



## Un couple surprenant: prescription extinctive et liberté contractuelle

(Point de vue québécois sur les accords relatifs à la prescription en vertu des Principes du droit européen du contrat)

Sylvette Guillemard\*

*Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.*

Depuis 2003, la France réfléchit à une réforme du droit des obligations et de la prescription, réflexion suscitée par plusieurs aspects vieillots de cette branche du droit. Il en va ainsi du délai de droit commun de la prescription, que nous serions tentée de qualifier de “vieux trentenaire”. La loi envisagée a “pour objet de moderniser les règles foisonnantes, complexes et éparées de la prescription en matière civile, qui donnent un sentiment d'imprévisibilité et parfois d'arbitraire, [et qui] s'avèrent inadaptées à l'évolution de la société et diffèrent sensiblement de celles des principaux Etats européens.”<sup>1</sup> La désuétude est souvent criante en regard des règles adoptées ailleurs. Des textes récents, notamment ceux élaborés en vue d'harmoniser les règles au sein de l'Europe, les “Principes européens”,<sup>2</sup> ont divisé par dix la durée du délai de droit commun en vigueur pour le moment en France. Lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1994, le codificateur québécois a, lui aussi, nettement raccourci le délai. Au delà de la seule question des délais, ces deux ensembles de normes comportent des différences fondamentales qu'il nous a paru intéressant de comparer.

On le sait, la prescription présente une “double face”,<sup>3</sup> le terme désignant aussi bien “un mode d'acquisition des droits réels [qu'] un mode d'extinction de droits personnels et réels.”<sup>4</sup> Le point commun entre les deux notions est le passage du temps. C'est d'ailleurs par ce biais que le codificateur québécois présente en une seule disposition les deux types de prescriptions: “La

---

\* Professeur à l'Université Laval (Québec).

<sup>1</sup> L. BÉTEILLE, Rapport no. 358 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois, déposé le 28 mai 2008, concernant la Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile. [en ligne] <<http://www.senat.fr/rap/107-358/107-358.html>> [consulté le 29 mai 2008]. Pour le projet de loi lui-même, voir <[http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet\\_de\\_reforme\\_du\\_droit\\_des\\_obligations\\_et\\_de\\_la\\_prescription\\_et\\_expose\\_des\\_motifs.pdf](http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf)> [consulté le 2 juin 2008].

<sup>2</sup> Expression que nous utiliserons dans ce texte pour désigner les Principes du droit européen du contrat.

<sup>3</sup> M. TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilités*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 729.

<sup>4</sup> F. FRENETTE, “De la prescription”, dans Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec (dir.), *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 567.

prescription est un moyen d'acquérir ou de se libérer par l'écoulement du temps [...]."<sup>5</sup> Le mécanisme dont il s'agira ici est celui par lequel le temps qui s'écoule permet "d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action"<sup>6</sup> qu'on l'on désigne soit comme "prescription extinctive", expression retenue par le *Code civil du Québec*, soit comme "prescription libératoire".

Par ailleurs, la prescription extinctive peut toucher tous les droits du patrimoine puisqu'elle "éteint aussi bien les droits personnels (droit de créance) que les droits réels (droit de propriété, d'usufruit, hypothèque, etc.)."<sup>7</sup> C'est du premier type dont il sera question, celui dont on apprend aux étudiants qu'il est l'un des modes d'extinction des obligations<sup>8</sup> et dont un auteur a écrit que les "droits de créance [...] constituent [le] domaine d'application par excellence."<sup>9</sup> Il s'agira principalement de la prescription extinctive en matière contractuelle, puisque l'élément déclencheur de cette réflexion est la disposition des Principes du droit européen du contrat<sup>10</sup> autorisant les parties à passer des "accords relatifs à la prescription".

Avant de s'attarder à cet exercice de la liberté contractuelle, il convient d'en rappeler le contexte en présentant d'abord brièvement le corps de normes que constituent les Principes européens, sa fonction et ses effets (1). Par la suite, les règles de la prescription extinctives seront exposées, tant selon les Principes européens que selon le droit québécois, ce qui permettra de les comparer (2), puis une courte étude sera consacrée à l'autonomie de la volonté en la matière (3). Pour terminer, il faudra s'interroger sur les conséquences de cet exercice par les parties (4).

---

---

<sup>5</sup> Article 2875 C.c.Q. La formule utilisée dans l'article 2183 du *Code civil du Bas-Canada* était pratiquement identique, comme l'est également celle de l'article 2219 du Code civil en France.

Maurice Tancelin précise d'ailleurs qu'il s'agit d'"une seule institution". (M. TANCELIN, *supra* note 3, p. 729).

<sup>6</sup> Art. 2921 C.c.Q.

<sup>7</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 792.

<sup>8</sup> Art. 1671 C.c.Q.

<sup>9</sup> J.-J. TAISNE, *Prescription et possession. Prescription: domaine d'application*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. 30, para. 32.

<sup>10</sup> Art. 14:601.

En réalité, ils font plus que régir les contrats: "Les Principes se limitent *a priori* à la théorie générale des obligations contractuelles. Cependant la plupart des sujets traités dans les chapitres 10 à 17 touchent non seulement aux obligations contractuelles, mais aux obligations en général. Ainsi, le terme 'créance' fréquemment employé dans ces chapitres dénote un droit à l'exécution, contrepartie d'une obligation d'exécuter, quelle que soit la source, contractuelle ou extra-contractuelle, de l'obligation.

Le fait que des portions appréciables de cette III<sup>ème</sup> partie relève de la partie générale des obligations plutôt que du seul droit des obligations contractuelles a posé à la Commission un problème d'adéquation avec l'intitulé de 'Principes du droit européen du contrat'. Il a été décidé en définitive de conserver l'intitulé tout en reconnaissant que certains principes s'appliquent aussi à des obligations non contractuelles [...]" (G. ROUHETTE (dir.), *Principes du droit européen du contrat*, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 24) [Les italiques sont dans le texte original.]

## 1. Les Principes européens du droit du contrat

Le traité instituant la Communauté Économique Européenne, le traité de Rome, prévoyait que les États membres s'engagent à simplifier les formalités de reconnaissance et d'exécution des décisions judiciaires et arbitrales.<sup>11</sup> Cet objectif fut atteint par la Convention de Bruxelles, entrée en vigueur en 1968.<sup>12</sup> Au cours des négociations entourant cet instrument conventionnel, il est apparu qu'une uniformisation des règles de conflits de lois en matière civile et commerciale allait naturellement de pair avec celle des conflits de juridictions, ce qui a donné lieu à l'adoption de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.<sup>13</sup>

Si ces deux textes unifiaient les règles de droit international privé au sein de l'espace européen, il n'en subsistait pas moins des disparités des règles de fond entre les droits nationaux. Dès 1974, le professeur danois Ole Lando a envisagé une solution plus radicale pour parvenir à une réelle harmonie en la matière: créer un corps de règles substantielles uniformes. Selon lui, à marché unique, à monnaie unique doit correspondre au moins partiellement un droit unique. Pour des raisons peut-être stratégiques, plutôt que d'envisager immédiatement un Code civil européen ou même des règles uniformes en matière d'obligations, le groupe de travail qu'il dirigea, surnommé la "Commission Lando" et formé majoritairement de professeurs d'université, se concentra sur l'élaboration de principes applicables aux contrats.<sup>14</sup>

Les Principes européens sont destinés aux seuls pays européens<sup>15</sup> et ont vocation à s'insérer dans la structure juridique de l'Union Européenne. Ils sont "adossés" au droit communautaire et constituent en quelque sorte un code de commerce uniforme pour l'Europe, sans avoir de valeur normative, formant plutôt des "modèles privés". Leur article premier indique la façon dont ils peuvent être utilisés. Sa substance se résume ainsi: les parties peuvent les choisir pour régir leur contrat, en particulier lorsqu'elles n'arrivent pas à s'entendre sur l'application d'un droit national; ils peuvent être appliqués lorsque les contractants ont souhaité voir leur relation régie par les principes généraux du droit ou en cas d'absence de désignation de loi applicable; et finalement, ils servent à combler les lacunes éventuelles du droit applicable au contrat.<sup>16</sup>

Le principe universel de la liberté contractuelle trouve évidemment son plein épanouissement dans les Principes européens.<sup>17</sup> Il est à la base même de leur utilisation par les parties. En d'autres termes, les parties peuvent choisir de les utiliser ou non mais, au-delà de cela, si elle les

---

<sup>11</sup> 25 mars 1957, art. 220.

<sup>12</sup> *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers*, Bruxelles 27 septembre 1968, transformée depuis en un Règlement européen (Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, [en ligne] <[http://admi.net/eur/loi/leg\\_euro/fr\\_468A0927\\_01.html](http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_468A0927_01.html)> [consulté le 2 juin 2008]).

<sup>13</sup> *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Rome, 1980.

<sup>14</sup> En fait, l'objectif fondamental des Principes européens est de servir de base à un Code européen des contrats dont ils constituent une première base: "Les Principes fournissent le fondement juridique nécessaire aux mesures prises et à prendre par les organes de l'Union européenne." (G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 22).

<sup>15</sup> Art. 1:101 (1): "Les présents Principes sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne."

<sup>16</sup> Sur les difficultés posées par l'application des Principes européens, voir J. MESTRE, "Objet des Principes" dans C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 103.

<sup>17</sup> Art. 1: 102

utilisent, elles peuvent également convenir de les modifier ou d'en écarter des dispositions, sauf celles qui sont impératives, comme l'indique l'article 1:102(2): les parties "peuvent exclure l'application d'un quelconque des présents Principes ou y déroger ou en modifier les effets, à moins que les Principes n'en disposent autrement." Et comment en disposent-ils? Lorsqu'ils prévoient que telle règle ne peut être exclue, cela ne pose pas de difficulté.<sup>18</sup> Le fait également qu'une disposition s'applique "nonobstant toute stipulation contraire" en révèle bien le caractère impératif.<sup>19</sup>

Les Principes européens sont proches d'un Restatement, puisant leurs sources dans les "systèmes juridiques de tous les États membres."<sup>20</sup> En tant que principes généraux du droit des contrats, l'un de leurs objectifs est d'être une "formulation moderne de la *lex mercatoria*."<sup>21</sup> Ils entendent régir tous les contrats en général<sup>22</sup> et ne se limitent donc pas aux relations commerciales. Leur champ d'application s'étend ainsi aux contrats de consommation.

Les Principes européens, qui comptent 200 articles, ont été élaborés en trois phases dont l'ordre répond à une logique de common law où *remedies precede rights*: exécution et inexécution du contrat, en 1995, formation, validité et interprétation en 1999 puis, en 2001, pluralité de débiteurs, cession de créance, substitution, compensation, prescription et illicéité.

Leur présentation est particulièrement intéressante et riche non seulement pour les "les usagers du droit"<sup>23</sup> mais également pour les chercheurs car chaque article est accompagné d'un commentaire et, au besoin, d'illustrations de son application. De plus, sont exposées ses sources ainsi que la position des droits nationaux européens en la matière.

Les Principes européens sont présentés en français et en anglais. Exercice bien connu des juristes québécois, le "principe herméneutique posé par la Cour de Justice des Communautés européennes [...] exige qu'en cas de doute [un article] soit interprété à la lumière de la version établie dans l'autre langue."<sup>24</sup>

## 2. Le régime de la prescription extinctive

Traiter de la prescription incite, évidemment, à en évoquer les délais mais oblige en outre à se pencher sur sa nature. Dans les lignes qui suivent, ces questions seront abordées tant en vertu des Principes européens (2.1) qu'en vertu du droit québécois (2.2), ce qui permettra d'en faire ressortir éventuellement les similitudes et les divergences.

---

<sup>18</sup> Art. 1:201 sur la bonne foi, art. 2:105 (2) et (3) sur les clauses d'intégralité, art. 4:118 sur l'exclusion ou la limitation des moyens en cas d'invalidité du contrat.

<sup>19</sup> Art. 6:105 sur la détermination unilatérale par une partie d'un élément du contrat, art. 9:509 (2) sur le pouvoir discrétionnaire du juge de réduire les pénalités manifestement excessives.

<sup>20</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 24. Ils ont également comme source la Convention de Vienne de 1980.

Ce corpus de règles est donc un droit savant, œuvre d'universitaires principalement, qui recherchaient "l'élaboration d'un nouveau droit commun par la voie comparatiste." (C. PRIETO, "Préface" dans C. PRIETO *supra* note 16, 9, p. 11.)

<sup>21</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 23.

<sup>22</sup> Et même plus, voir *supra* note 10.

<sup>23</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 26.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 49.

## 2.1 Selon les Principes européens

Dans le cadre des Principes européens, seule est prise en compte la prescription extinctive ou plus exactement “libératoire” car “selon la solution retenue, le droit n’est pas éteint. Il continue d’exister mais le débiteur a le droit de refuser d’exécuter.”<sup>25</sup> Ces propos semblent donner, au passage, une réponse à la question classique: la prescription constitue-t-elle une règle de procédure ou de fond? La qualification est importante, en particulier en droit international privé, car c’est d’elle que dépend la loi applicable. Une qualification procédurale déclenchera l’application de la loi du tribunal saisi (*lex fori*) alors qu’une qualification substantielle entraînera celle de la loi qui régit le contrat.<sup>26</sup>

Les deux grandes familles de droit occidentales ne voient pas toujours la nature de la prescription du même œil. Les commentateurs des Principes européens résument ainsi la situation: “[l]a doctrine dominante dans la plupart des pays de l’Europe continentale est aujourd’hui que la prescription relève du droit substantiel et que c’est le droit lui-même qui est éteint. [En revanche, en common law], la prescription libératoire [...] est la limitation des actions, donc de nature procédurale.”<sup>27</sup> L’analyse manque de nuances et omet un renversement de tendance au sein du monde anglo-saxon. Presque vingt ans avant l’adoption des dispositions des Principes européens sur la prescription, la Grande-Bretagne s’est dotée d’une loi établissant la nature substantielle des délais de prescriptions étrangers.<sup>28</sup>

La solution retenue par les Principes européens serait-elle plus de nature procédurale que substantielle? À première vue, la réponse n’est pas évidente. En effet, ce qui fait la différence entre l’optique civiliste et la “position initiale de la common law”<sup>29</sup> est le sort réservé au droit après l’expiration du délai. Dans le premier cas, on dit généralement qu’il n’existe plus, qu’il est en quelque sorte mort juridiquement, alors que dans le second, on pourrait le qualifier de virtuel puisque c’est “l’aptitude à en demander l’exécution en justice”<sup>30</sup> qui disparaît. Maurice Tancelin fait remarquer qu’en droit civil, en réalité, la prescription extinctive “éteint l’action en justice mais non la créance elle-même (ce qui laisse subsister une obligation naturelle, dépourvue de

---

<sup>25</sup> *Id.*, p. 517.

<sup>26</sup> Sur la question de la qualification, de ses fondements “[d]ans toute action où il est question d’appliquer une loi étrangère” et de ses conséquences, voir les motifs du juge LaForest dans *Tolofson*, où il estime que la qualification “revêt une importance cruciale”. (*Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l’instance de) c. Gagnon*, [1994] 3 R.C.S 1022, en particulier para 74 à 89).

<sup>27</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 517.

<sup>28</sup> *Foreign Limitation Periods Act*, 1984, (R.U.) 1984, ch. 16. Voir *Tolofson*, *supra* note 26, para 83-84.

Depuis 1994, en raison de la décision de la Cour suprême dans l’affaire *Tolofson*, en provenance de Colombie-Britannique et où le fond du litige était régi par la loi de la Saskatchewan, il est clair que la common law canadienne attribue à la prescription, au moins en droit international privé, une qualification substantielle. Rappelant que depuis quelques années, “[l]es tribunaux canadiens ont [...] commencé à démythifier la [...] raison qui tient à l’idée que les lois en matière de prescription visent les recours et non les droits,” le juge LaForest écrit: “Quant à la distinction technique entre droits et recours, les tribunaux canadiens en ont, pendant quelque temps, peu à peu réduit la portée pour des considérations de principe pertinentes. J’estime que notre Cour devrait suivre cette tendance. Il me semble particulièrement approprié de le faire en matière de droit international privé où [...] la classification “règle de fond – règle de procédure” vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des deux parties.” (*Id.*, para 83, 85. [Le souligné se trouve dans le texte original].) Il conclut donc à l’application en matière de prescription de la loi régissant le fond du litige.

<sup>29</sup> *Id.*, para 79.

<sup>30</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 519.

sanction juridique).”<sup>31</sup> Le temps qui s’écoule transforme donc la nature de l’obligation. Alors qu’elle était au départ de nature juridique, au-delà d’un certain délai, elle “dégénère”, comme disait le doyen Carbonnier, elle change de genre, le droit n’intervenant alors que si la morale l’y oblige. C’est donc vers le chapitre des effets de la prescription qu’il faut se tourner dans l’espoir d’y trouver une réponse. L’article 14:101 (1) des Principes européens dispose: “Au terme du délai de prescription, le débiteur est fondé à refuser d’exécuter l’obligation.” La formulation vague ne dit pas, en réalité, ce qu’il advient de l’obligation. Est-elle anéantie ou non? Il semble que les rédacteurs eux-mêmes ne soient pas fixés si l’on en croit les propos généraux de Georges Rouhette<sup>32</sup> sur la prescription, propos qui perpétuent le mystère de la qualification: “Selon le chapitre 14, l’effet de la prescription est que le débiteur est fondé à refuser l’exécution. Ce n’est ni une simple restriction à l’action, opérant sur le plan procédural au cours d’un procès, ni une complète prescription extinctive, qui éteint automatiquement les droits et obligations.”<sup>33</sup>

Heureusement, le commentaire sous l’article présentant la prescription nous sort de l’obscurité et il ne reste qu’à prendre la réponse qu’il donne comme telle: “La prescription est ainsi conçue comme une institution de droit substantiel”<sup>34</sup> ...même si il est précisé ailleurs que “l’obligation continue d’exister.”<sup>35</sup>

Le délai de droit commun retenu par les Principes européens peut paraître très court puisqu’il est de trois ans.<sup>36</sup> Alain Bénabent évoque en la matière le “capharnaüm”<sup>37</sup> du droit des divers ordres juridiques européens, où les délais varient, selon les pays et les matières visées, de deux mois à trente ans.<sup>38</sup> Si l’on ne s’en tient qu’aux délais de droit commun, ils sont généralement longs mais tout aussi variables. Pour n’en donner que quelques exemples, trente ans actuellement en France,<sup>39</sup> en Autriche et au Luxembourg, vingt ans en Grèce, au Portugal, au Danemark et aux Pays-Bas, quinze ans en Espagne, dix ans en Suède et en Finlande. Au chapitre des exceptions à

---

<sup>31</sup> M. TANCELIN, *supra* note 3, p. 732. Ou, comme l’écrivait le doyen Carbonnier, “de l’obligation civile éteinte s’échappe une obligation naturelle.” (J. CARBONNIER, “Notes sur la prescription extinctive” (1952) 51 *Rev. trim. dt. civil*, 171, 176).

<sup>32</sup> Georges Rouhette a fait partie, dès 1987, des différentes commissions œuvrant sur les Principes européens.

<sup>33</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 43.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 517.

<sup>35</sup> *Id.*, p. 533. Les commentaires indiquent que lorsque, selon certaines théories, au terme du délai, la créance cesse d’exister, il s’agit d’un “effet renforcé” de la prescription alors que lorsque, à l’expiration du terme, “le débiteur acquiert seulement le droit de refuser d’exécuter,” il s’agit d’un “effet atténué”. Dans ce cas, “la prescription est alors un moyen de défense au fond.” (*Ibid.*).

<sup>36</sup> Art. 14:201. Il est assorti d’une seule exception, pour les créances constatées en justice, dont le délai de prescription est fixé à dix ans (art. 14:202).

<sup>37</sup> A. BÉNABENT, “Le chaos du droit de la prescription extinctive”, dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 123, p. 124.

<sup>38</sup> Voir *ibid.*

<sup>39</sup> En France, “[e]n 2004, un groupe de travail présidé par M. Jean-François Weber, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a recensé plus de **deux cent cinquante délais de prescription différents** dont la durée varie de trente ans à un mois” tous domaines confondus. (L. BÉTEILLE, *supra* note 1) [En gras dans le texte original].

Alors que l’avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au Garde des Sceaux en septembre 2005 avait prévu un délai de droit commun de trois ans, le rapport déposé au Sénat recommande de le porter à cinq ans. (*Idem*)

ces longueurs traditionnelles, il faut citer le cas de l'Allemagne dont la réforme récente<sup>40</sup> a choisi un délai de droit commun de trois ans.

Les régimes de la prescription étant fort complexes, en dehors du délai de droit commun, co-existe une très grande variété de délais applicables à des domaines donnés. Pour ce qui est des seules créances contractuelles, cela va de cinq ans aux Pays-Bas,<sup>41</sup> en France,<sup>42</sup> Danemark<sup>43</sup> et en Écosse,<sup>44</sup> voire six ans, comme c'est le cas en Angleterre<sup>45</sup> et en Irlande,<sup>46</sup> à dix ans en Belgique<sup>47</sup> et en France en matière commerciale.<sup>48</sup>

Il n'est pas question ici d'expliquer ou de justifier ces variations, ces "incohérences de régime",<sup>49</sup> mais simplement de constater à la fois le raccourcissement et l'unité de délais retenus par les Principes européens, justifiés ainsi: "Le régime de la prescription doit être autant que possible simple et uniforme. C'est pourquoi les Principes ont choisi un délai de droit commun qui couvre normalement l'ensemble des créances qui découlent du droit des obligations."<sup>50</sup> Le raccourcissement reflète les tendances internationales et la période de trois ans correspond en quelque sorte à une moyenne,<sup>51</sup> quant à l'unité, elle évite des problèmes, éventuellement même des litiges, de qualification et d'interprétation de la créance ou du contrat lui-même.

## 2.2 Selon le Code civil du Québec

Comparant en 1993 ce qui allait alors devenir les nouvelles règles du *Code civil du Québec* à celles prévues par son prédécesseur le *Code civil du Bas-Canada*, François Frenette faisait remarquer que<sup>52</sup>

[s]implicité et clarté sont les deux épithètes qui conviennent le mieux pour décrire le Titre III<sup>e</sup> du Livre VIII<sup>e</sup> sur la prescription. [...] la première disposition du titre vient définir la prescription extinctive d'une manière plus ramassée qu'au Code civil du Bas-Canada [...].

---

<sup>40</sup> Loi portant réforme du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB, publié au JO (BGBl. 2001 I S. 3138)), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

<sup>41</sup> Pour les dettes contractuelles et pour les dettes périodiques (art. 3:307 et 3:308 BW).

<sup>42</sup> Pour les dettes périodiques (art. 2277 C.c.).

<sup>43</sup> Pour les créances résultant d'une vente (Loi no 274 du 22 décembre 1908).

<sup>44</sup> Pour la plupart des obligations (*Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973*, art. 6.)

<sup>45</sup> *Limitation Act*, 1980, c. 58, art. 5.

<sup>46</sup> *Statute of Limitations Act 1957*, sect. 11.

<sup>47</sup> Art. 2262 bis § 1 C.c.

<sup>48</sup> L. 110-4 *Nouveau Code de commerce*.

<sup>49</sup> A. BÉNABENT, *supra* note 37, 124. Pour des explications, voir J. CARBONNIER, *supra* note 31.

<sup>50</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 521.

<sup>51</sup> "[D]ans un nombre croissant de pays, la plupart des délais varient entre deux ans et six ans et l'opinion prévaut que le délai de droit commun doit se situer entre ces pôles." (*Id.*, p. 522). En outre, "[l]e délai de trois ans a été retenu par un texte important du droit communautaire, la directive sur la responsabilité du fait des produits (85/374), art. 10, et il semble qu'il soit de plus en plus reconnu comme modèle au sein de l'Union européenne." (*Id.*, p. 523.)

Au plan international, le délai imposé par la Convention de la CNUDCI sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York 1974) est de quatre ans (art. 8).

<sup>52</sup> F. FRETTE, "De la prescription", dans *Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec (dir.)*, *La réforme du Code civil*, t. 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 581.

Les autres dispositions du Titre III<sup>e</sup> témoignent de l'effort d'uniformisation et de systématisation poursuivi par le législateur en la matière. Les six délais de prescription extinctive présentement reconnus au Code de 1866 sont en effet réduits à trois seulement et la distinction actuellement faite entre le contractuel et l'extra-contractuel disparaît tout simplement.

Le délai général de la prescription extinctive est maintenant de dix ans,<sup>53</sup> le délai applicable aux obligations contractuelles ramené à trois ans.<sup>54</sup>

Quel est l'effet de la prescription extinctive en droit québécois actuel? Autrement dit, la prescription est-elle de nature substantielle ou procédurale?

Le *Code civil du Bas-Canada* faisait clairement la distinction entre deux types d'effets. Alors qu'aux termes de son article 2183, “[l]a prescription extinctive ou libératoire repousse ou en certains cas exclut la demande en accomplissement d'une obligation ou en reconnaissance d'un droit, lorsque le créancier n'a pas réclamé pendant le temps fixé par la loi,” l'article 2267 prévoyait qu'en certaines matières, “[...] la créance est absolument éteinte, et nulle action ne peut être reçue après l'expiration du temps fixé pour la prescription.”<sup>55</sup> Pour Maurice Tancelin, le premier concernait la sanction du droit, donc relevait de la procédure, tandis que le second annonçait l'anéantissement du droit lui-même, et par conséquent touchait à la substance.<sup>56</sup>

Plus synthétique, l'article 2921 *Code civil du Québec* n'en ressemble pas moins à Janus: “La prescription extinctive est un moyen d'éteindre un droit par non-usage ou d'opposer une fin de non-recevoir à une action.” Insistant sur la conjonction “ou”, Maurice Tancelin en conclut que la prescription est “soit un moyen de droit substantif, soit un moyen de droit procédural.”<sup>57</sup> Pour certains, en droit civil, seule la notion de déchéance emporte extinction du droit lui-même: “En principe, la prescription ne fait qu'éteindre le droit d'action, c'est-à-dire la possibilité pour le créancier de l'obligation de demander le paiement en justice. Par contre, dans le cas des délais de déchéance, ce n'est pas seulement le droit à l'action en justice qui est perdu. Le délai de déchéance s'attaque au droit lui-même et l'éteint.”<sup>58</sup> D'ailleurs, le rôle du juge est différent dans un cas ou dans l'autre:<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Art. 2922 C.c.Q. Comme dans les Principes européens, le droit résultant d'un jugement est assorti d'une prescription décennale (art. 2924 C.c.Q.).

<sup>54</sup> Art. 2925 C.c.Q. Il existe un autre délai, auquel les propos rapportés de François Frenette font allusion mais nous ne nous y attarderons pas puisqu'ils n'ont pas de lien avec nos propos. Il s'agit de la prescription annuelle en matière de demande de prestation compensatoire par le conjoint survivant (art. 2928 C.c.Q.) et en matière d'atteinte à la réputation (art. 2929 C.c.Q.).

<sup>55</sup> Il s'agissait des arrérages de rentes (art. 2250 C.c.B.-C.), et de quelques courtes prescriptions dans des matières variées (art. 2260 à 2262 C.c.B.-C.).

<sup>56</sup> M. TANCELIN, *supra* note 3, p. 732-735.

<sup>57</sup> *Id.*, p. 735-736.

<sup>58</sup> *Baudoin et Jobin, Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., par P.-G. JOBIN avec la collaboration de N. VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1118. Même si ces auteurs écrivaient quelques pages auparavant: “La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit patrimonial par non-exercice pendant une certaine période de temps fixée par la loi.” (*Id.*, p. 1090.)

<sup>59</sup> Art. 2878 C.c.Q. Comme le fait remarquer Maurice Tancelin, cet article “qui parle de déchéance est une disposition isolée dans le livre même *Des prescriptions* [...]. [Les auteurs de la Refonte] ont fait un amalgame dans la définition de la prescription extinctive, 2921 C.c.Q., devenue dans le même souffle moyen de fond et fin de non-

Le tribunal ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription.

Toutefois, le tribunal doit déclarer d'office la déchéance du recours, lorsque celle-ci est prévue par la loi. Cette déchéance ne se présume pas; elle résulte d'un texte exprès.

Alors que la déchéance affecte la substance, la prescription serait donc essentiellement de nature procédurale.<sup>60</sup>

Toujours est-il qu'en droit international privé, puisque c'est là que la qualification révèle toute son importance, l'article 3131 du *Code civil du Québec*, à l'instar du droit international privé européen,<sup>61</sup> rattache de façon éloquente la prescription au fond du litige.<sup>62</sup> Sur ce plan, la parenté est forte entre les Principes européens et le droit québécois.

### 3. Prescription et autonomie de la volonté

Réfléchissant au fonctionnement de la prescription extinctive, le doyen Carbonnier estime que “[l]a question de principe est de savoir si ce fonctionnement est sous l'influence de l'autonomie de la volonté.”<sup>63</sup> Si les parties ne peuvent évidemment rien contre le temps qui court, peuvent-elles décider de son effet? La question peut se poser de diverses façons. Les unes touchent aux effets mêmes de l'écoulement du temps. Que peuvent les parties contre le temps qui va courir, peuvent-elles choisir de l'ignorer totalement, c'est-à-dire renoncer *a priori* à ses effets? Que peuvent-elles contre le temps qui a couru, peuvent-elles convenir de ne pas en tenir compte, soit de renoncer *a posteriori* à ses effets (3.1)?

Les autres questions concernent plus la quantité de temps au bout duquel il produira un effet. Les parties peuvent-elles convenir, dès la naissance de leur relation, qu'elles arrêteront le chronomètre là où bon leur semble, en d'autres termes peuvent-elles avoir une influence sur le délai de prescription (3.2)?

---

recevoir, sans qu'on sache comment démêler l'écheveau.” Il parle alors de “définition en forme de fourre-tout”. (M. TANCELIN, *supra* note 3, p. 735).

<sup>60</sup> Les discussions sur la nature de la prescription extinctive sont nombreuses. Isabelle Pétel-Teyssié rappelle que “[a]rguments de texte à l'appui, partisans d'une thèse substantialiste [...] et tenants d'une conception processualiste [...] se sont déchirés.” (I. PÉTEL-TEYSSIÉ, *Prescription et possession. Prescription: généralités*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. A, para 19.) Outre cet auteur (*id.*, para 19 à 24), voir, entre autres, M. TANCELIN, *supra* note 3, p. 734-736 et M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Économica, 1986, en particulier p. 22 à 52.

<sup>61</sup> *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome, le 19 juin 1980, Doc. 80/934/CEE), art. 10(1)(d). La qualification est identique aux termes de l'art. 148 du droit international privé helvétique (*Loi fédérale sur le droit international privé* de la Confédération suisse, loi du 18 décembre 1987).

<sup>62</sup> Par conséquent, la prescription est régie par la loi applicable au contrat. La procédure, elle, est régie par la *lex fori*, la loi du tribunal saisi (art. 3132 C.c.Q.).

<sup>63</sup> J. CARBONNIER, *supra* note 31, p. 175.

### 3.1 Renonciations à la prescription *a posteriori* et *a priori*

Le *Code civil du Québec*, en termes presque identiques à ceux du Code civil français, interdit de “renoncer d’avance à la prescription, mais [permet de] renoncer à la prescription acquise et au bénéfice du temps écoulé pour celle commencée.”<sup>64</sup> Même si, en la matière, l’organisation des dispositions du Code civil de 1994 diffère de celle du Code de 1866, “[l]a matière de la renonciation à la prescription n’est toutefois pas nouvelle”<sup>65</sup> et, comme sous l’empire de l’ancien code, “la renonciation anticipée à la prescription est toujours interdite et sanctionnée d’une nullité d’ordre public, alors que la renonciation en cours de délai demeure permise parce qu’elle constitue une cause d’interruption de la prescription.”<sup>66</sup>

Pour rappeler le pourquoi de l’interdiction dans une situation et de la permission dans l’autre, il faut se replonger dans les fondements même de l’institution, dont l’un des pères du Code civil français, Bigot de Préameneu, a dit que “étant nécessaire pour le maintien de l’ordre social, elle fait partie du droit public auquel il n’est pas libre de déroger.”<sup>67</sup>

La prescription extinctive répond à un double objectif, sanction et protection. D’une part, elle sanctionne “l’inaction prolongée du titulaire du droit,”<sup>68</sup> le créancier, qu’elle soit due à la “négligence, [au] désintéressement, [à l’]opportunité, [à la] charité,”<sup>69</sup> en faisant disparaître son droit.<sup>70</sup> D’autre part, elle protège le débiteur, principalement sur le terrain probatoire, l’écoulement du temps pouvant faire disparaître les preuves de son paiement. Ainsi, “il est possible que le débiteur se soit déjà acquitté de son obligation, mais que le créancier la lui réclame de nouveau. Plusieurs années après le paiement, le premier risque d’être démuné ou dans une position embarrassante, s’il ne peut rapporter la preuve du paiement. Peut-être, par exemple, a-t-il détruit la quittance.”<sup>71</sup> La prescription extinctive a donc une fonction protectrice importante et permettre au débiteur – car, par définition, lui seul pourrait le faire – d’y renoncer à l’avance ferait pendre sur sa tête une épée de Damoclès dont il ne serait jamais débarrassé, étant ainsi

---

<sup>64</sup> Art. 2883 C.c.Q. En droit français, art. 2220 C.c. qui, littéralement, ne traite pas de la renonciation au bénéfice du délai en cours. Tant la jurisprudence que la doctrine ont estimé que “la prohibition de l’article 2220 devait s’étendre à ce cas précis. Cependant une conciliation s’est avérée nécessaire entre la règle qui interdit la renonciation anticipée et celle qui permet de reconnaître à tout moment le droit du créancier [...]. Or, en renonçant à la prescription en cours, le débiteur [...] reconnaît implicitement les droits de son adversaire. Sa renonciation constitue ainsi une cause d’interruption de la prescription commencée.” (J.-J. TAISNE, *Prescription et possession. Prescription: mode de fonctionnement*, Jurisclasseur, Civil Code, fasc. 20, para. 14.)

<sup>65</sup> F. FRENETTE, *supra* note 4, p. 570.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> P.-A. FENET, Recueil des travaux préparatoires du Code civil, t. XV, p. 577, dans J.-J. TAISNE, *supra* note 64, para. 12.

<sup>68</sup> J.-J. TAISNE, *supra* note 64, para. 10.

<sup>69</sup> Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 58, p. 1090.

<sup>70</sup> Et, comme le précise Isabelle Pétel-Teyssié, “non l’obligation – qu’il n’a pas – d’exercer ce droit.” (I. PÉTEL-TEYSSIÉ, *supra* note 60, para. 10.)

<sup>71</sup> Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 58, p. 1092. Pour le doyen Carbonnier, les délais de prescriptions répondent à deux réalités, l’une matérielle, l’autre psychologique: “[...] la vitesse de la prescription doit être, pour partie, fonction de la vitesse de dépérissement des preuves [...]. La prescription n’est pas tant un délai pour agir et exercer ses droit qu’un délai pour ne pas agir et pour les négliger. Elle doit convertir en situation juridique une attitude de fait qui ait persisté assez longtemps pour être symptomatique. C’est donc moins du progrès des communications que d’une donnée psychologique que doit dépendre sa durée.” (J. CARBONNIER, *supra* note 31, p. 172.)

éternellement obligé. De plus, il y aurait quelque chose de fondamentalement illogique à admettre la renonciation anticipée: “Permettre, en effet, de faire totalement disparaître la possibilité de voir un droit se prescrire irait à l’encontre du but même pour lequel l’institution est créée.”<sup>72</sup>

Au-delà de l’intérêt des parties en cause, la prescription favorise “une meilleure administration de la justice par l’élimination des procès les plus poussiéreux.”<sup>73</sup> De même, de façon générale, “il n’est pas sain que certaines situations juridiques restent floues ou incertaines trop longtemps.”<sup>74</sup>

Ordre public et ordre privé participent donc de la prescription. Cela fait dire à Jean-Jacques Taisne que si elles avaient été autorisées, les renonciations anticipées “[p]réjudiciables à l’intérêt de celui que la loi entendait protéger, [...] auraient également été contraires à l’intérêt général, encourageant la négligence et l’incurie des propriétaires ou des créanciers.”<sup>75</sup>

En revanche, tant en droit québécois qu’en droit français, l’autonomie de la volonté peut avoir une influence une fois le délai entamé ou totalement expiré, en permettant de renoncer au bénéfice du temps alors écoulé. Pour Jean-Jacques Taisne, le fondement de la règle est ici d’ordre psychologique, voire moral: “À ce stade, l’ordre public cède le pas à l’intérêt privé, le législateur voulant ménager les scrupules [...] du débiteur à qui sa conscience dicterait de ne point spolier son adversaire.”<sup>76</sup>

En premier lieu, la liberté fondamentale consiste à se prévaloir ou non de la prescription. Il faut “pour invoquer la prescription, faire acte de volonté.”<sup>77</sup> L’option repose évidemment sur le bénéficiaire, qui peut opposer la prescription “en tout état de cause”<sup>78</sup> et le juge ne peut l’imposer, comme en font foi les articles 2878 al. 1 du *Code civil du Québec* et 2223 du Code civil français.

En second lieu, outre la renonciation au bénéfice de la prescription acquise, soit lorsque le délai est échu, ces codes autorisent la renonciation au bénéfice du temps passé, avant même que le délai ne se soit complètement écoulé.<sup>79</sup> Cette renonciation constitue, en ce qui concerne la prescription extinctive, “un simple acte abdicatif”,<sup>80</sup> soit “un aveu par [le débiteur] que la dette est effectivement due.”<sup>81</sup> D’ailleurs, la reconnaissance de dette est une cause d’interruption de la prescription.<sup>82</sup>

---

<sup>72</sup> Baudouin et Jobin, *Les obligations*, supra note 58, p. 1121.

<sup>73</sup> J. CARBONNIER, supra note 31, p. 175.

<sup>74</sup> Baudouin et Jobin, *Les obligations*, supra note 58, p. 1094.

<sup>75</sup> J.-J. TAISNE, supra note 64, para. 7.

<sup>76</sup> *Id.*, para 28.

<sup>77</sup> *Id.* para 79.

<sup>78</sup> Art. 2881 C.c.Q. et art. 2224 C.c.f.

<sup>79</sup> Art. 2883 C.c.Q. En droit français, art. 2220 C.c.

<sup>80</sup> J.-J. TAISNE, supra note 64, para. 45.

<sup>81</sup> Baudouin et Jobin, *Les obligations*, supra note 58, p. 1103.

<sup>82</sup> Art. 2898 C.c.Q. qui amalgame dans une même disposition, comme cause d’interruption de la prescription, reconnaissance de droit et renonciation au temps écoulé. En France, l’article 2248 C.c., lui, ne parle de que reconnaissance de droit par le débiteur.

Que le débiteur puisse choisir de ne pas invoquer la prescription ou qu'il ait la liberté de refuser de bénéficier du temps déjà passé s'explique aisément si l'on considère que l'intérêt privé l'emporte sur l'ordre public: il semble alors normal de ne pas pouvoir imposer à quelqu'un de se prévaloir d'un bénéfice qui lui est consenti.

La renonciation à la prescription extinctive en matière d'obligations peut être expresse ou tacite, la liberté de forme étant de mise.<sup>83</sup> Dans le second cas, bien sûr, le renonçant doit manifester "de façon non équivoque l'intention d'abandonner le secours de cette institution."<sup>84</sup>

Les Principes européens ne contiennent aucune disposition équivalente aux articles 2883 du code québécois et 2220 du code français relatifs à la renonciation à la prescription acquise. La seule, qui aborde en termes très généraux la question de l'influence des parties sur la prescription, est l'article 14:601 dont le premier paragraphe prévoit: "Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties [...]." La suite de l'article indique que les parties peuvent "en particulier" aménager conventionnellement les délais, sujet qui sera abordé plus bas.

La lettre du texte suggère que les Principes autorisent tout en matière de prescription. D'un commun accord, les contractants peuvent en modifier le régime, "changer le point de départ [du] délai, augmenter ou diminuer le nombre des causes de suspension, etc."<sup>85</sup> Les termes du premier paragraphe de l'article 14:601 permettent de croire que les parties peuvent, entre autres, renoncer au bénéfice du temps écoulé. C'est d'ailleurs ce que confirment les commentaires: "L'intérêt général n'est pas affecté [...] par la renonciation conventionnelle à se prévaloir de la prescription."<sup>86</sup> Renonciation *a priori*, *a posteriori*? À première lecture, ni les dispositions ni les commentaires n'apportent de réponse évidente.

Pour ce qui est de la renonciation *a posteriori*, en assimilant la reconnaissance de dette qui interrompt la prescription à la renonciation au bénéfice du temps écoulé, il faut en conclure que les contractants soumis aux Principes européens jouissent de cette option. En ce qui concerne la forme de la reconnaissance de dette, "[l]a tendance générale du droit du contrat va dans le sens de l'absence de formalisme et bien qu'ici il ne s'agisse pas d'un document contractuel, aucune raison n'impose d'introduire une condition de forme."<sup>87</sup>

Le principe général énoncé au premier paragraphe laisse croire que les parties peuvent également opter pour une renonciation *a priori*, ce que ne contredisent absolument pas les commentaires spécifiques sur la prescription. Toutefois, en jonglant avec la suite de l'article et avec d'autres commentaires et dispositions, on peut en arriver à une conclusion opposée.

---

<sup>83</sup> Art. 2885 C.c.Q.

<sup>84</sup> J.-J. TAISNE, *supra* note 64, para. 62. Les tribunaux français ont ainsi admis à titre de renonciation tacite à la prescription le paiement d'acomptes répétés après acquisition de la prescription (CA Rennes, 6 oct. 1989: Juris-Data n° 1989-047689.).

<sup>85</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 555.

<sup>86</sup> *Id.*, p. 556.

<sup>87</sup> *Id.*, p. 549.

### 3.2 Influence sur le délai

En vertu du premier paragraphe de l'article 14:601, les parties peuvent donc, "en particulier", s'entendre sur la durée du délai de prescription.<sup>88</sup> Le principe est encadré par des limites: "(2) Le délai de prescription ne peut toutefois pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans [...]" Les parties ont ainsi la liberté de rendre d'un commun accord la prescription plus ou moins difficile, en allongeant le délai ou en le diminuant.

Sur le continent européen, un tel exercice de la liberté contractuelle est reçu de façon diverse par les droits nationaux. Cela va de l'interdiction totale, en raison du caractère impératif des règles sur la prescription, à la validité générale, en passant par l'admission des seules clauses facilitant la prescription, soit celles qui en abrègent le délai, comme c'est le cas en France, par l'effet d'une jurisprudence ancienne.<sup>89</sup>

Le raccourcissement du délai se conçoit particulièrement bien dans l'optique où le délai de droit commun est très long, comme le délai trentenaire français, qui favorise plus le créancier qu'il ne protège réellement le débiteur, ce qui, après tout, est quand même l'un des buts de la prescription. "Bien loin de contredire les soucis du législateur, [les clauses abrégant le délai] favorisent ses desseins: incitant le créancier à plus de diligence, elles permettent au débiteur d'obtenir plus facilement sa libération."<sup>90</sup>

Il ne faut cependant pas admettre un délai tellement court qu'il reviendrait à empêcher presque totalement le créancier d'agir. C'est pourquoi une limite inférieure est imposée, généralement établie au cas par cas par les tribunaux. À ce chapitre, la partie faible, celle que l'on entend protéger, n'est pas toujours celle que l'on pense. Ainsi, en France, dans la première moitié du XXe siècle, "le péril avait changé de camp et [...], dans des contrats d'adhésion, des débiteurs tout-puissants pouvaient imposer à leurs créanciers des prescriptions conventionnelles d'une brièveté captieuse. Le législateur a dû intervenir pour prohiber ces clauses abrégatives là où l'abus en avait été particulièrement criant, dans le contrat d'assurance."<sup>91</sup>

En ce qui concerne les accords allongeant les délais, ils peuvent intervenir à différents stades de la relation contractuelle. Pour ceux qui sont initiaux, qui interviennent au moment de la conclusion du contrat, en France, par exemple, leur nullité actuellement "ne connaît aucune exception [...]"<sup>92</sup> En effet, surtout si le délai de droit commun est de trente ans, aller au-delà reviendrait à supprimer totalement la possibilité de prescrire. D'un autre côté, les parties peuvent souhaiter, en cours de délai, le modifier pour en repousser le terme. La situation est admise en droit français dans la mesure où la jurisprudence a constaté que "le plus généralement l'accord en cause a pour objet, non pas de supprimer la possibilité de prescrire, mais seulement de suspendre

---

<sup>88</sup> Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 14:201, le délai de droit commun pour les créances est de trois ans.

<sup>89</sup> Civ. 4 déc. 1895, D.P. 1896. I. 241 (2<sup>e</sup> esp.), note Sarrut. Sur la variété des solutions nationales, voir G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 556-557.

L'article 2235 de l'avant-projet français dispose que "[l]a durée de la prescription extinctive peut être abrégée ou allongée par accord des parties [...]" la durée ne pouvant aller en deçà d'un an ni au-delà de dix ans. L'exercice de la liberté contractuelle en cette matière est totalement interdite dans le cadre des contrats d'assurances et des contrats de consommation.

<sup>90</sup> J.-J. TAISNE, *supra* note 64, para. 17.

<sup>91</sup> J. CARBONNIER, *supra* note 31, p. 176.

<sup>92</sup> J.-J. TAISNE, *supra* note 64, para. 23.

le cours du délai,”<sup>93</sup> ce qui est le cas, par exemple, lorsque les parties “attendent une décision juridictionnelle ou arbitrale vidant un litige [...]”<sup>94</sup> ou qu’elles octroient au débiteur un sursis pour l’exécution de ses obligations.

Actuellement, pour un juriste québécois, la question de l’influence de la volonté des parties sur les délais de prescription ne se pose même pas. L’article 2884 du Code civil ne souffre aucune interprétation possible: “On ne peut convenir d’un délai de prescription autre que celui prévu par la loi.” La disposition est d’ordre public. Selon François Frenette, “[p]our le législateur, allonger ou raccourcir un délai par convention constitue en fait une dérogation indirecte à l’article 2883 C.c.Q.”<sup>95</sup>

La règle est généralement présentée comme de droit nouveau.<sup>96</sup> Commentant ce qui allait devenir l’article 2882 C.c.Q., l’Office de révision du Code civil indiquait:<sup>97</sup>

Cet article est nouveau. Dans l’état actuel du droit, il n’est pas certain qu’il soit permis aux parties de convenir d’un délai plus court que celui qui est prévu par les dispositions du Code civil [...]. L’on a cru nécessaire d’énoncer, pour les fins d’uniformisation et de sécurité dans les transactions, que les délais de prescription soient considérés comme étant d’ordre public et qu’on ne puisse dès lors conventionnellement les modifier.

Ces propos, tenus dans l’optique de la défense des intérêts du créancier, suivent en ligne directe une décision de 1973 de la Cour provinciale où le juge avait annulé une clause réduisant à un an le délai d’action en matière d’assurance. De façon générale, le juge s’était indigné contre les stipulations modifiant le délai légal de prescription: “L’on peut imaginer le chaos qui régnerait si, contrairement au vœu du législateur et à l’encontre de l’intérêt public, un justiciable pouvait imposer à ses adversaires le délai de prescription de leurs recours.”<sup>98</sup>

Si tout le monde s’entendait pour proscrire l’allongement du délai, le droit ne semblait pas réellement fixé en ce qui concernait son abrègement, comme le rapporte le ministre de la Justice, au moment de l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec*:<sup>99</sup>

Dans le passé, il était généralement admis qu’on ne pouvait prolonger le délai requis pour prescrire, car c’eût été, d’une manière détournée, renoncer au bénéfice de la prescription. Il aurait suffi de fixer, par convention, le terme au-delà de la durée normale d’une vie humaine pour ôter toute utilité à la prescription et, ce faisant, nier l’intérêt général, fondement de la prohibition de l’article 2883. Il n’était cependant

---

<sup>93</sup> *Id.*, para 26.

<sup>94</sup> *Id.*, para 27.

<sup>95</sup> F. FRENETTE, *supra* note 4, p. 571. Pour mémoire, l’article 2883 C.c.Q. est celui qui interdit la renonciation à l’avance de la prescription.

<sup>96</sup> Voir *ibid.* et Baudouin et Jobin, *Les obligations*, *supra* note 58, p. 1121. Il faut rappeler que le *Code civil du Bas-Canada* ne comportait aucune disposition sur le sujet.

<sup>97</sup> Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaires*, t.2, vol. 2, Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 924.

<sup>98</sup> *Levis Woodoor c. Zurich, compagnie d’assurances*, [1973] R.P. 228 (C.P.), p. 229.

<sup>99</sup> *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l’application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Montréal, Dacfo, 1993, p. 949. C’est également ce que constatait Pierre-Basile Mignault au début du siècle dernier (P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t.9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1916, p. 340.)

pas certain que les parties ne puissent pas convenir d'un délai de prescription plus court que celui qui était prévu par les dispositions du Code civil.

À l'heure actuelle, les termes du Code civil mettent définitivement fin au débat.<sup>100</sup>

Pour en revenir aux Principes européens, la lecture combinée du premier alinéa de l'article 14:601 et du deuxième, accompagnée de celle des commentaires risque, dans un premier temps, de plonger le juriste – et que dire des destinataires premiers des Principes, les contractants? – dans des abîmes de perplexité. En effet, alors que les parties semblent autorisées à renoncer totalement à la prescription, même *a priori*, si elles ne le font pas, elles ne peuvent dépasser certaines limites, minimale et maximale. Autrement dit, ou bien elles excluent tout délai de prescription ou bien elles n'y renoncent pas, auquel cas, leur liberté contractuelle ne peut s'exercer que dans un cadre contenu entre un an et trente ans. À la rigueur. Cependant, des exceptions ou des limites à un principe général se doivent d'être précises. Par définition, elles ne peuvent, elles aussi, être générales! Ainsi, des balises peuvent se justifier *ratione personae* ou *ratione materiae*. Encore faut-il que le texte ou le contexte le laisse entendre, ce qui n'est pas le cas ici. De prime abord, la logique semble présenter une faille entre le premier et le deuxième paragraphe de l'article 14:601.

La solution à cette énigme est apportée par une étude attentive des commentaires. Il faut revenir à la présentation introductive des Principes et en particulier à celle qui en expose une "vue d'ensemble" pour y apprendre que "l'article 14:601(2) sur les durées maximale et minimale du délai de prescription" fait partie des dispositions impératives.<sup>101</sup>

C'est donc dire qu'il faut lire l'article 14:601 de la façon suivante: les parties, en vertu des termes liminaires du premier paragraphe, jouissent d'une très grande liberté en matière de prescription, liberté qui leur permet d'en aménager conventionnellement le régime comme bon leur semble. Une fois ce principe admis, en ce qui en concerne spécifiquement le délai, soit les parties sont silencieuses, auquel cas le délai général de trois ans s'applique, soit elles l'établissent conventionnellement dans les limites impératives prescrites par le deuxième paragraphe. Puisqu'elles sont obligatoirement soumises à un délai, il faut en déduire que toute renonciation préalable à la prescription est interdite.<sup>102</sup>

Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'ensemble des propos – disposition et commentaires – relatifs à la liberté contractuelle en matière d'aménagement conventionnel du régime de la prescription et de délai manque de limpidité. Il serait peut-être souhaitable d'envisager une réécriture de l'article...et une révision de certains commentaires!

---

<sup>100</sup> La règle interdisant la modification du délai par les parties a peut-être été introduite à la fois en raison du raccourcissement du délai légal et du fait que cette relative brièveté convient, aux yeux du codificateur, à toutes les situations.

<sup>101</sup> Voir G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 27. L'utilisation du verbe pouvoir à la forme négative ("Le délais de prescription ne peut toutefois être réduit [...] ou étendu [...]") n'est pas probante en soi quant au caractère impératif puisque d'autres articles l'utilisent parfois sans pour autant être taxés d'impératifs par les commentateurs.

<sup>102</sup> Cette lecture semble confirmée par une explication sur la limite supérieure du délai: il ne faut pas "que le débiteur puisse accepter une clause portant le délai à cinquante ou cent ans car cela reviendrait à exclure la prescription." (G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 556.)

Deux options sont possibles. Ou bien on prive les parties de toute possibilité de renoncer *a priori* à la prescription:

- (1) Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties. Cependant, en aucun cas, les parties ne peuvent renoncer d'avance à la prescription.
- (2) Les parties peuvent en particulier abrégé ou allonger les délais.
- (3) Le délai de prescription ne peut toutefois pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans.

Ou bien on privilégie l'exercice le plus complet de la liberté contractuelle puisque, après tout, comme l'admettent les créateurs des Principes européens, "il faut [...] se rappeler que la prescription libératoire doit surtout servir à protéger le débiteur et que si celui-ci renonce à cette protection, on peut faire prévaloir l'autonomie privée sur l'intérêt public."<sup>103</sup> La disposition pourrait être ainsi conçue:

- (1) Les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties qui peuvent en particulier abrégé ou allonger les délais.
- (2) Dans la mesure où les parties décident de convenir d'un délai, il ne devrait pas être réduit à moins d'un an ou étendu à plus de trente ans [...].

Ainsi, la liberté contractuelle pourrait s'exercer et au cas où les parties ne renonceraient pas d'avance à la prescription, le deuxième paragraphe donnerait un sens à leur choix, en empêchant par exemple le débiteur de se croire protégé par un délai qui, sous couvert d'une clause établissant un délai très long, ne permettrait pas dans les faits que le droit soit prescrit.

Pour terminer, on ne peut s'empêcher de comparer les Principes européens avec les Principes élaborés par Unidroit,<sup>104</sup> indiscutablement plus clairs sur la question du jeu accordé aux parties en matière de prescription. Aux termes de ces derniers, les parties ne peuvent absolument pas en aménager le régime à leur guise. La seule latitude qui leur est accordée porte sur les délais, dont elles peuvent déterminer la durée conventionnellement, mais uniquement entre deux extrêmes.<sup>105</sup>

#### **4. Conséquences de la liberté contractuelle en matière de délais**

Même s'il était rédigé en des termes plus clairs, l'article 14:601 ne serait toutefois pas sans danger, notamment parce que, au chapitre de la prescription, "[I]es règles [...] reposent sur un équilibre délicat entre les intérêts en présence [...]."<sup>106</sup> L'équilibre est parfois si délicat qu'il peut

---

<sup>103</sup> *Id.*, p. 555.

<sup>104</sup> Les Principes Unidroit (*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, [en ligne] <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>> [consulté le 2 juin 2008]), sont de la même nature que les Principes européens, c'est-à-dire qu'ils constituent eux aussi une sorte de codification privée dans le domaine des contrats mais les deux différences majeures avec les Principes européens sont qu'ils ne sont applicables que dans les relations entre professionnels et qu'ils ne sont pas limités aux relations européennes.

<sup>105</sup> Art. 10.3. Le délai minimal est d'un an, le maximal de quinze.

<sup>106</sup> G. ROUHETTE, *op. cit.* note 10, p. 538.

être rompu, en particulier par l'exercice de la liberté contractuelle. Or, en matière contractuelle, déséquilibre risque d'aller de pair avec abus.

La clause prévoyant le délai de prescription pourrait-elle constituer une clause abusive? Les propos qui vont suivre ne s'attacheront pas à la qualité des contractants, consommateurs ou professionnels. La question de la protection des seuls consommateurs aurait pu se poser puisque le grand texte européen en la matière, la Directive européenne sur les clauses abusives,<sup>107</sup> ne concerne qu'eux. Mais avant de la transposer,<sup>108</sup>

de nombreux droits avaient développé un contrôle judiciaire des clauses abusives, qui n'était pas limité aux contrats passés avec les consommateurs et qui continue en grande partie à s'appliquer. D'autre part, de nombreux États ont une législation sur les clauses abusives, particulièrement celles qui figurent dans les conditions générales, qui s'applique même quand aucune des parties n'est un consommateur.

L'article 4:110 des Principes européens, qui, il faut s'en souvenir, régissent *tous* les contrats,<sup>109</sup> prévoit une protection contre les clauses abusives mais ne la limite pas à un seul type de contractant. D'ailleurs, il ne fait aucunement référence à la qualité des parties, s'attachant uniquement au mode de conclusion du contrat ou du moins, aux conditions dans lesquelles une clause a été insérée dans le contrat, comme le révèle clairement son intitulé: "Article 4:110: Clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle." En cela, la disposition rappelle l'article 1437 C.c.Q. qui protège non seulement le consommateur mais également l'adhérent contre les clauses abusives.

Il ne s'agit pas non plus ici de discuter du fait que la clause a ou non été négociée<sup>110</sup> sauf pour signaler que, contrairement au *Code civil du Québec*, le texte de l'article 4:110 ne prévoit pas que l'ensemble du contrat soit d'adhésion.

Les Principes européens définissent la clause abusive de façon très classique, reprenant d'ailleurs "à l'identique la notion de clause abusive telle que définie par la directive [européenne]."<sup>111</sup> Il s'agit de la clause qui, "contrairement aux exigences de la bonne foi" crée au détriment d'une partie "un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, eu égard à la nature de la prestation à procurer, de toutes les autres clauses du contrat et des circonstances qui ont entouré sa conclusion." Alors que la Directive européenne donne, en annexe, une liste non exhaustive de clauses pouvant être considérées comme abusives et que le *Code civil du Québec*, à l'alinéa 2 de l'article 1437, en fournit un "exemple", aux dires du

---

<sup>107</sup> Directive 93/13 du 5 avril 1993, JOCE 21 avril, L. 95/29. [Ci-après "Directive européenne"]

<sup>108</sup> G. ROUHETTE, *op. cit.* note 10, p. 430.

<sup>109</sup> Donc entre professionnels (ce que dans le commerce électronique, on appelle *B to B*), entre professionnels et particuliers (*B to C*), voire même entre particuliers uniquement (*C to C*).

<sup>110</sup> Sur les difficultés de preuve de la négociation, voir P. STOFFEL-MUNCK, "Article 4:100 – Clauses abusives qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle" dans C. PRIETO, *supra* note 16, 273, p. 276-277.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 274.

ministre de la Justice,<sup>112</sup> les Principes européens ne comportent que des indications négatives qui équivalent à l'exclusion des clauses éventuellement abusives, celles qui sont essentielles.<sup>113</sup>

Un auteur français déplore que les Principes européens aient repris, sans les éclaircir, les expressions de la Directive européenne “contrairement aux exigences de la bonne foi” et “déséquilibre significatif”. Évoquant leur articulation, il conclut: “[...] une superposition de flous ne fait pas une image nette. Il est regrettable que les Principes Lando n'aient pas jugé nécessaire de procéder à une mise au point.”<sup>114</sup> La notion de clause abusive et, plus largement d'abus contractuel, fourmille tant de difficultés que ce même auteur leur a consacré sa thèse de doctorat.<sup>115</sup> Il y fait notamment ressortir deux séries de problèmes, liés à l'abus de la liberté contractuelle, particulièrement pertinentes ici.

En premier lieu, comment comparer ce qui est difficilement comparable, les droits de l'une des parties et les obligations de l'autre de façon à déterminer s'ils présentent un déséquilibre significatif? Pour Philippe Stoffel-Munck,<sup>116</sup>

[é]valuer, même approximativement, l'équilibre entre deux choses suppose qu'existe au moins entre ces objets un étalon de comparaison. Autrement dit, l'existence d'une unité commune de mesure est indispensable: on compare ainsi des kilos avec des kilos, des mètres avec des mètres, etc.

Concernant les droits et obligations des parties, on ne voit pas qu'existe d'autre étalon de mesure que la monnaie.

Le déséquilibre peut cependant se situer sur un autre terrain, purement juridique: “la clause confère des droits à une partie et non à l'autre.”<sup>117</sup> La comparaison, ici, ne relève ni de l'impossibilité ni de la prouesse. Ainsi, il semble évident que rien ne s'oppose à ce qu'une renonciation préalable à la prescription puisse être tenue pour abusive. Le déséquilibre entre le créancier pouvant éternellement faire valoir son droit et le débiteur, par voie de conséquence, ne pouvant jamais être libéré est patent. De même, le délai choisi par les parties, bien que contenu dans les limites prévues par le deuxième alinéa de l'article 14:601, pourrait, dans certaines circonstances, s'avérer abusif, qu'il soit très long ou très bref.

---

<sup>112</sup> *Code civil du Québec – Commentaires du ministre de la Justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, op. cit. note 99, p. 479. En réalité, il s'agit plus d'un critère permettant d'évaluer le caractère abusif de la clause que d'une illustration en tant que telle.

<sup>113</sup> “Le présent article ne s'applique pas

(a) à une clause qui définit l'objet principal du contrat, pour autant que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible,

(b) ni à l'adéquation entre la valeur respective des prestations à fournir par les parties.”

La précision est nécessaire afin de faire la différence entre clause abusive et lésion, qui, elle, semble envisagée à l'article 4:109.

<sup>114</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *supra* note 110, p. 279. [Comme le professeur de Copenhague est en quelque sorte le “père” des Principes, plusieurs les appellent les Principes Lando.]

<sup>115</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J., 2000.

<sup>116</sup> *Id.*, p. 340. Ainsi, il se demande comment évaluer, comment “chiffrer, avec un minimum d'objectivité, l'avantage que [procure une clause] permettant la modification unilatérale des horaires d'ouverture d'un club sportif.” (*Ibid.*)

<sup>117</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 229.

C'est ici qu'apparaît la seconde série de difficultés, évoquée par Philippe Stoffel-Munck:<sup>118</sup>

Il existe deux manières de proscrire une clause abusive. La qualification peut être abstraite et générale, et vise alors à extraire du champ de la liberté contractuelle la clause jugée trop excessive pour jamais être juste. [...] Mais la qualification peut aussi se faire concrète et relative, ne plus raisonner à partir de “modèles de convention” mais sur la convention particulière à l'occasion de laquelle le litige s'est noué.

Autrement dit, ou bien telle catégorie ou tel type de clause sera systématiquement considéré comme abusif – et c'est le cas envisagé, par exemple, par la liste de clauses contenue à l'annexe de la Directive européenne – ou bien une clause, en soi, n'est pas *a priori* répréhensible mais risque de le devenir “au regard de l'équilibre particulier d'un contrat particulier.”<sup>119</sup>

La première hypothèse est partiellement exclue de la présente analyse puisque les Principes européens, accordant aux parties la liberté de convenir d'un délai, considèrent, cela va sans dire, la clause comme “juste.”<sup>120</sup>

La seconde hypothèse nécessite une “qualification concrète” de la clause qui “*dépend [...] des variables factuelles de la convention. L'appréciation de l'équilibre est individualisée, concrétisée par l'inclusion d'éléments de fait propres à l'espèce.*”<sup>121</sup> Ce faisant, “[o]n ne réglemente plus, on n'arbitre plus le conflit d'intérêts entre des classes de contractants, on tranche un cas marginal qui n'est pas amené à se répéter. La solution ne découle plus d'une analyse abstraite d'une convention-type ou d'une clause-type, elle se justifie au regard de l'équilibre particulier d'un contrat particulier.”<sup>122</sup> Le problème vient ici de la personne sur qui repose l'appréciation. Habituellement, la tâche revient à l'autorité chargée de trancher le différend: “On entre dans le domaine naturel du juge qui, s'occupant d'un cas précis, va jauger l'équilibre particulier du contrat en cause et décider d'en supprimer telle ou telle stipulation, sans que cela préjuge pour l'avenir.”<sup>123</sup> Philippe Stoffel-Munck ajoute: “L'appréciation concrète de l'abus relève de l'équité au sens exact que lui donne une partie de la littérature juridique, qui renvoie non seulement à une idée d'équilibre et de modération, mais aussi d'appréciation individuelle et ponctuelle. [...] Il faut donc s'en remettre au sens individuel de la justice qui anime le magistrat.”<sup>124</sup> L'évaluation par un tiers, extérieur à la relation contractuelle, ne surprend pas, une partie pouvant difficilement...être juge et partie.

Or, dans le cadre des Principes européens, l'intervention judiciaire – ou arbitrale – est limitée au maximum. Ce sont les parties elles-mêmes, la victime, à vrai dire, qui a droit de vie et de mort sur le contrat ou sur certaines de ses stipulations et ce, par un processus très simple. Ainsi, en matière de validité, une partie peut “provoquer” la nullité du contrat pour les causes classiques.<sup>125</sup>

---

<sup>118</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *supra* note 115, p. 375.

<sup>119</sup> *Id.*, p. 381.

<sup>120</sup> En revanche, il semble, dans l'état actuel des choses, qu'ils considèrent la clause de renonciation préalable comme injuste.

<sup>121</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *supra* note 115, p. 383. [Les italiques sont dans le texte original.]

<sup>122</sup> *Id.*, p. 381.

<sup>123</sup> *Id.*, p. 375.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 383.

<sup>125</sup> Erreur, art. 4:103, dol, art. 4:107, contrainte, art. 4:108, profit excessif – proche parent de la lésion –, art. 4:109.

Elle peut également le résoudre pour inexécution<sup>126</sup> ou résilier un contrat à durée indéterminée.<sup>127</sup> Et la victime d'une clause abusive peut annuler celle-ci.<sup>128</sup> Une simple communication au vis-à-vis, sous forme de notification, suffit: "L'annulation a lieu par voie de notification au cocontractant."<sup>129</sup>

Là encore, le principe peut dérouter un civiliste puisque tant le droit québécois que le droit français, par exemple, "subordonnent [...] l'annulation du contrat à une action en justice."<sup>130</sup> Au contraire, ici, tout se passe en vase clos: point n'est besoin d'avoir recours à une autorité extérieure, étatique ou privée, afin qu'elle se prononce ou qu'elle officialise la rupture entre les contractants. La victime indique son mécontentement à son cocontractant qui, évidemment, peut réagir et prendre les moyens nécessaires pour sauver le contrat ou la partie du contrat en danger<sup>131</sup>. S'il ne le fait pas, le contrat ou la clause litigieuse sont anéantis...sans autre forme de procès, pourrait-on dire. On peut cependant accepter qu'il en soit ainsi dans les matières couvertes par les Principes européens où il est certainement nécessaire de prévoir des "règles souples et efficaces pour faciliter la vie des affaires."<sup>132</sup>

Aux yeux d'un juriste québécois, les clauses abusives et leur sanction présentent d'ailleurs une particularité en droit européen en raison de la Directive et de sa transposition dans les législations nationales. En droit français, par exemple, étant "réputées non écrites",<sup>133</sup> ces clauses font l'objet de nullité de plein droit ou nullité péremptoire. Dans ce cas, si nécessaire, "le juge n'a théoriquement pas de pouvoir d'appréciation car il est censé se borner à les constater [...]".<sup>134</sup> Se penchant sur la technique d'annulation par notification prévue à l'article 4:112 des Principes européens, un auteur estime que cet article ne devrait pas jouer dans les cas de nullité péremptoire et déplore justement que les clauses abusives ne soient pas exclues de son champ d'application.<sup>135</sup>

---

<sup>126</sup> Art. 9:301 et art. 9:302.

<sup>127</sup> Art. 6:109.

<sup>128</sup> Art. 4:110.

<sup>129</sup> Art. 4:112. La notification n'a pas à être faite dans une forme particulière et la théorie de la réception prévaut en la matière (Voir art. 1:303.)

<sup>130</sup> E. PUTMAN, "Article 4:112. Annulation par notification", dans C. PRIETO *supra* note 16, 288.

Bien sûr, en vertu des Principes européens, les actes unilatéraux et non judiciaires anéantissant le contrat en partie ou en entier n'excluent pas tout recours aux tribunaux, judiciaires ou arbitraux, ne serait-ce que pour obtenir des dommages intérêts, soit en plus de l'annulation, soit "au lieu et place d'une telle mesure" (M.-È. PANCRAZI, "Article 4:117—Dommages et intérêts", dans C. PRIETO *supra* note 16, 300, 301.) Voir art. 4:117 et 9:501 et s. Il faut remarquer au passage que si le tribunal est appelé à intervenir moins souvent que cela n'est habituel, lorsqu'il le fait, il a un pouvoir généralement ignoré par le droit, du moins par le droit québécois et par le droit français. En effet, en cas de "profit excessif ou avantage déloyal", l'art. 4:109 (3) autorise le juge à "adapter le contrat".

<sup>131</sup> Voir, par exemple, l'article 4:105.

<sup>132</sup> J. CAIRON, "Article 4:105. Adaptation du contrat" dans C. PRIETO *supra* note 16, 254, p. 255.

<sup>133</sup> Art. L. 132-1 Code de la consommation français. En droit québécois, en vertu de l'art. 1437 C.c.Q., la clause abusive est "nulle".

<sup>134</sup> E. PUTMAN, *supra* note 130, p. 289.

<sup>135</sup> Voir *ibid.* Plutôt que d'être "annulables", ce qui nécessite une notification au cocontractant, l'auteur aurait préféré qu'elles soient réputées non écrites, donc sans effet.

Ceci amène à s'interroger plus globalement sur les sanctions des clauses abusives lorsque l'évaluation du caractère abusif est laissé à l'appréciation des parties.

La difficulté provient du fait qu'il est justement extrêmement difficile d'établir de façon tranchée ce qui constitue un abus et que – ou parce que – l'appréciation en est particulièrement subjective. Le sentiment d'abus ayant par définition "une charge symbolique, passionnelle et moralisatrice"<sup>136</sup>, le recours à la notion servant à "exprimer une révolte et non point un jugement,"<sup>137</sup> comment s'attendre à ce que celui qui s'en estime victime juge lucidement de la situation et lui permette de se faire justice soi-même? Il y a incompatibilité fondamentale entre le mal et le moyen pour y remédier.

Permettre aux parties d'annuler elles-mêmes des stipulations ou des termes abusifs ne peut se concevoir que dans la mesure où elles ont à leur disposition un guide leur permettant d'évaluer ou de vérifier s'il y a abus, comme c'est le cas de la liste d'exemples contenue à l'annexe de la Directive européenne. Formellement, les Principes européens ne prévoient rien de tel, notamment parce que "[d]ans les contrats entre professionnels, une liste de clauses abusives *per se* est généralement considérée comme étant impossible en raison de la diversité des contrats commerciaux."<sup>138</sup> Les commentaires indiquent que l'on peut cependant "s'inspirer"<sup>139</sup> de la liste fournie par la Directive européenne. L'incitation n'est pas bien vigoureuse ni très contraignante!

De façon générale, les Principes européens tendent à exclure le recours à l'autorité judiciaire ou arbitrale pour laisser les parties régler leurs différends entre elles, au mieux de leurs intérêts. Toutefois, on peut craindre qu'au lieu de réduire le nombre de débats judiciaires ou arbitraux, la possibilité laissée à la victime d'annuler unilatéralement une clause qu'elle juge abusive n'engendre une prolifération de recours.<sup>140</sup>

— — —

Originalité et ambiguïté sont les deux termes qui viennent à l'esprit à la lecture de l'article des Principes européens portant sur la liberté des parties en matière de délais de prescription extinctive. Originalité, au moins pour un juriste québécois, dont le droit interdit tout aménagement contractuel dans ce domaine. Originalité également – et risque de confusion -- en ce qui a trait à l'anéantissement d'une clause établissant un délai de prescription que l'une des parties estimerait abusive, la victime jugeant elle-même du caractère abusif et notifiant simplement à son cocontractant le biffage de la clause qui lui aurait été imposée.

Quant à l'ambiguïté, elle est souvent provoquée par les commentaires qui se contredisent ou contredisent les dispositions. La question de la nature de la prescription en est un bon exemple. En ce qui concerne les accords relatifs à la prescription, l'ambivalence règne également, due à la formulation vague de l'article 14: 601 et aux propos incertains des rédacteurs. L'ensemble paraît, de façon générale, accorder aux parties une très grande liberté puisque le tout laisse sous-entendre qu'elles peuvent renoncer *a priori* à la prescription – une autre originalité! – mais dans le même souffle, le texte impose des limites au délai de prescription. Il faut presque mener un travail de

---

<sup>136</sup> P. GODÉ, "Observations sous le décret no 78-464 du 24 mars", RTDC 1978, 744, 746.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 226-227.

<sup>139</sup> *Id.* p. 227.

<sup>140</sup> Et ce, même dans les cas où la partie qui annule la clause est de bonne foi.

détective pour donner un sens à la règle et finalement conclure que toute renonciation préalable est proscrite. Il est dommage qu'un tel décryptage soit nécessaire pour un texte dont la "formulation est de nature à procurer de nombreux avantages."<sup>141</sup>

D'autres difficultés, non évoquées ici, semblent poindre à l'horizon, dans le domaine des relations transnationales. En particulier, on peut se demander comment serait reçu cet aménagement contractuel du délai de prescription par l'autorité d'un ordre juridique qui, comme c'est le cas au Québec, revêt le délai légal du caractère d'ordre public. Et, problème plus complexe, comment régler la question de l'opposition entre la liberté contractuelle accordée par les Principes européens et l'application éventuelle au contrat d'une loi qui l'interdirait? Ceci pourrait certainement faire l'objet d'une autre étude.

Cite as: Sylvette Guillemard, Un couple surprenant: prescription extinctive et liberté contractuelle, vol. 12.2 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (October 2008), <<http://www.ejcl.org/122/art122-1.pdf>>.

---

<sup>141</sup> G. ROUHETTE, *supra* note 10, p. 21.