins d'expertise interrompt le délai sur le fondement de l'article 2241 du Code civil, faisant courir un nouveau délai, qui sera suspendu de l'ordonnance désignant l'expert au jour du dépôt du rapport d'expertise,
 - intervenant dans le cadre d'une créance soumise à forclusion : l'assignation est dépourvue d'effet suspensif, mais conserve un effet interruptif³⁴ ;
- pour les mesures d'instruction avant tout procès ne tendant pas au même but que l'action subséquente au fond :
 - intervenant dans le cadre d'une prescription : en application de la solution dégagée par l'arrêt commenté, l'assignation en référé aux fins d'expertise interrompt le délai sur le fondement de l'article 2241 du Code civil, mais est dépourvue d'effet suspensif,
 - intervenant dans le cadre d'une forclusion : l'assignation est dépourvue d'effet suspensif, mais conserve un effet interruptif ;

27) Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, n° 11-20011 (rejet) : Bull. civ. II, n° 123 ; D. 2012, p. 1818 ; RTD civ. 2012, p. 727, obs. Fages B.

28) CA Poitiers, 1^{er} ch. civ., 4 sept. 2015, n° 12/03787.

29) CA Chambéry, 1^{er} ch., 24 oct. 2017, n° 16/00525.

30) CA Poitiers, 2^e ch. civ., 14 nov. 2017, n° 16/03511.

31) CA Besançon, 29 nov. 2016, n° 15/02496.

32) CA Amiens, ch. éco., 26 janv. 2017, n° 16/01863.

33) Cass. 2^e civ., 31 janv. 2019, n° 18-10011, F-PB : Kebirle M., « Mesure d'instruction *in futurum* : la suspension de la prescription ne bénéficie qu'au demandeur », Dalloz actualité, 07 mars 2019, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/mesure-d-instruction-futurum-suspension-de-prescription-ne-beneficie-qu-au-demandeur#.XdPiltVKiUk>.

34) CA Angers, ch. civ. A, 24 avr. 2018, n° 16/00144.

- pour les mesures d'instruction ordonnées en cours de procès tendant ou non au même but que l'action au fond :
 - intervenant dans le cadre d'une prescription : l'expertise ordonnée en cours d'instance n'entraîne pas la suspension du délai de prescription, le cours du délai se trouvant déjà gelé par l'effet de l'article 2242 du Code civil,
 - intervenant dans le cadre d'une forclusion : pour les mêmes raisons, l'expertise ordonnée en cours d'instance sera dépourvue d'effet suspensif.

On peut y voir un retour partiel au droit antérieur à la réforme de 2008, qui se contentait en matière d'expertise de l'effet interruptif de l'assignation, ou une extension du régime de la forclusion, peu favorable dans les deux cas aux parties en position de faiblesse.

B. Une solution potentiellement contraire à l'intérêt des parties ?

La restriction de l'effet suspensif aux actions tendant au même but peut se comprendre comme une mesure de bonne administration de la justice destinée à faire obstacle aux demandes dilatoires et à la multiplication des recours sur des fondements distincts. L'identité de but n'est pas l'identité de cause des demandes : c'est au regard de la compatibilité des objectifs recherchés que s'apprécie le lien entre les demandes. Sont écartées du mécanisme les demandes révélant des objets opposés, tels que l'exécution forcée et l'anéantissement du contrat. Tendent en revanche au même but les demandes aspirant à l'anéantissement de la vente du bien affecté de désordres³⁵, à la réparation des préjudices résultant du manquement du bailleur³⁶, ou à la garantie du fabricant en conséquence de l'action en résolution de la vente intentée par l'acquéreur contre le

vendeur et au paiement par le fabricant du prix de la vente résolue³⁷.

Mais la définition de ce critère soulève une problématique particulière en matière d'expertises. Dans certains cas, le choix stratégique des demandes ne peut s'effectuer qu'au regard des éléments soumis à la sagacité de l'expert et portés à la connaissance des parties : c'est à la lecture des conclusions que les parties seront par exemple informées du caractère irrémédiablement défectueux d'un bien, rendant irréaliste toute exigence de réparation. C'est ce qu'avancait la cour d'appel en relevant que l'expertise était « utile à l'appréciation de la demande en nullité du contrat ». Or l'expertise ordonnée visait à établir les causes et les conséquences des désordres et malfaçons à des fins de réparation des préjudices par le constructeur, tandis que l'action engagée au fond était une action en nullité fondée sur l'absence de mentions obligatoires au contrat de construction : il était dès lors logique de conclure à la différence de but des actions, le demandeur ne pouvant obtenir à la fois le maintien du contrat et son anéantissement.

Pourtant, la solution ne satisfait pas totalement : dans les hypothèses où l'expertise et l'action au fond tendent effectivement au même but, l'effet relatif de la suspension consacré par l'arrêt du 31 janvier 2019 vient pénaliser la partie vulnérable en la privant du bénéfice de la suspension. Le système actuel est en effet ambivalent : refuser à un constructeur le bénéfice de la suspension lors d'une demande d'expertise formulée par le maître d'ouvrage est cohérent, car la mesure lui accorderait un temps supplémentaire injustifié pour réclamer le paiement sans avoir accompli de diligences particulières³⁸. Mais refuser au maître d'ouvrage profane le bénéfice de la sus-

35) Actions en nullité pour dol et en résolution : Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-10883, D.

36) Actions fondées sur l'obligation de délivrance du bailleur et sur sa responsabilité contractuelle : CA Paris, 5-3, 13 juin 2018, n° 16/17805.

37) Cass. 1^{re} civ., 9 mai 2019, n° 18-14736 (cassation partielle) : Hervieu M., « Actions liées : extension de l'effet interruptif de prescription », Dalloz actualité, 12 juin 2019, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/actions-liees-extension-de-leffet-interruptif-de-prescription/h/307b2e339067dd32eb9c826d66b06638.html>.

38) L'expertise serait d'ailleurs dépourvue de liens avec l'action en paiement du constructeur.

pension résultant de l'expertise demandée par le constructeur est discutable : on l'incite alors à multiplier les recours jusqu'au dépôt du rapport d'expertise³⁹ au mépris des objectifs de limitation des saisines du juge du fond annoncés par la loi du 17 juin 2008⁴⁰ et sous peine de perdre ses recours. Pourquoi ne pas, dès lors, appliquer un traitement différencié des droits en fonction de la qualité des parties pour autoriser sélectivement l'effet suspensif ? La solution n'est pas incongrue⁴¹ et permettrait de proté-

ger le créancier vulnérable, qu'il soit demandeur ou défendeur à l'expertise. Sur ce même principe, on pourrait autoriser l'application de l'effet suspensif aux délais de forclusion, qui concernent pour la plupart des mécanismes de garantie faisant appel à des vérifications techniques des désordres invoqués parfois plus longues que la forclusion elle-même.

Il serait ainsi permis de redonner corps au régime de l'article 2239 du Code civil, actuellement privé d'une grande partie de son intérêt pratique par une jurisprudence, qui, bien que cohérente, ne tient pas compte de l'inégalité des parties.

39) Amrani-Mekki S., « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP G 2008, I 160 ; Brenner C., « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », RDC 2008, p. 1442.

40) Bétaille L., rapp. n° 83, 2007-2008, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 nov. 2007.

41) Elle repose sur la théorie des actes mixtes. V. aussi Calcio Gaudino M., *Droit de la consommation et régime de l'obligation : essai de construction d'un régime de l'obligation consumériste au travers de l'exemple de la prescription*, thèse, 2018, université de Lorraine, spéc. p. 442 et s., et p. 844 et s.