

JEAN-LUC NIKLAUS

THÈSE DE DOCTORAT

La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation

DATE DE SOUTENANCE
30.11.2007

M. le Professeur PIERRE WESSNER, Directeur de thèse
M. le Professeur CHRISTOPH MÜLLER, Rapporteur interne
Mme la Professeure CHRISTINE CHAPPUIS, Rapporteur externe

IMPRIMATUR POUR LA THÈSE

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

M. PIERRE WESSNER (directeur de thèse)
M. CHRISTOPH MÜLLER (rapporteur interne)
Mme CHRISTINE CHAPPUIS (Université de Genève)

Autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 30 novembre 2007

Piermarco Zen-Ruffinen

Doyen

MOTS CLÉS

En français

Prescription extinctive
Prescription
Renonciation à la prescription
Modification conventionnelle de la prescription
Prolongation de la durée de la prescription
Interruption de la prescription
Empêchement de la prescription
Suspension de la prescription
Reconnaissance de dette
Prétention

En anglais

Limitation of actions
Time limit *ou* Prescription
Renunciation to the prescription
Contractual modification of the time limit
Extension *ou* exclusion of ordinary time limits
Interruption of the prescription
Postponement of limitation period
Suspension of the prescription
Acknowledgment
Claim

RÉSUMÉ

La prescription extinctive est une exception que le débiteur peut opposer à la poursuite de l'exécution de son droit par le créancier après l'écoulement d'un certain laps de temps, sans pour autant détruire ce droit. Elle est régie de manière générale par les articles 127 à 142 du Code des obligations (CO). Les dispositions des parties quant à la prescription sont divisées en deux grands groupes, les modifications conventionnelles et la renonciation à la prescription, et sont en particulier régies par les articles 129 et 141 CO.

En ce qui concerne les modifications conventionnelles, la liberté contractuelles des parties est la suivante.

- Les parties ne peuvent pas écarter la prescription en tant qu'institution. Elles ne peuvent dès lors pas prévoir qu'une créance que la loi déclare prescriptible ne le sera pas ou plus.
- Les parties ne peuvent pas changer la nature du délai, c'est-à-dire convenir d'une clause de péremption au sens étroit du terme, selon laquelle le créancier doit faire valoir son droit dans le délai convenu, faute de quoi son droit sera périmé. La clause de péremption au sens large du terme, selon laquelle le créancier doit simplement faire valoir sa prétention auprès du débiteur selon certaines modalités prévues à l'avance et dans un délai prédéfini, faute de quoi sa créance sera perdue, est en principe licite, sauf lorsque le délai qu'elle instaure est déraisonnablement court.
- Concernant le point de départ du délai, les parties n'ont pas la liberté de modifier le fait auquel la loi le rattache, sauf disposition spéciale prévoyant le contraire.
- Les parties n'ont pas la faculté de modifier les causes d'empêchement et de suspension prévues par la loi, ni d'ajouter ou de retrancher des actes interruptifs.
- En ce qui concerne la possibilité de modifier les délais de prescription, les différents délais que connaît le droit privé suisse obéissent à des régimes juridiques différents. Une nouvelle classification est proposée, les regroupant en quatre catégories. La première est celles des délais absolument invariables: la modification de leur extension est prohibée, que ce soit avant ou après qu'ils ont commencé à courir. La deuxième est celles des délais originellement invariables: il s'agit des délais qui ne sont pas susceptibles d'être modifiés avant qu'ils n'aient commencé à courir. Ils ne peuvent pas être abrégés mais prolongés jusqu'à leur durée maximale après qu'ils ont commencé à courir. La troisième est celle des délais minimaux: il s'agit des délais dont l'abrégement est proscrit mais dont la prolongation à la fois avant et après qu'ils ont commencé à courir est licite. La quatrième et dernière est celle des délais variables: il s'agit des délais que les parties peuvent abréger et prolonger avant ou après qu'ils ont commencé à courir.

Pour ce qui est de la renonciation à la prescription, il y a quatre grandes hypothèses.

- La renonciation à la prescription en cours pour désigner l'abandon de la portion du délai qui a déjà couru. Elle exige un acte juridique et elle n'est, sauf cas tout à fait exceptionnel, pas possible implicitement. La renonciation à la prescription en cours a pour effet de prolonger le délai de prescription.
- La renonciation à la prescription acquise pour désigner l'abandon de l'exercice de l'exception après que le délai est écoulé. Suite à une renonciation à la prescription acquise, le délai recommence à courir, pendant la durée précisée dans la déclaration ou, à défaut de précision, pendant une durée égale à l'entier du délai original.
- La promesse de renonciation à la prescription acquise pour désigner l'engagement à ne pas se prévaloir de l'exception avant que le délai ne soit échu. Elle est assimilée à la renonciation à la prescription en cours.
- La renonciation implicite à la prescription acquise pour désigner l'abandon de l'exception après que le délai est écoulé, par le silence, par actes concluants ou par une déclaration dont l'objet n'est pas la prescription.

*Dieu fait toute chose belle en son temps. Il a
implanté au tréfonds de l'être humain le sens de
l'éternité. Et pourtant, l'homme est incapable de
saisir l'œuvre que Dieu accomplit du
commencement à la fin.*

L'Ecclésiaste, chapitre 3, verset 11

Avant-propos et remerciements

Les deux règles générales de notre droit civil qui régissent l'autonomie de la volonté des parties par rapport à la prescription extinctive, à savoir les articles 129 et 141 du Code des obligations, n'ont subi aucune modification depuis 1912. Cela ne signifie toutefois pas que le sujet n'est pas d'actualité.

En effet, dans la pratique judiciaire, la prescription extinctive est une institution très souvent invoquée et redoutable. Le nombre de décisions publiées par les instances supérieures qui lui sont consacrées en est la preuve. L'étude de la liberté des parties de déroger à la loi revêt dès lors une grande importance, en particulier pour le praticien.

Dans un ordre juridique où le droit meurt par prolifération et où l'autorité des normes elles-mêmes se trouve de plus en plus diluée, on nous pardonnera d'adopter délibérément une position plutôt restrictive quant à l'autonomie de la volonté des parties, ceci dans leur intérêt bien compris et celui des autorités chargées d'appliquer la loi.

En vue de la rédaction du manuscrit, nous avons arrêté nos recherches à la date du 30 novembre 2007.

Qu'il nous soit permis ici de témoigner notre vive reconnaissance à toutes les personnes qui ont facilité la réalisation de cet ouvrage.

Nous souhaitons tout d'abord remercier M. le Professeur PIERRE WESSNER, Directeur de thèse, pour ses encouragements et ses précieux conseils en vue de l'établissement du manuscrit. De même, nous aimerions exprimer notre gratitude envers les autres membres du jury, Mme la Professeure CHRISTINE CHAPPUIS et M. le Professeur CHRISTOPH MÜLLER, pour l'intérêt qu'ils ont porté à ce travail.

Un grand merci également à nos collègues, Me NATASCHA GUENAT et Me BALZ OBERLE pour la relecture critique du manuscrit et leurs remarques pertinentes.

Finalement, notre reconnaissance va aussi à tous les membres de notre entourage qui nous ont encouragé, aidé et soutenu dans cette entreprise.

Bienne, le 6 décembre 2007

Table des matières

Avant-propos et remerciements	V
Table des matières	VII
Bibliographie	XXI
Section 1 Doctrine	XXI
A. Ouvrages et contributions sur le sujet de la prescription et de la péremption	XXI
B. Ouvrages et contributions de droit civil et de droit des obligations en général, y compris la responsabilité civile	XXVII
C. Ouvrages et contributions concernant le droit des assurances privées	XXX
D. Ouvrages et contributions de droit étranger et international	XXXI
E. Autres ouvrages et contributions	XXXV
Section 2 Jurisprudence publiée	XL
A. Sur le sujet de la renonciation à la prescription (en cours ou acquise)	XL
B. Sur le sujet des modifications conventionnelles	XLI
C. Sur le sujet des modifications conventionnelles en droit des assurances privées	XLI
D. Sur le sujet de l'abus de droit en matière de prescription	XLII
Section 3 Documents sur la procédure législative	XLII
A. Remarques préliminaires	XLII
B. Documents sur l'élaboration du Code fédéral des obligations	XLIII
C. Documents sur l'élaboration du Code des obligations	XLIV
D. Documents concernant l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile	XLIV
Abréviations	XLVII
Introduction	1
Section 1 Lorsqu'il est question de temps	3
Section 2 Présentation et délimitation du sujet	4
Section 3 Terminologie	4
Première partie: la prescription en général en droit suisse	7
Chapitre I La notion de prescription	9
Section 1 Définition	9
A. Définition positive	9
a) Exception	10
b) Ecoulement d'un certain laps de temps	11
	VII

	c) Droit intact	11
	d) Terminologie	11
	B. Définition négative	11
	a) Distinction entre la prescription et la péremption (« Verwirkung »)	11
	b) Distinction entre la prescription et le délai fatal ou délai préfix (« Befristung, Fatalefrist »)	12
	c) Distinction entre la prescription extinctive et la prescription acquisitive (« Ersitzung »)	13
	d) Distinction entre la prescription et l'obligation conditionnelle (« Bedingung »)	13
Section 2	Les buts et le fondement des règles sur la prescription	14
	A. Les buts incontestés de la prescription	14
	a) Protection du débiteur contre des prétentions indues	14
	b) Protection du débiteur contre des prétentions inconnues, inattendues ou redoutées	14
	B. Des buts inavoués ?	14
	a) Incitation pour le créancier à faire valoir ses prétentions	14
	b) Pution du créancier	15
	c) Eviter la surcharge des tribunaux	15
	C. Le fondement de la prescription	15
	D. Intérêt public ou intérêts privés ?	16
Section 3	La prescription dans l'ordre juridique	17
	A. Le principe de la légalité	17
	B. Les règles internes applicables à la prescription	18
	a) Code des obligations	18
	b) Code civil	18
	c) Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	19
	d) Lois spéciales	19
	e) Droit prétorien	19
	f) Droit privé fédéral comme droit cantonal supplétif	19
	C. Le droit international	20
	a) Loi fédérale sur le droit international privé et les autres règles de conflit	20
	b) Droit matériel international	20
Section 4	Les conditions de la prescription	21
	A. La créance doit être prescriptible	21
	a) Généralités	21
	b) Créances visées par la prescription	21
	c) Exceptions	22
	B. Le délai doit être écoulé	22
	a) Point de départ du délai	22
	b) Types de délais et durée des délais	26
	c) Fin du délai	27
Section 5	Les effets de la prescription	28
	A. En général	28
	B. Pour le débiteur	29
	C. Pour le créancier	30
	D. Pour le juge	30
	E. L'étendue des effets de la prescription	31

Chapitre II	La prolongation de la durée de la prescription	33
Section 1	L'empêchement et la suspension	33
	A. La notion et les règles applicables	33
	B. Les effets (supputation des délais)	34
	a) En cas d'empêchement	34
	b) En cas de suspension	34
	C. Les causes d'empêchement et de suspension	35
Section 2	L'interruption	36
	A. La notion et le champ d'application	36
	B. Les actes interruptifs	37
	a) Du débiteur	37
	b) Du créancier	39
	c) En cours de procédure	41
	C. Les effets de l'interruption	41
	a) Quant à la durée du nouveau délai	41
	b) Quant au point de départ du nouveau délai	42
	c) Quant à la créance	43
	d) Quant aux personnes coobligées	44
	e) Quant à une action mal introduite	45
Section 3	La prolongation conventionnelle du délai et la renonciation à la prescription en cours	46
Chapitre III	L'invocation et la preuve de la prescription	47
Section 1	L'invocation de la prescription	47
	A. Généralités et maxime éventuelle	47
	B. L'application de la maxime éventuelle à la prescription	47
Section 2	La preuve de la prescription	50
	A. Le fardeau de la preuve	50
	B. Pour le débiteur	50
	C. Pour le créancier	51
Chapitre IV	L'abus de droit	52
Section 1	La notion de bonne foi et d'abus de droit	52
Section 2	L'abus de droit en matière de prescription	53
	A. Du créancier	53
	B. Du débiteur	53
	a) Notion	53
	b) Conditions	54
	c) Solutions étrangères	56
	d) Effets	57
Chapitre V	La distinction entre la prescription et la péremption	58
Section 1	Généralités et conditions de la péremption	58
Section 2	Les caractéristiques et les effets de la péremption	58
	A. Les cas de péremption légale	58
	B. Les clauses de péremption	59

Deuxième partie: l'autonomie de la volonté en droit étranger et international de la prescription	63
Chapitre I En droit allemand	65
Section 1 La prescription en général	65
A. Le principe	65
B. Les délais	66
C. La prolongation de la durée de la prescription	66
Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription	67
A. Généralités	67
B. Les conventions qui facilitent la prescription du point de vue du débiteur	68
a) Conventions prohibées	68
b) Conventions admises	68
c) Règles spéciales	69
d) Conditions générales	70
C. Les conventions qui rendent la prescription plus difficile du point de vue du débiteur	71
a) Conventions prohibées	71
b) Conventions admises	71
c) Conditions générales	72
D. La renonciation	72
a) Règle applicable	72
b) Définition	73
c) Conditions	73
d) Effets	73
Chapitre II En droit autrichien	74
Section 1 La prescription en général	74
A. Le principe	74
B. Les délais	74
C. La prolongation de la durée de la prescription	75
Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription	75
A. Les modifications conventionnelles	76
B. La renonciation	76
Chapitre III En droit français	79
Section 1 La prescription en général	79
A. Le principe	79
B. Les délais	79
C. La prolongation de la durée de la prescription	80
Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription	80
A. Les modifications conventionnelles	80
a) Modifications prohibées	80
b) Modifications admises	81
B. La renonciation	82

Section 3	L'avant-projet de révision	83
Chapitre IV	En droit italien	84
Section 1	La prescription en général	84
	A. Le principe	84
	B. Les délais	84
	C. La prolongation de la durée de la prescription	85
Section 2	Les modifications apportées par les parties à la prescription	85
	A. Les modifications conventionnelles	85
	B. La renonciation	86
Chapitre V	En droit néerlandais	87
Section 1	Une nouvelle codification	87
Section 2	Le droit de la prescription	87
	A. En général	87
	B. Les modifications apportées par les parties à la prescription	87
Chapitre VI	En droit anglais	89
Section 1	Un système de conception différente	89
	A. Le principe	89
	B. Les délais	89
	C. La prolongation de la durée de la prescription	90
	D. Une réforme en vue	90
Section 2	Les modifications apportées par les parties à la prescription	91
	A. Les modifications conventionnelles	91
	B. La renonciation	91
Chapitre VII	En droit matériel international	92
Section 1	En droit du transport international	92
Section 2	Dans la vente internationale de marchandises	93
	A. La prescription en général	93
	B. Les modifications apportées par les parties à la prescription	94
	a) Modifications conventionnelles	94
	b) Renonciation	94
Chapitre VIII	En droit européen	95
Section 1	Délimitation	95
Section 2	Le droit communautaire	96
	A. En matière contractuelle	96
	B. En matière de responsabilité civile	97
	C. Vers une unification du droit privé européen ?	98
Section 3	Les Principes du droit européen du contrat	98
	A. La prescription en général	99
	B. Les modifications apportées par les parties à la prescription	99
Section 4	L'avant-projet de Code européen des contrats	100
	A. La prescription en général	100

	B. Les modifications apportées par les parties à la prescription	100
Chapitre IX	Dans les principes UNIDROIT	102
Section 1	Les principes UNIDROIT	102
Section 2	La prescription en général	102
Section 3	Les modifications apportées par les parties à la prescription	102
Troisième partie: les modifications conventionnelles de la prescription en droit suisse		105
Chapitre I	L'autonomie de la volonté	107
Section 1	En général	107
Section 2	En droit de la prescription	107
	A. La naissance des règles de la partie générale du Code des obligations	107
	a) Code fédéral des obligations de 1881	107
	b) Adaptation du droit des obligations au Code civil	113
	B. Le principe	116
	C. Les exceptions	117
Chapitre II	Les modifications de la réglementation de base de la prescription	118
Section 1	Le principe de la prescription	118
Section 2	La nature du délai	120
	A. La problématique de la clause de péremption	120
	a) Distinction entre la clause de péremption et la peine conventionnelle	120
	b) Distinction entre la clause de péremption et la condition résolutoire	120
	c) Distinction entre la clause de péremption et l'incombance	121
	d) Caractéristiques de la clause de péremption	123
	B. L'admissibilité de la clause de péremption au sens étroit	124
	a) Règle applicable et jurisprudence	124
	b) Doctrine	125
	c) Synthèse	126
	d) Sanction et règles d'interprétation	127
	C. L'admissibilité de la clause de péremption au sens large	128
	a) Règle applicable et doctrine	128
	b) Synthèse	129
	c) Cas d'application	130
	D. La clause de péremption en droit du contrat d'assurance	132
	a) En général	132
	b) Pour les assurances-transport	134

Section 3	Le point de départ du délai	135
	A. En général	135
	a) Principe	135
	b) Point de départ fixé dès l'exigibilité selon la règle générale	135
	c) Point de départ non fixé par la règle générale	137
	d) Sursis	137
	B. Les règles spéciales	137
	a) En droit du contrat de vente et du contrat d'entreprise (garantie)	137
	b) En droit du contrat d'assurance	138
Section 4	Les causes d'empêchement et de suspension	139
Section 5	Les actes interruptifs et leurs effets	140
	A. En général	140
	B. En droit du contrat de vente et du contrat d'entreprise (garantie)	141
Chapitre III	La modification des délais de prescription	143
Section 1	Le moment de la modification	143
	A. La modification originaire	143
	B. La modification subséquente	144
Section 2	La notion de modification conventionnelle du délai de prescription	144
	A. L'extension du délai est touchée	144
	B. Un acte juridique bilatéral	144
	C. Les formes possibles	145
Section 3	Les règles applicables	145
	A. Les règles générales	145
	a) Portée des articles 129 et 141 alinéa 1 CO	145
	b) Cas non réglés expressément	146
	B. Les règles spéciales	146
	C. Les différents régimes en résumé	147
Section 4	Le régime général	147
	A. La lettre et l'histoire de la loi	147
	B. L'évolution de la jurisprudence	148
	C. Les positions dans la doctrine	150
	D. Synthèse	152
Section 5	Les délais situés hors du titre troisième	153
	A. Généralités	153
	B. La prolongation des délais	154
	C. L'abrègement des délais	155
	D. L'objet d'une modification	155
	E. Le fardeau de la preuve d'une modification	156
	F. La sanction d'une modification	156
Section 6	Les délais situés hors du titre troisième appartenant à une catégorie particulière	157
	A. Les délais de droit strict: une désignation qui prête à confusion	157
	B. Les délais minimaux	158
	C. Les délais originellement invariables	159
	D. Les délais absolument invariables	160

Section 7	Les règles spéciales	160
	A. La prescription des créances en garantie pour les défauts dans le contrat de vente	161
	a) Dans la vente mobilière en général	161
	b) Dans la vente de biens culturels	162
	c) Dans la vente immobilière	163
	B. La prescription des créances en garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise	163
	C. La prescription des créances dans le contrat d'assurance	164
	D. La prescription des créances en dommages-intérêts découlant de certaines règles de la responsabilité civile	165
	a) Responsabilité en matière nucléaire	166
	b) Responsabilité du détenteur de véhicule automobile	166
	c) Responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse	166
	d) Responsabilité pour le fait des produits	167
	e) Responsabilité pour les installations électriques	167
	f) Responsabilité pour les fonds de placement	167
	E. La prescription des créances dans le contrat lié avec une entreprise de transports publics	167
Section 8	La classification des délais en fonction des modifications possibles	167
	A. Les délais absolument invariables	168
	B. Les délais originellement invariables	170
	C. Les délais minimaux	171
	D. Les délais variables	173
Chapitre IV	Les clauses stipulées dans des conditions générales	175
Section 1	Les règles applicables	175
Section 2	En droit de la prescription	177
	A. Les modifications apportées à la réglementation de base de la prescription	177
	a) Modification de la nature du délai en général	177
	b) Modification de la nature du délai en droit du contrat d'assurance	177
	c) Modification du point de départ du délai	178
	B. La modification des délais de prescription	178
	a) Généralités	178
	b) En droit du contrat de vente et d'entreprise (garantie)	179
Quatrième partie: la renonciation à la prescription en droit suisse		181
Chapitre I	La notion et la définition de la renonciation à la prescription	183
Section 1	Les différentes hypothèses	183
Section 2	Définition positive	184
	A. La renonciation à la prescription	185
	B. La renonciation à l'exception de prescription	185

	C. La terminologie	185
Section 3	Définition négative	186
	A. La renonciation à la prescription en cours	186
	a) Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et la modification conventionnelle	186
	b) Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et la reconnaissance de dette	187
	c) Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et le sursis	188
	B. La renonciation à la prescription acquise	188
	a) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la modification conventionnelle	188
	b) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la cession de créance	189
	c) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la donation	189
	d) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la disposition à titre gratuit ou l'aliénation	190
	e) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la novation	191
Chapitre II	L'objet et le champ d'application de l'article 141 CO	192
Section 1	Le texte légal	192
	A. La lettre de la loi	192
	a) Signification du mot « prescription »	193
	b) Signification du mot « anticipée »	193
	B. L'histoire de la loi: la modification de la formulation du Code fédéral des obligations au Code des obligations	194
	C. La systématique de la loi	195
	D. Le but de la loi	196
	a) Interprétation téléologique	196
	b) Réduction téléologique	197
Section 2	La jurisprudence	198
	A. La jurisprudence fédérale	198
	B. La jurisprudence cantonale	200
Section 3	La doctrine	201
	A. Concernant l'article 159 CFO	201
	B. Concernant l'article 141 alinéa 1 CO	201
Section 4	Synthèse	205
	A. L'objet de l'article 141 alinéa 1 CO	205
	B. Le champ d'application de l'article 141 alinéa 1 CO	208
Chapitre III	La renonciation à la prescription en cours	211
Section 1	Les conditions	211
	A. L'exercice des droits civils	211
	B. Une manifestation de volonté	212
	a) Divergence entre la volonté et la manifestation de volonté	212
	b) Déclaration expresse	214

	c) Renonciation implicite à la prescription en cours	214
	d) Absence d'exigence de forme	216
	C. Le moment possible	216
Section 2	L'interprétation	217
	A. En général: selon le principe de la confiance	217
	B. La détermination de l'objet	217
	C. La réserve quant à une reconnaissance de responsabilité	218
	D. La réserve quant à la prescription acquise	218
	a) Utilité	218
	b) Hypothèses	219
	c) Invocation d'une erreur si la réserve n'est pas formulée	221
Section 3	Les effets sur la prescription	221
	A. La prolongation de la durée	221
	B. Interruption de la prescription ?	222
	C. La durée maximale	223
	D. La détermination de la durée au cas particulier	224
	E. La pluralité de délais de prescription	225
	F. Le moment des effets et la supputation des délais	227
Section 4	Le fardeau de la preuve	229
Section 5	La sanction	230
	A. En général	230
	B. La renonciation pour l'avenir	230
	a) Interprétation comme modification conventionnelle	230
	b) Nullité partielle	231
	C. L'abus de droit	232
Section 6	La pluralité de débiteurs	232
	A. Les règles applicables	232
	B. La solidarité parfaite et le concours de prétentions	234
	C. La dette indivisible	234
	D. Le cautionnement	235
	E. Le recours	235
	F. Les autres cas	236
	G. Synthèse	237
Section 7	La pluralité de créanciers	237
	A. En général	237
	B. La solidarité	237
	C. La créance indivisible	238
	D. Le cautionnement	238
	E. Les autres cas	239
Section 8	Les particularités en droit des assurances privées	239
	A. En général	239
	B. Dans l'assurance de responsabilité civile	240
	a) Sans droit d'action directe	240
	b) Avec droit d'action directe	241
Chapitre IV	La renonciation à la prescription acquise	243
Section 1	Les conditions	243
	A. L'exercice des droits civils	243

	B. Une manifestation de volonté	244
	a) Divergence entre la volonté et la manifestation de volonté	244
	b) Déclaration expresse	244
	c) Absence d'exigence de forme	245
	C. Le moment possible	245
Section 2	L'interprétation	245
	A. En général: selon le principe de la confiance	245
	B. La détermination de l'objet	245
	C. La réserve quant à une reconnaissance de responsabilité	246
	D. La réserve quant à la prescription acquise	246
	a) Si la réserve est formulée	246
	b) Si la réserve n'est pas formulée	247
	c) Application du principe de la confiance si la réserve n'est pas formulée	248
	d) Invocation d'une erreur si la réserve n'est pas formulée	249
Section 3	Les effets sur la prescription	254
	A. Le délai recommence à courir	254
	B. Le débiteur peut-il se départir de sa déclaration ?	254
	C. La durée maximale	255
	D. La détermination de la durée au cas particulier	256
	E. La pluralité de délais de prescription	257
	F. Le moment des effets et la supputation des délais	258
Section 4	Le fardeau de la preuve	258
Section 5	La sanction	259
Section 6	La pluralité de débiteurs	260
	A. Les règles applicables	260
	B. La solidarité parfaite et le concours de prétentions	260
	C. La dette indivisible	260
	D. Le cautionnement	260
	E. Le recours	262
	a) Si l'action récursoire n'est pas prescrite	262
	b) Si l'action récursoire est prescrite	263
	F. Les autres cas	264
	G. Synthèse	264
Section 7	La pluralité de créanciers	264
Section 8	Les particularités en droit des assurances privées	265
	A. En général	265
	B. Dans l'assurance de responsabilité civile	265

Chapitre V	La promesse de renonciation à la prescription acquise	267
Section 1	Les caractéristiques	267
Section 2	L'assimilation par la jurisprudence à la renonciation à la prescription en cours	268
Section 3	Les positions dans la doctrine	268
Section 4	Synthèse	269
Chapitre VI	La renonciation implicite à la prescription acquise	271
Section 1	En dehors d'une procédure	271
	A. En général	271
	B. Les comportements et déclarations assimilés	272
	a) Reconnaissance de dette	272
	b) Casuistique	272
	c) Exclusion de la répétition selon l'article 63 alinéa 2 CO	275
	C. Les comportements et déclarations non assimilés	276
Section 2	Dans une procédure	277
Cinquième partie: l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile		281
Chapitre I	Présentation du système	283
Section 1	La prescription en général	283
Section 2	La modification conventionnelle des délais	284
	A. Les principes applicables	284
	B. La classification des délais	285
Section 3	La renonciation	285
	A. Les conditions	285
	a) Moment de la renonciation	286
	b) Déclaration expresse	286
	B. La durée maximale	286
	C. Les effets	286
	a) Pour la renonciation à la prescription qui n'a pas encore couru	286
	b) Pour la renonciation à la prescription en cours	286
	c) Pour la renonciation à la prescription acquise	287
	d) Dans la relation entre assureur et assuré	287
Chapitre II	Appréciation du système	289
Section 1	Sous l'angle de la modification conventionnelle des délais	289
Section 2	Sous l'angle de la renonciation	289
	A. En général	289
	B. Concernant la renonciation à la prescription en cours	289
	C. Concernant la renonciation à la prescription acquise	290
	D. Dans la relation entre assureur et assuré	290

Synthèse et conclusion		291
Chapitre I	Synthèse	293
Section 1	Les modifications conventionnelles	293
	A. Les modifications apportées à la réglementation de base	293
	B. La modification des délais de prescription	293
Section 2	La renonciation à la prescription	294
Chapitre II	Conclusion	296
Index		299

Bibliographie

Section 1 Doctrine

Dans les notes de bas de page, les ouvrages et contributions sont en principe désignés par le nom de l'auteur et l'indication du passage cité. Pour le droit suisse, il est en outre précisé s'il s'agit d'un commentaire (BSK, BK, CR, ZK). Si plusieurs ouvrages ou contributions émanent d'un seul et même auteur, il est précisé de quel ouvrage ou de quelle contribution il s'agit selon l'indication figurant entre parenthèses dans la bibliographie. D'autres ouvrages consultés de manière ponctuelle seront cités dans les notes de bas de page. La liste des abréviations les explicite.

A. Ouvrages et contributions sur le sujet de la prescription et de la péremption

ACOCELLA DOMENICO	Die Verjährung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in RSJ 1990, pp. 333-337
ADDORISIO DE FEO RANIERO	Fälligkeit und Verjährungsfristen im Mietrecht, in mp 2001, pp. 163-193 (cité ADDORISIO DE FEO, mp 2001)
BÉGUELIN EDOUARD	Extinction des obligations, FJS n°813 (Prescription 1, Généralités), 814 (Prescription 2, Conditions, suspension et effets) et 815 (Prescription 3, Interruption de la prescription)
BERTI STEPHEN V.	Art. 127-142 OR in HONSELL/VOGT/WIEGAND (éd.), BSK, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 2 ^e édition, Helbing & Lichtenhahn Bâle 1996 (cité BERTI, BSK; cette édition n'est citée que lorsqu'elle diverge ou présente un intérêt particulier par rapport à la quatrième édition de DÄPPEN)
BERTI STEPHEN V.	Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, ZK, Obligationenrecht, Teilband V/1h, 3 ^e édition, Schulthess Zurich 2002 (cité BERTI, ZK)
BERTI STEPHEN V.	Zu den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung, Art. 127-142 OR, in GAUCH/SCHMID, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Schulthess Zurich 2001, pp. 335-342 (cité BERTI, Symposium)
BERTI STEPHEN V.	Zur Unterbrechung der Verjährung durch Betreibung und Klage – oder die Alternativen zum « Inspired guess », in recht 1994, pp. 76-79 (cité BERTI, recht 1994)

- BLOCH KONRAD Die Hemmung der Verjährung nach Art. 134 Ziff. 6 OR, in RSJ 51, pp. 353-357
- BLUMENSTEIN ERNST Verwirkung und Ablauf der Befristung als Endigungsgründe von Privatrechten nach modernen Gesetzen, thèse Berne 1901
- BUCHER EUGEN Verjährung: gute Schritte in guter Richtung, in recht 2006, pp. 186-197 (cité BUCHER, Verjährung)
- BUCHSER DANIEL Nochmals zur Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts, in RSJ 93, p. 261
- CAPITAINE GEORGES Des courtes prescriptions, des délais et actes de déchéance du CCS et du CO, Georg Genève 1937
- CHAPPUIS CHRISTINE La péremption en droit de la responsabilité civile, in FRANZ WERRO (éd.), Le temps dans la responsabilité civile, Stämpfli Berne 2007, pp. 107-138
- DÄPPEN ROBERT K. Art. 127-142 OR in HONSELL/VOGT/WIEGAND (éd.), BSK, Obligationenrecht I, cité dans les ouvrages généraux (cité DÄPPEN, BSK)
- FICK FRIEDRICH Hinderung und Stillstand der Verjährung wegen höherer Gewalt, in RSJ 11, pp. 181-182 (cité FICK, RSJ 11)
- FICK FRIEDRICH Zur Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen (insbesondere unlauterem Wettbewerb) im internationalen Privatrecht, in RSJ 20, pp. 21-27 (cité FICK, RSJ 20)
- FINGERHUT FELIX Verwirkung im Versicherungsvertragsrecht, thèse Zurich 1992
- FISCHER WILLI Die Verjährung von Haftpflichtansprüchen, in ALFRED KOLLER (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, Saint-Gall 1997, pp. 93-141
- GADOLA ATTILIO R. Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, in PJA 1995, pp. 47-59
- GAUCH PETER Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist, in RSJ 102, pp. 533-540 et 561-566 (cité GAUCH, Verjährungsverzicht)
- GIROUD JACQUES Effet et invocation de la prescription d'une créance de droit fiscal, thèse de licence Lausanne 1983
- GIRSBERGER ANDREAS Die Verjährung der aus einer strafbaren Handlung hergeleiteten Zivilansprüche, in RSJ 58, pp. 213-216 (cité GIRSBERGER A.)

- GLAVAS KRESO
Verjährung in der Haftpflichtversicherung, in PJA 1993, pp. 488-492
- GRABER CHRISTOPH/
BENZ CHRISTIAN
Art. 46 VVG, in HONSELL/VOGT/SCHNYDER (éd.), BSK, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, cité dans les ouvrages sur le droit des assurances privées
- GRÄMIGER OTTO
Der Einfluss des schuldnerischen Verhaltens auf Verjährungsablauf und Verjährungseinrede, Ein Beitrag zur Verjährungseinrede, thèse Zurich 1934
- GUISAN FRANÇOIS/
STETTLER AURÉLIEN
Questions choisies relatives à la prescription en matière d'assurance privée, REAS 2002, pp. 175-179
- HÄNNI PETER
Am Schnittpunkt zwischen privatem und öffentlichem Recht: die Verjährungsbestimmungen des OR und das Staatshaftungsrecht des Kantons Genf, in DC 1987, pp. 33-36
- HIESTAND GOTTFRIED
Die Verjährung nach dem schweizerischen Obligationenrecht, thèse Zurich 1889
- HOLZER ANDRÉ PIERRE
Verjährung und Verwirkung der Leistungsansprüche im Sozialversicherungsrecht, thèse Fribourg 2005
- JAEGER BERNARD
La prescription des créances en dommages-intérêts, in Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1994
- KESSLER FRANZ J.
Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, thèse Zurich 2000
- KOLLER ALFRED
Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts, in RSJ 92, pp. 369-371 (cité KOLLER, RSJ 92)
- KOLLER ALFRED
Die Verjährung bei der Rückabwicklung von Verträgen, in DC 2006, pp. 3-7
- KOLLER ALFRED
Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken (Art. 371 Abs. 2 OR), in PJA 1994, pp. 1547-1553 (cité KOLLER, PJA 1994)
- KOLLER ALFRED
Die Verjährung von Versicherungsansprüchen, in ALFRED KOLLER (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, Saint-Gall 1993, pp. 1-37 (cité KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen)
- KOLLER ALFRED
Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht, in RSJ 103, pp. 193-197 (cité KOLLER, RSJ 103)

- PICHONNAZ PASCAL La prescription de l'action en dommages-intérêts: un besoin de réforme, in FRANZ WERRO (éd.), *Le temps dans la responsabilité civile*, Stämpfli Berne 2007, pp. 71-106 (cité PICHONNAZ, *La prescription de l'action en dommages-intérêts*)
- PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ La prescription de l'action récursoire en cas de solidarité imparfaite, in DC 2007, pp. 48-52
- RATHGEB CHARLES E. L'action en justice et l'interruption de la prescription, in *Mélanges FRANÇOIS GUIBAN*, Rouge Lausanne 1950, pp. 233-272
- RUTZ OTTMAR Die Wesensverschiedenheit von Verjährung und Anspruchsbefristung, in AcP 101, pp. 435-457
- SCHÖBI CHRISTIAN Die Akzessorität der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, thèse Zurich 1990
- SCHÖNENBERGER WILHELM Verjährungsunterbrechung durch Klage, insbesondere durch Klage bei einem ausländischen Gericht, in RSJ 49, pp. 233-237
- SCHWANDER WERNER Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, thèse Fribourg 1962 (cité SCHWANDER, thèse)
- SCHWANDER WERNER Über die Verjährung von Schadenersatzforderungen, in *Strassenverkehrsrechts-Tagung*, Fribourg 1984 (cité SCHWANDER, *Verjährung von Schadenersatzforderungen*)
- SPIRO KARL Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in *Festschrift für KARL H. NEUMAYER*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1985, pp. 543-555 (cité SPIRO, FS Neumayer)
- SPIRO KARL Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, 2 Bände, Stämpfli Berne 1975 (cité SPIRO I et SPIRO II)
- SPIRO KARL Verjährung und Hausgemeinschaft, in *Mélanges F.W. BOSCH*, Giesecking Bielefeld 1976, pp. 975-981 (cité SPIRO, FS Bosch)
- SPIRO KARL Welche Bedeutung haben Verhandlungen und Zwischenverfahren für den Lauf der Verjährung ?, in *Mélanges Assista*, Genève 1989, pp. 213-222 (cité SPIRO, *Mélanges Assista*)
- SPIRO KARL Zur neueren Geschichte des Satzes « Agere non valenti non currit praescriptio », in *Festschrift für HANS LEWALD*, Helbing & Lichtenhahn Bâle 1953, pp. 585-602 (cité SPIRO, FS Lewald)

- und Versicherungsrechtstagung, Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen 1997, pp. 143-161 (cité WESSNER, Prescription des actions)
- WEGMANN ALICE Verjährungsunterbrechende Wirkungen von Leistungen des Schuldners, die vom Gläubiger mit der Schuld verrechnet werden, in RSJ 58, pp. 229-231
- WYSS JEAN-ALBERT La péremption dans le Code civil suisse, thèse Lausanne 1957 (cité WYSS, thèse)
- WYSS JEAN-ALBERT Quelques problèmes de péremption et de prescription, in JT 1973 I, pp. 258-273 (cité WYSS, JT 1973)

B. Ouvrages et contributions de droit civil et de droit des obligations en général, y compris la responsabilité civile

- AEPLI VIKTOR Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen Art. 114-126, ZK, Band V/1h, Schulthess Zurich 1991
- BAUMANN MAX/DÜRR DAVID/
LIEBER VIKTOR/MARTI ARNOLD/
SCHNYDER BERNHARD Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Art. 1-7, ZK, Band I/1, Schulthess Zurich 1998
- BECKER HERMANN Obligationenrecht, allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, BK, Band VI/1, Stämpfli Berne 1941
- BECKER HERMANN Obligationenrecht, die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, BK, Band VI/2, Stämpfli Berne 1934
- BREHM ROLAND Das Obligationenrecht, Art. 41-61, BK, Band VI/1/3/1, 3^e édition, Stämpfli Berne 2006
- BUCHER EUGEN Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht ?, in RDS 102 II, pp. 251-383 (cité BUCHER, RDS 102 II)
- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e édition, Schulthess Zurich 1988 (cité BUCHER, AT)
- CARONI PIO Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Helbing & Lichtenhahn Bâle 1996
- DAEPPEN OSCAR/REYMOND CHARLES Le Code fédéral des obligations, interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral, Editions polygraphiques Zurich 1937
- DESCHENAUX HENRI Le Titre préliminaire du Code civil, in TPS, Tome II,1, Editions Universitaires Fribourg 1969 (édition allemande: Der Einleitungstitel, in SPR, Band II, Helbing & Lichtenhahn Bâle 1967)
- ENGEL PIERRE Contrats de droit suisse, 2^e édition, Stämpfli Berne 2000 (cité ENGEL, PS)

- ROSSEL VIRGILE Manuel du droit fédéral des obligations, tome premier, 4^e édition, Payot Lausanne/Genève 1920 (1^{re} édition 1892)
- SCHNEIDER ALBERT/FICK HEINRICH Das Schweizerische Obligationenrecht, 2^e édition augmentée, Schulthess Zurich 1891
- SCHWENZER INGEBORG Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e édition, Stämpfli Berne 2006
- TERCIER PIERRE Les contrats spéciaux, 3^e édition, Schulthess Zurich 2003 (cité TERCIER, PS)
- TERCIER PIERRE Droit des obligations, 3^e édition, Schulthess Zurich 2004 (cité TERCIER, PG)
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (éd.) Code des obligations I, CR, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2003
- VON BÜREN BRUNO Schweizerisches Obligationenrecht, allgemeiner Teil, Schulthess Zurich 1964 (cité VON BÜREN, AT)
- VON TUHR ANDREAS/
ESCHER ARNOLD Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schulthess Zurich 1974, Supplément 1984 (1^{re} édition de VON TUHR ANDREAS 1925, 2^e édition de VON TUHR ANDREAS/SIEGWART ALFRED, 1944)
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Schulthess Zurich 1974, Supplément 1984 (1^{re} édition de VON TUHR ANDREAS 1924, 2^e édition de VON TUHR ANDREAS/SIEGWART ALFRED, 1942)
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/
TSCHÄNI RUDOLF/
DAENIKER DANIEL (éd.) Fusionsgesetz, BSK, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2005
- WEBER ROLF H. Das Obligationenrecht, Art. 68-96, BK, Band VI/1/4, 2^e édition, Stämpfli Berne 2005
- WERRO FRANZ La responsabilité civile, Stämpfli Berne 2005
- WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000
- ZOBL DIETER Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887, BK, Band IV/2/5/1, Stämpfli Berne 1982

C. Ouvrages et contributions concernant le droit des assurances privées

- CARRÉ OLIVIER Loi fédérale sur le contrat d'assurance, édition annotée, Lausanne 2000

- CARRON BENOÎT La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Exposé systématique de jurisprudence, Editions universitaires Fribourg 1997
- GAUCH PETER Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig, in recht 1990, pp. 65-78
- GROLIMUND PASCAL Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, in REAS 2007, pp. 145-161
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM
PETER/SCHNYDER ANTON K. (éd.) Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), BSK, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2001
- KUHN MORITZ W./MÜLLER-STUDER
R. LUKA/ECKERT MARTIN K. Privatversicherungsrecht, 2^e édition, Schulthess Zurich 2002
- KUNZ MARKUS H. Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, thèse Berne 1970
- MAURER ALFRED Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e édition, Stämpfli Berne 1995
- OSTERTAG FRITZ/HIESTAND PAUL Versicherungsvertragsrecht, 2^e édition, Orell Füssli Zurich 1928
- ROELLI HANS/KELLER MAX Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Die allgemeinen Bestimmungen, 2^e édition, Wyss Bern 1968 (1^{re} édition de ROELLI 1914)
- SCHAER ROLAND Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten, thèse Berne 1972 (cité SCHAER, thèse)
- SCHAER ROLAND Modernes Versicherungsrecht, Stämpfli Berne 2007 (cité SCHAER, Modernes Versicherungsrecht)
- VIRET BERNARD Droit des assurances privées, 3^e édition, Zurich 1991

D. Ouvrages et contributions de droit étranger et international

- AMSTUTZ MARC/PICHONNAZ PASCAL/
PROBST THOMAS/WERRO FRANZ Droit privé européen, Directives choisies (édition bilingue), Stämpfli Berne 2005
- BANDRAC MONIQUE La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Economica Paris 1986
- BÉNABENT ALAIN Droit civil, Les obligations, 10^e édition, Montchrestien Paris 2005
- BONELL MICHAEL JOACHIM Limitation Periods, in Towards a European Civil Code, 3^e édition, Kluwer Nijmegen 2004, pp. 517-531

- BRUNNER CHRISTOPH UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Stämpfli Bern 2004
- BRUSCHI MARC La prescription en droit de la responsabilité civile, thèse Aix-Marseille, Economica Paris 1997
- BYDLINSKI PETER Grundzüge des Privatrechts, 6^e édition, Manz Vienne 2005 (cité BYDLINSKI P.)
- BYDLINSKI MICHAEL §§ 1451-1502 ABGB, in RUMMEL PETER (éd.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band/3. Teil, §§ 1342-1502, 3^e édition, Manz Vienne 2002 (cité BYDLINSKI M.)
- DANNEMANN GERHARD/KARATZENIS FOTIOS/THOMAS GEOFFREY Reform des Verjährungsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, in Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 55, pp. 697-733
- DEHN WILMA §§ 1478-1502 ABGB in KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER (éd.), ABGB-Kommentar, Springer Vienne 2005
- DITTRICH ROBERT/TADES HELMUTH Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Taschenkommentar, 21^e édition, Manz Vienne 2005 (cité DITTRICH/TADES, Taschenkommentar)
- DITTRICH ROBERT/TADES HELMUTH Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Manz Grosse Ausgabe der Österreichischen Gesetze, 35^e édition, Manz Vienne 1999 (cité DITTRICH/TADES, Grosse Gesetzesausgabe)
- GALGANO FRANCESCO Diritto civile e commerciale, volume quarto, 4^e édition, Cedam Milan 2004
- GANDOLFI GIUSEPPE Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier, édition de poche revue et corrigée par LUCILLA GATT, Giuffrè Milan 2004
- GHESTIN JACQUES/BILLIAU MARC/LOISEAU GRÉGOIRE Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence Paris 2005
- GIRSBERGER DANIEL Verjährung und Verwirkung im internationalen Obligationenrecht, thèse Zurich 1989 (cité GIRSBERGER D.)
- GROTHE HELMUT §§ 186-240 BGB, in FRANZ JÜRGEN SÄCKER (éd.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 1. Halbband: §§ 1-240 BGB, 5^e édition, C.H. Beck Munich 2006

- HAANAPPEL PETER/MACKAAY EJAN Nouveau code civil néerlandais, Le droit patrimonial (édition trilingue néerlandais-anglais-français), Kluwer Deventer 1990
- HAUG HENNER Die Neuregelung des Verjährungsrechts, Nomos Baden-Baden 1999
- HEINRICHS HELMUT §§ 1-307 BGB, in PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 66^e édition, C.H. Beck Munich 2007 (cité HEINRICHS, BGB)
- HEINRICHS HELMUT Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts, in Betriebs-Berater 2001, pp. 1417-1423 (cité HEINRICHS, Betriebsberater)
- HEUZÉ VINCENT La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Traité des contrats, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence Paris 2000
- HONDIUS EWOUT Das neue Niederländische Zivilgesetzbuch, Allgemeiner Teil, in AcP 191, pp. 378-395 (aussi publié in BYDLINSKI/MAYER-MALY/PICHLER (éd.), Renaissance der Idee der Kodifikation, Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992, Böhlau Vienne 1991, pp. 32-54)
- HONSELL HEINRICH Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung, in Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung, 26/1975, pp. 104-106 (cité HONSELL, Verzicht)
- JAUERNIG OTHMAR §§ 1-240 BGB, in JAUERNIG Bürgerliches Gesetzbuch, 11^e édition, C.H. Beck Munich 2004
- KOLLER THOMAS Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, in recht 2003, pp. 41-54 (cité KOLLER T.)
- KOZIOL HELMUT/WELSER RUDOLF/
KLETECKA ANDREAS Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 13^e édition, Manz Vienne 2006
- KRAPP THEA Die Abkommen der Vereinten Nationen über den Kauf und über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, in RDS 103 I, pp. 289-317
- LANDO OLE/CLIVE ERIC/PRÜM
ANDRÉ/ZIMMERMANN REINHARD Principles of European Contract Law, Part III, Prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer La Haye 2003

MADER PETER	Verjährung und aussergerichtliche Auseinandersetzung, in Juristische Blätter 108/1986, pp. 1-9
MAGNUS ULRICH	Wiener UN-Kaufrecht, in J. VON STAUDINGERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sellier – de Gruyter Berlin 2005
MALINVAUD PHILIPPE	Droit des obligations, 8 ^e édition, Litec Paris 2003
MANSEL HEINZ-PETER/ BUDZIKIEWICZ CHRISTINE	Das neue Verjährungsrecht, Deutscher Anwaltverlag Bonn 2002
MÜLLER-CHEN MARKUS	Übereinkommen über die Verjährung beim internationalen Warenkauf, in SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (éd.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CSIG-, 4 ^e édition, C.H. Beck Munich 2004
NIEPER FRANZ/ WESTERDIJK ARJEN	Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Kluwer La Haye 1996
O'HARE JOHN/BROWNE KEVIN	Civil Litigation, 12 ^e édition, Sweet & Maxwell Londres 2005
PETERS FRANK	§§ 194-218 BGB, in J. VON STAUDINGERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 164-240, Sellier – de Gruyter Berlin 2004
PIEKENBROCK ANDREAS	Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung, Mohr Siebeck Tubingue 2006
PRIME TERENCE/SCANLAN GARY	The Law of Limitation, 2 ^e édition, University Press Oxford 2001
RIESENHUBER KARL	System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, De Gruyter Berlin 2003
ROSELLI FEDERICO/VITUCCI PAOLO	La prescrizione et la decadenza, in Trattato di diritto privato 20, Tutela dei diritti, Tomo secondo, Diretto da PIETRO RESCIGNO, UTET Turin 1985
ROUHETTE GEORGES	Principes du droit européen du contrat, avec le concours de ISABELLE DE LAMBERTERIE, DENIS TALLON, CLAUDE WITZ, Société de législation comparée Paris 2003
SCHULZE REINER/ SCHULTE-NÖLKE HANS	Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, in Droit des contrats à l'aune du droit communautaire (édition trilingue), Bundesanzeiger Cologne 2002, pp. 11-20

- SOHM-BOURGEOIS ANNE-MARIE Prescription extinctive, in Dalloz, Répertoire de droit civil, Paris 2002
- STOLKER CAREL J.J.M. Art. 3:296-3:326, in NIEUWENHUIS/STOLKER/VALK (éd.), Burgerlijk Wetboek, Tekst & Commentaar, 5^e édition, Kluwer Deventer 2003
- TERRÉ FRANÇOIS/SIMLER PHILIPPE/
LEQUETTE YVES Droit civil, Les obligations, 9^e édition, Dalloz Paris 2005
- TROISI BRUNO Artt. 2934-2969, in PERLINGIERI PIETRO (éd.), Codice civile, Libro sesto, Della tutela dei diritti, Art. 2643-2969, Zanichelli Naples 1991
- VIEHBÖCK GÜNTHER (Kein) Verzicht auf die Einrede der Verjährung ? – oder: Ein fortgesetzter Irrtum verjährt nicht, in Österreichische Juristen Zeitung 53/1998, pp. 773-777
- VITUCCI PAOLO La prescrizione, Tomo primo, Artt. 2934-2940, in Il Codice Civile, Commentario, diretto da PIERO SCHLESINGER, Giuffrè Milan 1990
- VON TUHR ANDREAS Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, Duncker & Humblot Munich et Leipzig 1918 (cité VON TUHR, BGB)
- ZÖLLNER WOLFGANG Das neue Verjährungsrecht im deutschen BGB – Kritik eines verfehlten Regelungssystems, in Festschrift für HEINRICH HONSELL, Schulthess Zürich 2002, pp. 153-173
- ZUCKERMAN ADRIAN Civil Procedure, 2^e édition, Sweet & Maxwell Londres 2006

E. Autres ouvrages et contributions

- ADDORISIO DE FEO RANIERO Die Fälligkeit von Vertragsforderungen: eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertragsrecht, thèse Fribourg 2001 (cité ADDORISIO DE FEO, thèse)
- AMONN KURT/FRIDOLIN WALTHER Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7^e édition, Stämpfli Berne 2003
- AMOOS MIHAELA La théorie de l'abus de droit en relation avec les droits absolus: nullité absolue du titre de transfert immobilier, exercice tardif du droit, thèse Lausanne 2002
- AUGSBURGER-BUCHELI ISABELLE Genèse de l'article 2 du Code civil suisse, in WIDMER/COTTIER (éd.), Abus de droit et bonne foi, Editions universitaires Fribourg 1994, pp. 23-34
- BAUDENBACHER CARL Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im Schweizerischen Recht, in BAUDENBACHER/COESTER-WALTJEN/

- BÜHLER/STAUDER/SCHWAIBOLD, AGB – Eine Zwischenbilanz, WIV Saint-Gall 1991, pp. 17-65
- BROGGINI GERARDO L’abus de droit et le principe de la bonne foi, aspects historiques et comparatifs, in WIDMER/COTTIER (éd.), Abus de droit et bonne foi, Editions universitaires Fribourg 1994, pp. 3-21
- BRUNNER ALEXANDER Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der aktuellen schweizerischen Lehre und Praxis, in RDS 118 I, pp. 305-333
- BUGNON HUBERT L’action récursoire en matière de concours de responsabilité civile, thèse Fribourg 1982
- CORBOZ BERNARD La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, thèse Genève 1974
- DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/
JEANDIN NICOLAS (éd.) Poursuite et faillite, CR, Helbing & Lichtenhahn Bâle 2005
- DES GOUTTES RENÉ Cession et fusion des patrimoines et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, thèse Genève 1938
- FASEL URS Memoria Munzinger: zum privatrechtlichen Wirken WALTHER MUNZINGERS (1830-1873), thèse Berne 2001 (cité FASEL, thèse)
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/
MESSMER GEORG Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e édition, Schulthess Zurich 1997 (Ergänzungsband, Schulthess Zurich 2000)
- FAVRE-BULLE XAVIER Le rôle du principe de la bonne foi et de l’abus de droit dans le domaine des clauses abusives, in WIDMER/COTTIER (éd.), Abus de droit et bonne foi, Editions universitaires Fribourg 1994, pp. 139-179
- FROSSARD CLAUDE Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse, thèse Lausanne 1960
- GAUCH PETER Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-180, Schulthess Zurich 1991 (cité GAUCH, SIA-Kommentar)
- GAUCH PETER Le contrat d’entreprise, adaptation française par BENOÎT CARRON, Schulthess Zurich 1999 (cité GAUCH, Le contrat d’entreprise)
- GEHRER LEO R. Bauherr und Unternehmer – Herren des Bauvertrages, in ALFRED KOLLER (éd.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Vereinigung für Baurecht Saint-Gall 1994, pp. 179-212

- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Tomes I-IV (+ index), Payot Lausanne 1999-2003
- GRISEL ANDRÉ Traité de droit administratif, Tome I, Ides et Calendes Neuchâtel 1984
- GULDENER MAX Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e édition, Schulthess Zurich 1979
- HABSCHEID WALTHER J. Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2^e édition, Helbing & Lichtenhahn Bâle 1990
- HESS HANS-JOACHIM Kommentar zum Produkthaftungspflichtgesetz, 2^e édition, Haupt Berne 1996
- HONSELL HEINRICH Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, in Festschrift für THEO MAYER-MALY, Springer Vienne 1996, pp. 369-387 (cité HONSELL, FS Mayer-Maly)
- HÜNERWADEL PATRICK Der aussergerichtliche Vergleich, thèse Saint-Gall 1989
- HÜRLIMANN ROLAND Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, thèse Fribourg 1984
- HUWILER BRUNO La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), in WIDMER/COTTIER (éd.), Abus de droit et bonne foi, Editions universitaires Fribourg 1994, pp. 35-62
- JAEGER CARL/WALDER HANS U./
KULL THOMAS/KOTTMANN MARTIN Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4^e édition, Band I (Art. 1-158), Band III (Art. 293-352), Schulthess Zürich 1997/2001
- JAEGER CARL/WALDER HANS U./
KULL THOMAS Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 5^e édition, Art. 89-158, Schulthess Zurich 2006
- JAUN MANUEL Die teleologische Reduktion – ein trojanisches Pferd in der schweizerischen Methodenlehre, in RJB 137, pp. 21-80 (cité JAUN, RJB 137)
- JAUN MANUEL Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, thèse Berne 2001 (cité JAUN, thèse)
- KELLER ALFRED Das schweizerische Haftpflichtsystem aus der Sicht der Versicherer, in RSA 58, pp. 115-120 (cité KELLER, RSA 58)
- KOLLER ALFRED Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2^e édition, Schulthess Zurich 1995 (cité KOLLER, Nachbesserungsrecht)

- KRAMER ERNST A. AGB- und Konsumentenkaufvertragsrecht: das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz ?, in RDS 118 I, pp. 295-303 (cité KRAMER, RDS 118 I)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Fribourg 2003 (cité KRAUSKOPF, thèse)
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/
SIEGENTHALER THOMAS Der Rückgriff unter Baubeteiligten – eine Praxisänderung ?, in DC 2007, pp. 53-56
- KUHN MORITZ Was bedeutet die offene Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gemäss Art. 8 neu UWG für die schweizerische Versicherungswirtschaft ?, in RSA 55, pp. 275-287
- KUMMER MAX Grundriss des Zivilprozessrechts, 4^e édition, Stämpfli Berne 1984 (cité KUMMER, Zivilprozessrecht)
- LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/
KELLERHALS FRANZ/
STERCHI MARTIN Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^e édition, Stämpfli Berne 2000
- LÖRTSCHER THOMAS Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, thèse Zurich 1977
- L’HUIILLIER LAURENT La notion du droit formateur en droit privé suisse, thèse Genève 1947
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/
FORSTMOSER PETER Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^e édition, Stämpfli Berne 2007
- MÜLLER CHRISTOPH/
MADER MÉLANIE Kaufvertrags-, Werkvertrags- und Auftragsrecht, Entwicklungen 2006, Stämpfli Berne 2007
- MOOR PIERRE Droit administratif, volume I, 2^e édition, Stämpfli Berne 1994, volume II, 2^e édition, Stämpfli Berne 2002
- PELET JEAN La théorie dualiste de l’obligation et son application au droit suisse, thèse Lausanne 1937
- PETER HANSJÖRG Das bedingte Geschäft, Schulthess Zurich 1994 (cité PETER, Das bedingte Geschäft)
- PETER HANSJÖRG Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht, in AcP 200, pp. 149-191 (cité PETER, AcP 200)
- RUEDIN ROLAND Droit des sociétés, 2^e édition, Stämpfli Berne 2007

- SCHAFFHAUSER RENÉ/
ZELLWEGER JAKOB Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II: Haftpflicht und Versicherung, Stämpfli Berne 1988
- SCHMID HANS Die Schenkung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, thèse Zurich 1909 (cité SCHMID H.)
- SCHÖBI FELIX Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in RSA 68, pp. 292-295
- SCHUMACHER RAINER Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in GAUCH/TERCIER (éd.), Le droit de l'architecte, 3^e édition, Editions Universitaires Fribourg 1995, pp. 113-251
- SCHUMACHER RAINER/
RÜEGG ERICH Die Haftung des Grundstückverkäufers, in ALFRED KOLLER (éd.), Der Grundstückkauf, 2^e édition, Stämpfli Berne 2001, pp. 175-292
- SCHÖLL MICHAEL Die Konversion des Rechtsgeschäfts, thèse Bâle 2005
- SPIRO KARL Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden ?, in RJB 88, pp. 449-470 et 497-533 (cité SPIRO, übermässige Verpflichtungen)
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/
STAEHELIN DANIEL (éd.) Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bände I-III, BSK, Helbing & Lichtenhahn Bâle/Genève/Munich 1998, Ergänzungsband 2005
- STEIN PETER Revision Haftpflichtrecht, Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags, in RSA 64, pp. 289-349
- STIEFEL GOTTFRIED Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht, Thèse Zurich 1918
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8^e édition, Stämpfli Berne 2006
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH Zivilprozessrecht, 4^e édition, Schulthess Zurich 1996
- WESSNER PIERRE Les contrats d'adhésion: quelle protection pour la partie réputée la plus faible ?, in RDS 1986 I, pp. 161-193 (cité WESSNER, RDS 1986 I)
- WIDMER PIERRE Bonne foi et abus de droit, Principe ?-Protée ?-Panacée ?, Une tentative de synthèse impossible, in WIDMER/COTTIER (éd.), Abus de droit et bonne foi, Editions universitaires Fribourg 1994, pp. 343-351

ZELLER ERNST	Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot: Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art. 2 ZGB, thèse Zurich 1980
ZIMMERMANN HARRY	Kommentar des Schweizerischen Scheckrechts, Zurich 1964

Section 2 Jurisprudence publiée

Dans la liste qui suit et qui n'a aucune prétention à l'exhaustivité sont répertoriés les principaux arrêts de tribunaux suisses qui traitent du sujet du présent ouvrage. Les arrêts sont classés sous la rubrique qui en constitue l'objet principal.

A. Sur le sujet de la renonciation à la prescription (en cours ou acquise)

ATF 34 II 675 = SJ 1909 p. 209 = RSJ 6 p. 111 n°118

ATF 40 II 521

ATF 89 II 26

ATF 99 II 185 = Pra 62 Nr. 193

ATF 112 II 231 = SJ 1987 p. 33 = Pra 76 Nr. 65

ATF 115 II 456 = Pra 79 Nr. 189

ATF 127 III 421

ATF 132 III 226 = SJ 2006 p. 321 = Pra 95 Nr. 146

ATF 133 III 6 = SJ 2007 p. 281 = Pra 96 Nr. 104

BJM 1966 p. 27

BJM 1985 p. 314

JAAC 48.3

JAAC 61.90

JAAC 65.8

JAB 1997 p. 313

JAB 2002 p. 184

LGVE (Max) 1941 Nr.°13

Pra 14 Nr. 96

RBA IV n°93

RBA IV n°216

RBA VI n°184

RBA XV n°96

Rep. 1980 p. 73

RJB 48 p. 485 = RSJ 8 p. 373 n°96

RJB 74 p. 284

RJB 77 p. 565

RJB 133 p. 730

RJB 134 p. 583 = ATF 4C.9/1998

RJN 1984 p. 54

RJN 1999 p. 97

RSJ 15 p. 137 n°30

RSJ 75 p. 132 n°31

RTC VS 59 p. 168

RVJ 87 p. 253

SG GVP 1997 n°45

SJ 1887 p. 773
SJ 1947 p. 376
SJ 1959 p. 117 = RBA XI n°51
ZR 29 Nr. 115 p. 288
ZR 67 Nr. 23 p. 84

B. Sur le sujet des modifications conventionnelles

ATF 63 II 180
ATF 108 II 194 = Pra 71 Nr. 296
ATF 118 II 142
ATF 120 II 214
ATF 122 III 10
ATF 132 III 285 = SJ 2006 p. 390
BJM 1958 p. 280
BJM 1984 p. 297
mp 1987 p. 104
mp 1988 p. 56
PKG 1953 Nr. 18 p. 46 = RSJ 51 p. 212 n°118
Pra 78 Nr. 229
SJ 1909 p. 769
ZR 23 Nr. 44 p. 65
ZR 36 Nr. 84 p. 163
ZR 43 Nr. 210 p. 275

C. Sur le sujet des modifications conventionnelles en droit des assurances privées

ATF 12 598
ATF 16 783
ATF 21 851
ATF 22 599
ATF 25 II 416
ATF 32 II 649
ATF 48 II 284 = RBA V n°213
ATF 50 II 537 = RBA V n°208
ATF 60 II 445 = Pra 24 Nr. 24
BS APPH IV 1921-1925 p. 16
EPA 1973 p. 29
PJA 2002 p. 584 = ATF 5C.43/2001
R 8 n°69
RBA V n°209
RBA V n°212
RBA V n°214 = ZR 21 Nr. 144 p. 358
RBA V n°216
RBA V n°217
RBA VI n°185
RSJ 2 p. 261 n°77 = RSJ 3 p. 206 n°69
RVJ 74 p. 46
SJ 1901 p. 562
SJ 1999 p. 430

SJ 2001 p. 14
ZR 21 Nr. 143 p. 353

D. Sur le sujet de l'abus de droit en matière de prescription

Vu l'abondance de la jurisprudence dans ce domaine, ne sont ici mentionnés que les principaux arrêts cités.

ATF 64 II 284
ATF 69 II 102 = Pra 32 Nr. 67
ATF 83 II 93
ATF 89 II 256
ATF 113 II 264
ATF 124 II 543
ATF 128 III 201 = SJ 2002 p. 293
ATF 131 III 430
BJM 1955 p. 253
LGVE (Max) 1936 Nr. 463
LGVE (Max) 1973 Nr. 124
Pra 39 Nr. 104
RBA XII n°55
RBA XIII n°62
SJ 2003 p. 329

Section 3 Documents sur la procédure législative

A. Remarques préliminaires

1. Seuls les documents concernant l'ensemble ou une grande partie des divers projets sont ici mentionnés, par ordre chronologique. Les autres documents, en particulier les documents manuscrits ou tirés à part seront cités dans les notes de bas de page.
2. Le titre des documents est indiqué dans leur version française, si elle existe, sinon en allemand.
3. Pour les documents publiés dans la Feuille fédérale, la référence est également donnée pour la version allemande.
4. Les documents d'avant 1912 non publiés dans la Feuille fédérale sont en principe disponibles à la Juristische Bibliothek der Universität Bern (JBB) qui est relativement bien documentée à ce sujet. Leur cote est indiquée entre parenthèses. Certains textes allemands sont également accessibles chez FASEL, Materialien.
5. Les documents qui ne sont ni publiés dans la Feuille fédérale, ni disponibles à la JBB se trouvent aux Archives fédérales à Berne, Fonds 22 (« Justizwesen 1848-1915 », abrégé Arch. féd. E. 22, avec le numéro et le titre du volume).
6. Le Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse et les documents postérieurs à 1912 sont accessibles en principe dans les bibliothèques de droit ou, pour les plus récents, même publiés sur Internet.

B. Documents sur l'élaboration du Code fédéral des obligations

Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf von W. MUNZINGER (non traduit en français), projets de 1869 (JBB 8.100/46, manuscrit dont la date est contestée, le texte du projet de 1869 est le plus facilement accessible car imprimé chez FASEL, Materialien, pp. 513 ss) et de 1871 (premier projet, JBB 8.100/53, parfois aussi daté de 1870, voir à ce sujet FASEL, Materialien, p. 511 note de bas de page 32, et le texte chez FASEL, Materialien, pp. 555 ss)

Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change, Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission, 22-28.10.1869 et 06-13.10.1872, Partie générale, Berne mai 1876 (deuxième projet, Arch. féd. E. 22, volume 2060 « Entwurf 1875 [frz.] », en allemand JBB 8.100/38, imprimé en juillet 1875)

Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change, Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission, 16-21.05.1876 et 18.09-07.10.1876, Berne juillet 1877 (troisième projet, JBB 8.100/64, en allemand JBB 8.100/39)

Projet d'une Loi fédérale sur les Obligations, Partie générale, Décisions de la Commission de rédaction, 03-13.01.1878, Berne 1878 (édition bilingue, Arch. féd. E. 22, volume 2071 « Sitzung der Redaktionskommission vom 03.-13.01.1878 »)

Loi fédérale sur les obligations, Partie générale, Projet élaboré d'après les décisions prises par la Commission en septembre 1877 et en septembre/octobre 1878, Berne 1878 (quatrième projet, édition bilingue, JBB 8.100/48)

Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial, Projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative, Berne juillet 1879 (édition bilingue, JBB 8.100/43)

Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale du 27.11.1879 concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial (FF 1880 I 115-189, en allemand BBl 1880 I 149-232)

Loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, Observations et propositions des membres de la commission du Conseil des Etats, composée de MM. HOFFMANN, SAHLI, NAGEL, ESTOPPEY, HETTLINGEN, FISCHER, CORNAZ, WESSEL, RESPINI, STEHLIN et RIETER (document existant dans les deux langues, non daté, Arch. féd. E. 22, volume 2093 « Kommission des StR 1881 »; cette date de classification est une erreur, car le document a été établi dans les premiers mois de l'année 1880)

Rapport de la Commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 31.05.1880 (FF 1880 III 139-167, en allemand BBl 1880 III 149-179)

Rapport de la Commission du Conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, novembre 1880 (FF 1881 I 195-233, en allemand BBl 1881 I 153-193)

Code des obligations et de commerce, Propositions du Département fédéral de Justice et Police du 19.01.1881 présentées à la Commission du Conseil des Etats relativement aux décisions des deux Conseils des 18.06 et 18.12.1880 (Arch. féd. E. 22, volume 2096 « Akten der B'Vers. 16.11.1880-08.03.1881 »)

Code des obligations et de commerce (tableau synoptique des décisions prises par les Chambres fédérales lors des délibérations de 1880 et 1881, première et deuxième lectures du Conseil des Etats, première lecture du Conseil national, avec six annexes, texte non daté, probablement établi fin février 1881 pour la deuxième lecture du Conseil national; disponible

en français aux Arch. féd. E. 22, volume 2096 « Akten der B'Vers. 16.11.1880-08.03.1881 », en allemand JBB 8.100/4)

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le code des obligations, du 28.05.1881 (FF 1881 III 13-15, en allemand BBl 1881 III 6-9)

C. Documents sur l'élaboration du Code des obligations

Entwurf 1904 zum Obligationenrecht von Prof. EUGEN HUBER (JBB 8.100/56, n'existe qu'en allemand)

Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche, Für die Expertenkommission als Manuskript gedruckt, Berne 1904 (JBB 8.100/57, n'a probablement pas été traduit, aucune version français n'étant conservée aux Arch. féd. E. 22, volume 2106 « Akten der Expertenkommission für die Anpassung und Revision des OR und für die Einführungsbestimmungen zum ZGB »)

Protokoll der Expertenkommission für die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und für die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Langenthal 1904 (JBB 8.100/16)

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 03.03.1905 concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, droit des obligations et titre final (FF 1905 II 1-66, en allemand BBl 1905 II 1-76)

Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, Mai 1908/Oktobre 1908/März 1909 (JBB 8.100/15, les interventions des membres francophones de la commission sont en français au procès-verbal)

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 01.06.1909 concernant la revision du code des obligations, Supplément du message du 03.03.1905 (FF 1909 III 747-778, en allemand BBl 1909 III 725-756)

Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Kommission des Nationalrates 1909 (JBB 8.100/41, les interventions des membres francophones de la commission sont en français au procès-verbal)

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national, XIX^e année, 1909

Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Kommission des Ständerates 1910 (JBB 8.100/42, les interventions des membres francophones de la commission sont en français au procès-verbal)

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil des Etats, XX^e année, 1910

Rapport de la commission de rédaction du Droit des obligations à l'Assemblée fédérale, du 14.03.1911 (FF 1911 I 695-700, en allemand BBl 1911 I 845-850)

D. Documents concernant l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile

Rapport de la commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile au Chef du Département fédéral de justice et police, août 1991

Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile,
par PIERRE WIDMER et PIERRE WESSNER, Berne 2000

Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile,
classement des réponses à la procédure de consultation, 2004

Abréviations

a	ancien(ne)
Abs.	Absatz
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien du 01.06.1811 et les modifications subséquentes)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
al.	alinéa
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14.06.1881 = CFO
AP LRCiv	Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile
Arch. féd. E. 22	Archives fédérales, Fonds 22 (« Justizwesen 1848-1915 »)
Art. (art.)	article(s)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts = RO
AT	Allgemeiner Teil = PG
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil officiel (ou publication sur internet)
BBl	Bundesblatt = FF
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand dans sa version du 02.01.2002, Bundesgesetzblatt 2002 I 42-341, et les modifications subséquentes)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht
BO (CN/CE)	Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national/Conseil des Etats
BS APPH IV	Entscheidungen des Appellationsgerichts und der Gerichte erster Instanz des Kantons Basel-Stadt, Vierter Band
BSK	Basler Kommentar
BW	Burgerlijk Wetboek (Code civil néerlandais, livres 1-3 et 5-8, diverses dates d'entrée en vigueur)
c.	considérant
CC	Code civil suisse du 10.12.1907 (RS 210)
CCF	Code civil français du 21.03.1804 (et les modifications subséquentes)
CCI	Codice civile (Code civil italien du 16.03.1942 et les modifications subséquentes)
CEC	Code européen des contrats, avant-projet (abréviation inofficielle)
CF	Conseil fédéral
CFO	Code fédéral des obligations du 14.06.1881
ch.	chiffre
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.04.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (SR 0.221.211.1) = CVIM
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident (nouvellement désignée seulement par l'abréviation alémanique SUVA)
CO	Code des obligations du 30.03.1911 (RS 220)
CP	Code pénal suisse du 21.12.1937 (RS 311.0)
CPrVIM	Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New-York 14.06.1974 / Vienne 11.04.1980, abréviation inofficielle)

CR	Commentaire romand
CVIM	Convention des Nations Unies du 11.04.1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (conclue à Vienne, RS 0.221.211.1)
DC	Droit de la construction
éd.	éditeur(s)
EPA	Extraits des principaux arrêts rendus par les diverses sections du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
FS	Festschrift
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (SR 291) = LDIP
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JBB	Juristische Bibliothek der Universität Bern (Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Berne)
JT	Journal des Tribunaux
LA	Loi fédérale du 21.12.1948 sur l'aviation (RS 748.0)
LA1980	Limitation Act 1980 (loi anglaise sur la prescription, en vigueur depuis le 01.05.1981, et les modifications subséquentes)
LAAM	Loi fédérale du 03.02.1995 sur l'armée et l'administration militaire (RS 510.10)
LB	Loi fédérale du 08.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBI	Loi fédérale du 25.06.1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)
LCA	Loi fédérale du 02.04.1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	Loi fédérale du 19.12.1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LChP	Loi fédérale du 20.06.1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (RS 922.0)
LCR	Loi fédérale du 19.12.1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDIP	Loi fédérale du 18.12.1987 sur le droit international privé (RS 291)
LFAIE	Loi fédérale du 16.12.1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (RS 221.412.41)
LFus	Loi fédérale du 03.10.2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
LGG	Loi fédérale du 21.03.2003 sur l'application du génie génétique au domaine non humain (RS 814.91)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LICa	Loi fédérale du 23.06.2006 sur les installations à câbles transportant des personnes (RS 743.01)
LIE	Loi fédérale du 24.06.1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant (RS 734.0)
LITC	Loi fédérale du 04.10.1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (RS 746.1)
LNI	Loi fédérale du 03.10.1975 sur la navigation intérieure (RS 747.201)
LNM	Loi fédérale du 23.09.1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (RS 747.30)
LP	Loi fédérale du 11.04.1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)

LPCC	Loi fédérale du 23.06.2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
LPE	Loi fédérale du 07.10.1983 sur la protection de l'environnement (RS 814.01)
LRaP	Loi fédérale du 22.03.1991 sur la radioprotection (RS 814.50)
LRCF	Loi fédérale du 14.03.1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LRCN	Loi fédérale du 18.03.1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44)
LRespC	Loi fédérale du 28.03.1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de La Poste Suisse (RS 221.112.742)
LRFP	Loi fédérale du 18.06.1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944)
LSA	Loi fédérale du 17.12.2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
LTBC	Loi fédérale du 20.06.2003 sur le transfert international des biens culturels (RS 444.1)
LTP	Loi fédérale du 04.10.1985 sur les transports publics (RS 742.40)
LTV	Loi fédérale du 18.06.1993 sur le transport de voyageurs et les entreprises de transport par route (RS 744.10)
LVF	Loi fédérale du 18.06.1993 sur les voyages à forfait (RS 944.3)
mp	mietrechtspraxis
n	nouveau (nouvelle)
N	numéro de paragraphe (si aucune précision de l'auteur et de l'ouvrage n'est apportée, il s'agit d'un renvoi à un autre paragraphe du présent ouvrage)
n°	numéro
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht vom 30.03.1911 (SR 220) = CO
p. (pp.)	page(s)
PECL	Principles of European Contract Law (= Principes du droit européen du contrat)
PG	partie générale
PJA	Pratique Juridique Actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Pra	Die Praxis
PrHG	Bundesgesetz vom 18.06.1993 über die Produkthaftpflicht (SR 221.112.944) = LRFP
PS	partie spéciale
R	Revue de la jurisprudence en matière de droit civil fédéral
RBA	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance, recueil édité par l'Office fédéral des assurances privées
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales

RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSA	Revue Suisse d'Assurances
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RTC VS	Recueil des jugements du Tribunal cantonal du canton du Valais
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SchKG	Bundesgesetz vom 11.04.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1) = LP
SCSE	Loi fédérale du 19.12.2003 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (RS 943.03)
SG GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SJ	La Semaine Judiciaire
SPR	Schweizerisches Privatrecht = TPS
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts = RS
ss	et suivant(e)s
TF (TFA)	Tribunal fédéral (des assurances)
Tfin.	Titre final
TPS	Traité de droit privé suisse
Verj(ährungs)Übk	Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 14.06.1974 / 11.04.1980 über die Verjährung beim internationalen Warenkauf = CPrVIM
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Bundesgesetz vom 02.04.1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1) = LCA
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210) = CC
ZK	Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Introduction

*Ce temps, hélas ! embrasse tous les temps:
Qu'on le partage en jours, en heures, en moments,
Il n'en est point qu'il ne comprenne
Dans le fatal tribut; tous sont de son domaine.*

JEAN DE LA FONTAINE
(dans la fable La Mort et le
Mourant, tirée du Second
Recueil, 1678-1679)

Section 1 Lorsqu'il est question de temps

- 1 Rédiger un travail qui concerne la prescription extinctive nous amène à méditer sur la question du temps, cet élément irréversible avec lequel tous les êtres humains doivent composer. Cette réflexion nous confronte tôt ou tard à la pensée de notre propre finitude et nous incite à l'humilité.
- 2 Tout au long de l'Histoire, le caractère inexorable du temps a marqué et inspiré, parfois même obsédé les êtres humains. Une chose est certaine, c'est qu'il ne les a jamais laissés indifférents. Les réactions qu'il a suscitées sont très diverses, précisément dans les différentes disciplines du savoir ou de l'art. Le scientifique le considère comme un concept de la physique et peut ainsi l'intégrer à des équations; pour ce faire il se doit de le mesurer et de le diviser le plus précisément possible, son unité de base étant la seconde¹. L'économiste cherche à l'exploiter au mieux². Le philosophe s'efforce de le comprendre et de le définir, sans jamais vraiment y parvenir³. L'écrivain part à la recherche de celui qui est perdu et s'efforce de le retrouver⁴. Le poète chante les amours et la beauté sur lesquelles il n'a pas encore exercé sa terrible emprise⁵. Le théologien sait qu'il est appelé à le racheter⁶.
- 3 Et le juriste ? Son apport est nettement plus modeste. Peut-être parce qu'il sait que le fait de méditer sur le temps et sur les changements que le temps implique va inmanquablement l'amener à ressentir profondément les limites de l'intelligence humaine⁷. Il se borne donc à constater que le temps passe. Il applique, sauvegarde et parfois manque les délais que son législateur lui donne. Il procède à leur supputation en fonction des jours, mois et années, sans se préoccuper outre mesure des soucis des autres disciplines du savoir ou de l'art.
- 4 Si les êtres humains sont affectés, à des degrés différents, par le temps qui s'écoule, il n'en va pas forcément de même des droits subjectifs. Beaucoup d'entre eux ont une durée qui est en principe illimitée. La prescription extinctive dont nous préciserons la signification ultérieurement (voir N 12-51) est, par rapport à cette durée illimitée, une concession du législateur qui est basée sur une constatation que commande l'expérience de la vie: même les droits subjectifs peuvent vieillir. Ceci a conduit le législateur à permettre au juge, si le débiteur le lui demande, de dire que le droit du créancier a vieilli au point qu'il en a perdu sa vigueur.
- 5 Dans le présent travail, nous examinerons quelle latitude les parties ont d'influencer ce vieillissement, que ce soit en le retardant, en l'accélérant ou en faisant comme s'il n'était pas

¹ Elle correspond, selon la définition adoptée en 1967 par le Service international d'unités, à la durée de 9'192'631'770 périodes de la radiation correspondant à la transition entre les deux niveaux hyperfins de l'état fondamental de l'atome de césium 133. Cette définition a force de loi en Suisse depuis le 01.01.1978 en vertu de l'art. 3 de la Loi fédérale du 09.06.1977 sur la métrologie (RS 941.20) et est reprise par l'art. 5 de l'Ordonnance du 23.11.1994 sur les unités (RS 941.202).

² Selon le triste adage « *Time is Money* ».

³ A ce sujet, voir KLAUS KORNWACHS, *Logik der Zeit – Zeit der Logik, Eine Einführung in die Zeitphilosophie*, Lit Münster 2001, notamment pp. 334-335.

⁴ Ainsi, MARCEL PROUST (1871-1922), dans son oeuvre intitulée « A la recherche du temps perdu » et dont le dernier tome posthume, publié en 1927, porte pour titre « Le temps retrouvé ».

⁵ « Et des amours desquelles nous parlons, Quand serons morts, n'en sera plus nouvelle. Pour c'aimez-moi cependant qu'êtes belle », PIERRE DE RONSARD (1524-1585), dans son sonnet « Je vous envoie un bouquet... », Pièces retranchées des Amours de Marie (1555-1556).

⁶ EPÎTRE AUX EPHÉSIENS, chapitre 5, verset 16.

⁷ Voir la citation du mathématicien ALFRED NORTH NORBERT WHITEHEAD, dans KORNWACHS, cité en note de bas de page 3, p. 51.

survenu. En effet, le législateur permet aux individus d'exercer envers certains de leurs droits et obligations une faculté qui leur est ôtée pour leur propre existence: celle de disposer des effets du temps, voire même de les annuler.

- 6 Dans ce domaine, l'autonomie de la volonté⁸ des parties n'est toutefois pas sans bornes et il est bien que le législateur l'ait voulu ainsi. En ceci, il a sans doute imité Celui qui prête vie aux humains et qui ne leur a pas permis d'être souverains sur le temps qui leur est donné. Car laisser les parties jouer à outrance avec les effets du temps sur leurs existences ou sur leurs droits, ce serait un peu comme les laisser jouer à un jeu dangereux...

Section 2 Présentation et délimitation du sujet

- 7 Dans la pratique, les parties sont souvent appelées à prendre des dispositions concernant la prescription extinctive. Que ce soit au moment de la conclusion d'un contrat, par exemple pour fixer la durée du délai de prescription des actions en garantie, ou lorsqu'il s'agit de résoudre un litige, par exemple pour pouvoir le faire sans la pression du temps et sans avoir recours aux moyens de l'exécution forcée étatique. Le sujet que nous traitons a par conséquent une importance pratique non négligeable et nous nous efforcerons à la fois d'en étudier les bases théoriques et d'étoffer notre propos par des exemples. Notre étude de l'autonomie de la volonté des parties s'attachera principalement au droit civil suisse de la prescription extinctive. Nous ne nous pencherons donc pas sur les questions liées à la prescription acquisitive. Nous expliquerons les raisons de cette délimitation (N 47-48).
- 8 Nous consacrerons la première partie de notre travail à une présentation de la prescription en général, sans aucune prétention à l'exhaustivité. Il s'agira simplement de poser les fondements nécessaires à l'étude de notre sujet. Pour le reste, la doctrine est déjà suffisamment abondante sur la question de la prescription en général. La deuxième partie montrera les solutions adoptées par les législateurs étrangers et en droit matériel international. Cela nous permettra de prendre un peu de distance par rapport aux solutions du droit positif suisse et de puiser des points de comparaison ainsi que des enseignements utiles. Les troisième et quatrième parties constitueront le cœur du travail. Elles traiteront des modifications conventionnelles apportées à la prescription extinctive par les parties (tant concernant le régime général que les délais) et du cas particulier de la renonciation du débiteur à la prescription. La dernière partie sera, quant à elle, consacrée à une brève présentation de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile dans la mesure où il concerne notre sujet.

Section 3 Terminologie

- 9 Avant d'entamer notre étude, nous tenons à faire d'emblée deux précisions d'ordre terminologique qui nous accompagneront tout au long du travail et que nous aurons encore l'occasion de développer dans les parties et chapitres correspondants.
- 10 La première concerne la manière de désigner la modification conventionnelle apportée à la prescription en fonction du moment où elle intervient. Nous la qualifierons de modification originaire si elle est convenue avant que la prescription n'ait commencé à courir, de modification subséquente si elle est convenue alors que la prescription est en cours et de modification postérieure si elle est convenue après l'échéance du délai.

⁸ Concernant cette expression, voir N 476.

- 11 La deuxième concerne la renonciation à la prescription. Si elle intervient alors que le délai n'est pas encore échu, nous la désignerons comme renonciation à la prescription en cours. Si elle intervient après l'échéance du délai, nous la désignerons comme renonciation à la prescription acquise.

Première partie: la prescription en général en droit suisse

*Puisse cette œuvre d'union et d'entente faciliter les
rapports des particuliers entre eux et, en assurant le
règlement si difficile des intérêts privés, contribuer à
la prospérité de la patrie.*

JOSEF KUNTSCHE
(Président du Conseil national, à
l'occasion de la votation finale
concernant le Code des obligations
le 30.03.1911)

Chapitre I La notion de prescription

Section 1 Définition

A. Définition positive

- 12 D'un point de vue étymologique, le mot français « prescription » tire son origine du mot latin « *praescriptio* » dont les traductions possibles sont allégation, prétexte, excuse ou encore échappatoire⁹. Ces différentes significations sont intéressantes, car elles rendent dans le langage commun la fonction que la prescription joue dans notre système juridique.
- 13 Les lois, la doctrine et la jurisprudence donnent différentes définitions de la prescription. De la définition très simple à la définition dogmatique, la diversité est reine. Il ne nous est bien entendu pas possible de passer en revue toutes les définitions qui ont pu être avancées. Nous jugeons toutefois utile d'en donner un aperçu.
- 14 Il n'existe que peu de définitions légales et le droit suisse ne fait pas exception à cette constatation. A titre d'exemple, nous pouvons toutefois citer le Code civil français qui définit, à son article 2219, la prescription comme étant « un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi ».
- 15 Le Tribunal fédéral n'a jamais véritablement défini la prescription. Dans un arrêt de 1964, il a toutefois consacré quelque développement à la description de l'institution et en particulier relevé que la prescription empêchait, à l'écoulement d'un certain laps de temps, de poursuivre l'exécution des créances ordinaires que l'on n'a pas fait valoir (dans le texte original: « ..., dass gewöhnliche Forderungen, die nicht geltend gemacht werden, nach einer gewissen Zeit nicht mehr durchgesetzt werden können »¹⁰). C'est donc l'idée d'un empêchement à la poursuite d'un droit qui prédomine aux yeux du Tribunal fédéral.
- 16 Dans la doctrine suisse, la prescription est appréhendée de différentes manières. Elle est définie notamment comme:
- 17 – L'affaiblissement (« *Entkräftung* » ou « *Abschwächung* ») d'une créance par l'écoulement du temps¹¹.
 - 18 – La perte de la possibilité, suite à l'écoulement du temps, de faire valoir une créance (« *Unerzwingbarwerden* ») contre la volonté du débiteur¹².
 - 19 – L'extinction de l'obligation du fait de l'inaction des parties pendant un certain temps sous les conditions déterminées par la loi¹³ ou alors la sanction juridique de l'exercice ou du non exercice d'un droit pendant un certain temps¹⁴.

⁹ FÉLIX GAFFIOT, Dictionnaire abrégé Latin-Français illustré, Paris 1936.

¹⁰ ATF 90 II 428, 437.

¹¹ DÄPPEN, BSK, Vorbem. zu OR 127-142 N 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3455; SCHWANDER, thèse, pp. 1-2; SCHWENZER, N 83.01.

¹² VON TUHR/ESCHER, p. 211; dans le même sens: GRÄMIGER, p. 2; TERCIER, PG, N 1424.

¹³ ENGEL, PG, p. 796; BECKER, BK, Vorbem. zu OR 127-142 N 1; BLUMENSTEIN, p. 80; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 1; dans le même sens (par référence à la doctrine française): CAPITAINE, p. 19.

¹⁴ HIESTAND, p. 1.

- 20 – L’extinction d’une créance par suite du défaut de survenance, pendant un laps de temps déterminé, de faits que le législateur a posé comme conditions à l’existence durable de la créance¹⁵.
- 21 – L’écoulement du temps et en même temps la conséquence de cet écoulement¹⁶.
- 22 – La présomption que le créancier est désintéressé lorsque son inaction a duré un certain temps¹⁷.
- 23 – Le motif de la suppression, de la réduction ou de l’affaiblissement d’une créance résultant d’un droit privé subjectif¹⁸.
- 24 – L’institution qui permet de paralyser le droit d’action lié à une créance par suite de l’écoulement du temps¹⁹.
- 25 Tout comme la loi et la jurisprudence, une partie de la doctrine se refuse à donner une définition abstraite de la prescription et se borne à renvoyer à des considérations d’ordre général voire philosophique et éthique et à l’arrêt topique susmentionné²⁰ (voir N 15).
- 26 A l’inverse, nous ne pouvons taire la définition dogmatique donnée par OESCH en 1934:
- 27 « Un droit est prescrit lorsque, – pendant un laps de temps fixé par la loi et non prorogé par l’existence d’un état de fait s’opposant à l’exercice du droit – son non-exercice par le sujet actif du rapport de droit et sa non-reconnaissance par le sujet passif ont réalisé, au profit de ce dernier, les conditions l’autorisant à manifester sa volonté de se soustraire à l’emprise du sujet actif, et même à se substituer à lui, si la nature du droit le permet, par une exception dont la fin est la réalisation d’une œuvre de pacification sociale indispensable au bon fonctionnement de la justice²¹. »
- 28 Nous n’avons pas la prétention de vouloir et pouvoir trancher en faveur de l’une de ces définitions. Par ailleurs, le choix de la définition théoriquement ou dogmatiquement appropriée n’est pas une nécessité au regard du but que nous nous sommes fixé.
- 29 Dans l’optique du présent travail, il nous semble important de simplement retenir les éléments suivants concernant l’institution de la prescription: elle est une exception que le débiteur peut opposer à la poursuite de l’exécution de son droit par le créancier après l’écoulement d’un certain laps de temps, sans pour autant détruire ce droit. Cette définition appelle les précisions suivantes:

a) *Exception*

- 30 Que faut-il comprendre par exception (« *Einrede* » et non « *Einwendung* ») ?
- 31 – L’exception au sens technique est un droit. La doctrine désigne l’exception de prescription comme un droit formateur péremptoire (« *rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht* ») de nature particulière²² ou un droit analogue à un droit formateur²³.

¹⁵ NABHOLZ, p. 50.

¹⁶ VON BÜREN, AT, p. 421.

¹⁷ JACOTTET, p. 109; ROSSEL, p. 188.

¹⁸ SPIRO I, p. 2.

¹⁹ PICHONNAZ, La prescription de l’action en dommages-intérêts, p. 72.

²⁰ BUCHER, AT, pp. 444-445; GUHL/KOLLER, § 39 N 1; KELLER II, p. 248.

²¹ OESCH, p. 122; définition reprise par THALMANN, pp. 19-20.

²² BUCHER, AT, p. 38; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 76 et 3552. *Contra*: ENGEL, PG, pp. 30 et 35.

²³ KOLLER, AT, p. 19; L’HUILIER, pp. 88-96; PELET, p. 166; VON TUHR/PETER, p. 27.

- 32 – L'exercice de ce droit se fait par une manifestation de volonté unilatérale, soit à l'encontre du créancier, soit en justice.
- 33 – L'exception étant un droit formateur, son titulaire a la faculté d'y renoncer²⁴.

b) Ecoulement d'un certain laps de temps

- 34 Celui-ci est très variable et fixé en principe par la loi. Il n'est pas immuable, les parties ont parfois la faculté de le modifier. Le laps de temps est exprimé dans la loi par un délai (« *Frist = Zeitraum* »), par opposition à la référence à un moment futur précis, à savoir un terme (« *Termin = Zeitpunkt* »).

c) Droit intact

- 35 L'exception de prescription emporte le droit de refuser l'exécution d'une obligation, sans toutefois détruire le droit à la prestation que la partie adverse fait valoir, qui, de par sa nature, est perpétuel. Ainsi comprise, la prescription ne fait donc qu'affaiblir la partie active de l'obligation.

d) Terminologie

- 36 Il faut encore relever que le mot prescription est utilisé dans plusieurs sens différents. Il désigne tout d'abord l'institution de la prescription telle qu'elle est réglementée par le droit positif. Il désigne également la situation juridique telle qu'elle se produit après l'écoulement du laps de temps, à savoir la prescription acquise et donc l'exception de prescription. Finalement, dans l'expression « la prescription court », ce mot désigne aussi l'écoulement du temps²⁵.

B. Définition négative

- 37 La prescription ne doit pas être confondue avec d'autres institutions de l'ordre juridique qui s'en rapprochent. La distinction n'est pas toujours aisée. Elle nous sera néanmoins utile au moment où nous aurons à nous pencher sur l'admissibilité de certaines clauses.

a) Distinction entre la prescription et la péremption (« *Verwirkung* »)

- 38 La péremption ou déchéance (ou encore forclusion²⁶) est la perte (« *Verlust, Untergang* ») d'un droit²⁷, par le fait qu'un acte nécessaire à son maintien n'a pas été accompli²⁸. La perte est définitive, il ne s'agit pas que d'un affaiblissement. La péremption est une objection prise en compte d'office (voir N 292 et 304-307). Elle peut se présenter sous deux formes principales, légale et conventionnelle, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir plus en détail (N 285-307 et 554-660).

²⁴ VON TUHR/PETER, p. 29.

²⁵ Sur ces questions de terminologie, voir BERTI, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 3. Voir aussi RUTZ, pp. 435-436.

²⁶ ATF 123 III 86.

²⁷ SPIRO II, p. 911.

²⁸ CHAPPUIS, p. 108; ENGEL, PG, p. 798; VON BÜREN, RSJ 45, pp. 370-371.

b) Distinction entre la prescription et le délai fatal ou délai préfix (« Befristung, Fatafrist »)

- 39 Le délai fatal (parfois également désigné comme terme²⁹) est celui qui limite la durée des droits et obligations³⁰. A l'échéance du délai, le droit n'est pas perdu comme s'il y avait péremption, il s'éteint (« es erlischt »)³¹. A cet égard, le comportement de son titulaire est sans importance³² et ne peut influencer l'extinction du droit. Le délai fatal peut être soit prévu par la loi, soit stipulé par un acte juridique. A l'inverse de la prescription (N 91-96), il ne touche pas que les créances.
- 40 En raison des nombreux cas de figure qui sont usuellement attribués à cette catégorie de délais, il n'est pas possible de développer des règles matérielles valables de manière générale³³. Nous nous limitons à donner quelques exemples des formes que peut prendre le délai fatal pour illustrer les propos ci-dessus:
- 41 – La loi définit parfois de manière précise la durée que peut avoir un droit subjectif, comme, par exemple dans le domaine de la propriété intellectuelle, les brevets d'invention, les droits d'auteurs et la protection des dessins et modèles industriels.
- 42 – La loi peut aussi simplement se borner à fixer une durée maximale d'un droit, à laquelle les parties ont la possibilité de déroger, comme par exemple pour les droits d'emption, de préemption et de réméré en matière immobilière (article 216a CO) ou encore pour le cautionnement (article 509 alinéas 3 et 5 CO). L'éventuelle durée inférieure convenue par les parties est alors un délai fatal contractuel.
- 43 – Le délai fatal contractuel peut également être stipulé sous la forme d'un terme subsidiaire, auquel est liée l'obligation du débiteur en plus d'un événement dont le terme est incertain (par exemple le décès d'une partie ou d'un tiers).
- 44 *Exemple: le débiteur s'engage à une prestation périodique en faveur du créancier en principe jusqu'au décès de ce dernier, mais en tous cas pas au-delà d'une date déterminée*³⁴.
- 45 Dans les exemples précités, le délai fatal touche des droits subjectifs d'un seul titulaire. Il est toutefois tout à fait possible de concevoir qu'un tel délai soit stipulé pour un rapport d'obligations (« Schuldverhältnis »). Ce sont alors les droits et obligations des deux parties qui sont limités dans le temps, comme par exemple pour un contrat de bail, de travail ou de livraisons périodiques. Lorsque les parties ne prévoient pas de délai fatal, la loi instaure parfois des délais de résiliation pour permettre à la partie qui le souhaite de se libérer. Elle fixe d'ailleurs une règle générale à la durée des engagements par le biais de l'article 27 CC (voir aussi N 760).
- 46 Le délai fatal a pour but de limiter dans le temps l'engagement (« Bindung ») d'une ou des deux parties ou éventuellement un droit subjectif conféré par l'ordre juridique. Il n'a donc pas pour fin de remplacer la prescription ou la péremption, desquelles il est indépendant³⁵. Si le titulaire d'un brevet d'invention omet de procéder aux formalités nécessaires à son renouvellement dans le délai fixé par la loi, son droit sera touché par la péremption, indépen-

²⁹ PÉTERMANN, pp. 301-302.

³⁰ BECKER, BK, Vorbem. zu OR 127-142 N 2; THALMANN, p. 37; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 8.

³¹ THALMANN, p. 38.

³² BLUMENSTEIN, p. 76.

³³ Pour plus de détails, voir SPIRO II, pp. 1147 ss, en particulier 1150.

³⁴ Exemple analogue chez SPIRO II, p. 1154.

³⁵ A ce sujet, voir ZR 36 Nr. 84 p. 163, 164 (Tribunal de commerce de Zurich).

damment du délai fatal. Si le débiteur d'une rente à verser périodiquement est tenu à son paiement jusqu'à un délai fatal, la survenance de ce dernier n'emporte pas prescription des tranches qui seraient demeurées impayées.

c) Distinction entre la prescription extinctive et la prescription acquisitive (« *Ersitzung* »)

47 Bien que le but des deux institutions soit identique (faire d'une situation de fait une situation de droit) et que le moyen d'atteindre le but soit similaire (inactivité pendant un certain laps de temps), l'état de fait (« *Tatbestand* ») visé est différent: la prescription extinctive touche à l'existence d'une composante d'un droit (le droit d'action qui est rattaché à la créance), tandis que la prescription acquisitive fait passer un droit (qui ne s'affaiblit pas) à un autre titulaire³⁶.

48 Le présent travail ne traitera pas de la prescription acquisitive, mais étant donné qu'elle est susceptible de suspension et d'interruption comme la prescription extinctive (articles 663 et 728 alinéa 3 CC), la renonciation doit également être possible, bien que difficilement envisageable en pratique. Les développements du présent travail pourraient donc s'avérer applicables par analogie à la prescription acquisitive. Au vu du faible enjeu pratique, nous renonçons toutefois à en étudier les implications.

d) Distinction entre la prescription et l'obligation conditionnelle (« *Bedingung* »)

49 Le contrat conditionnel est celui qui est lié à un événement incertain (articles 151 et 154 CO). Cet événement doit être objectivement incertain et, par conséquent, futur³⁷. La condition peut être suspensive ou résolutoire. En cas de stipulation d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement, tandis que la condition suspensive ne fait naître l'obligation que lors de son accomplissement. La différence entre les deux types de conditions n'est pas très nette³⁸ et réside principalement dans l'affirmation ou non d'un effet rétroactif de la condition³⁹ (articles 151 alinéa 2 et 154 alinéa 2 CO). La condition peut toucher soit le rapport d'obligations (« *Schuldverhältnis* ») soit seulement une créance (ou une partie d'une créance)⁴⁰.

50 La condition peut présenter certaines analogies avec la prescription ou la péremption, en particulier lorsqu'elle est formulée comme condition résolutoire. Nous reviendrons plus en détail sur la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre condition résolutoire et clause de péremption (voir N 558-564). La condition se rapproche également du délai fatal (N 39-46), étant donné qu'elle met fin à l'engagement d'une ou des deux parties. Le délai fatal touche toutefois des obligations inconditionnelles. Notons que la condition peut elle-même être soumise à un tel délai fatal⁴¹.

51 *Exemple: une personne est engagée comme surveillante d'un télési par une société de remontées mécaniques pour les deux dernières semaines du mois de décembre, à condition qu'il neige avant le 15.12.*

³⁶ MENGIARDI, pp. 25-32; SPIRO II, pp. 1357 ss.

³⁷ ATF 122 III 10, 15-16; PETER, Das bedingte Geschäft, pp. 196-200 et les références citées.

³⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 4197-4199.

³⁹ PETER, Das bedingte Geschäft, p. 201 note de bas de page 33.

⁴⁰ VON TUHR/ESCHER, p. 255.

⁴¹ SPIRO II, pp. 1157-1159.

Section 2 Les buts et le fondement des règles sur la prescription

- 52 La prescription est une institution incontestée en tant que telle, même si la durée de ses délais donne parfois matière à discussion. On peut se demander s'il est utile d'étudier la *ratio legis* d'une institution incontestée. Nous ne le ferons que dans la mesure où cela nous aidera par la suite dans l'interprétation téléologique des règles légales. Il est à noter que la doctrine distingue traditionnellement entre le(s) but(s) (« *Zweck* ») et le fondement (« *Rechtfertigung, Begründung* ») de la prescription.

A. Les buts incontestés de la prescription

- 53 Un large consensus existe pour dire que la prescription remplit un but d'intérêt public en droit suisse (pour plus de détails, voir N 63-67). Elle permet d'élever des relations de fait en relations de droit⁴². La doctrine semble d'accord sur au moins deux objectifs principaux de la prescription:

a) Protection du débiteur contre des prétentions indues

- 54 La prescription est une protection contre des prétentions se rapportant à des rapports juridiques anciens et vise dans cette optique à empêcher de sempiternels procès. Dans le même ordre d'idée, elle évite au débiteur de devoir rapporter la difficile ou impossible preuve de l'exécution d'obligations anciennes⁴³. Dans ce sens, la prescription joue le rôle d'un moyen de preuve supplétif (« *Beweisersatz* »).

b) Protection du débiteur contre des prétentions inconnues, inattendues ou redoutées

- 55 Le débiteur n'a parfois pas connaissance de prétentions qui existent contre lui ou alors ne s'attend pas à ce que le créancier les fasse valoir ou encore redoute d'être recherché⁴⁴. La doctrine est d'avis que la loi doit, à l'écoulement d'un certain temps, accorder sa protection au débiteur aussi dans ces cas⁴⁵, car il table sur un *statu quo* durable⁴⁶. La prescription évite aussi de reporter des dettes sur les générations futures. Ces considérations nous permettent de préciser ici que la bonne foi n'est pas une condition de la prescription extinctive⁴⁷.

B. Des buts inavoués ?

- 56 En plus des buts déjà mentionnés, la doctrine a dégagé d'autres buts, qui ne font toutefois pas l'unanimité.

a) Incitation pour le créancier à faire valoir ses prétentions

- 57 Pour d'autres, le législateur aurait établi les règles sur la prescription dans le but d'inciter tout créancier à faire valoir rapidement ses prétentions, sous la menace de la perte de ses

⁴² GRÄMIGER, p. 1.

⁴³ ATF 90 II 428, 437-438; BUCHER, AT, p. 444; CAPITAINE, p. 22 (par référence à la doctrine française); GUHL/KOLLER, § 39 N 1; NABHOLZ, p. 30; SCHWANDER, thèse, p. 2; SPIRO I, pp. 8 ss.

⁴⁴ Voir les exemples chez SPIRO I, pp. 12-17.

⁴⁵ SCHWANDER, thèse, pp. 2-3; SPIRO I, pp. 11-17.

⁴⁶ PIEKENBROCK, pp. 359 et 501.

⁴⁷ ATF 83 II 93, 101; VON TUHR/ESCHER, p. 221.

droits, afin d'assurer un prompt déroulement de la vie des affaires⁴⁸. SPIRO n'y voit pas un but, mais simplement un effet, pas indésirable, de la prescription⁴⁹.

b) Punition du créancier

58 Dans ce même ordre d'idée, la pensée a été formulée, dans la doctrine plutôt ancienne⁵⁰, que la prescription constituerait une forme de punition pour le créancier non diligent dans ses affaires. Dans son message relatif au projet de Code fédéral des obligations, le Conseil fédéral y faisait d'ailleurs expressément allusion⁵¹. Cette *ratio legis* est aujourd'hui largement rejetée par la doctrine⁵².

c) Eviter la surcharge des tribunaux

59 Pour bon nombre d'auteurs, le législateur aurait édicté les règles sur la prescription notamment en vue de décharger les tribunaux de litiges indésirables et caractérisés par une administration des preuves difficile, les faits étant anciens⁵³. Cette thèse, que confirme le message du Conseil fédéral relatif au projet de Code fédéral des obligations⁵⁴, est toutefois rejetée par certains auteurs, en précisant qu'une institution de droit privé ne saurait avoir pour rôle de restreindre l'accès aux tribunaux⁵⁵ et que sa réglementation n'est pas pensée pour remplir cette fonction⁵⁶.

C. Le fondement de la prescription

60 Le fondement de la prescription n'est pas juridique⁵⁷. En effet, la prescription n'est pas inhérente au droit privé. Elle n'est pas indissociable de la notion de créance à laquelle elle se rattache et ne découle pas des principes généraux du droit. Elle n'a fait son apparition que petit à petit en droit romain et s'est ensuite généralisée dans les codifications modernes⁵⁸.

61 La doctrine moderne a cherché à donner des fondements de différents ordres à la prescription: psychologique⁵⁹, de politique juridique⁶⁰, de politique économique⁶¹, de considérations liées à la vie pratique⁶², d'intérêt social⁶³.

⁴⁸ BREHM, BK, OR 60 N 4; CAPITAINE, p. 25 (avec des références à d'autres auteurs); GRÄMIGER, p. 1; GUHL/KOLLER, § 39 N 1; NABHOLZ, p. 31; OESCH, p. 8; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 3; PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, pp. 77-78; REY, N 1586; THALMANN, p. 24; dans le même sens déjà: HIESTAND, pp. 4-5.

⁴⁹ SPIRO I, pp. 20-21.

⁵⁰ BECKER, BK, Vorbem. zu OR 127-142 N 7 *in fine*; MARTIN, p. 186; ROSSEL, p. 188; plus récemment encore: WYSS, thèse, p. 49.

⁵¹ Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 160.

⁵² Par exemple HIESTAND, p. 6; NABHOLZ, p. 33; THALMANN, p. 25.

⁵³ HIESTAND, p. 5; THALMANN, pp. 24-25.

⁵⁴ Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 160.

⁵⁵ NABHOLZ, p. 31.

⁵⁶ SPIRO I, pp. 21-22.

⁵⁷ BUCHER, AT, p. 445.

⁵⁸ Pour plus de détails historiques, voir HIESTAND, pp. 8-24; PIEKENBROCK, pp. 61-82.

⁵⁹ GRÄMIGER, p. 1; OESCH, pp. 9-12.

⁶⁰ BUCHER, AT, pp. 444-445.

⁶¹ THALMANN, p. 24.

⁶² OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 3; SCHWANDER, thèse, p. 2.

⁶³ CAPITAINE, p. 21.

- 62 De ces considérations, qui ont sans doute toutes une part de vérité, on peut déduire les deux principales raisons qui rendent les règles sur la prescription nécessaires. La prescription est tout d'abord un instrument de paix sociale⁶⁴ (« *Rechtsfrieden* »): les possibilités d'exiger l'exécution des obligations doivent être limitées dans le temps, afin d'éviter des litiges sans fin, et le nombre des individus endettés doit rester aussi restreint que possible. La prescription est ensuite l'alliée de la sécurité du droit⁶⁵ (« *Rechtssicherheit* »): elle permet de mettre fin à l'incertitude qui peut naître de rapports juridiques peu clairs, inexécutés voire inconnus.

D. Intérêt public ou intérêts privés ?

- 63 La prescription est une institution incontestée et indispensable. Toutefois, la question de savoir si elle répond à un intérêt public ou seulement à des intérêts privés est discutée. SPIRO est d'avis que les règles sur la prescription ne traduisent pas un intérêt direct et propre de la collectivité publique et que de parler d'intérêt public peut ainsi prêter à confusion⁶⁶. KESSLER et TSCHÜTSCHER pensent que la prescription n'est pas du tout d'intérêt public et que son rôle se cantonne à la protection exclusive d'intérêts privés⁶⁷.
- 64 Cette dernière opinion nous paraît trop extrême. Certes, l'application des critères traditionnels de distinction entre le droit privé et le droit public (en particulier les critères des sujets et de la subordination)⁶⁸ montre que le droit de la prescription ne fait pas partie du droit public. La prescription n'appartient pas davantage à l'ordre public suisse⁶⁹ (voir toutefois N 269).
- 65 Cependant, la notion d'intérêt public ne se confond pas avec celle de droit public ou d'ordre public. Selon le Tribunal fédéral, l'intérêt public est un concept juridique indéterminé qui varie dans le temps et l'espace⁷⁰. Il possède bien entendu une composante politique. GRISEL le définit comme un intérêt considérable qui touche un grand nombre de personnes et que ces dernières ne peuvent ou ne veulent satisfaire par leurs propres moyens⁷¹. A notre avis, le maintien de la paix sociale et la garantie de la sécurité du droit dépassent le cadre d'une relation entre parties et obéissent à un intérêt considérable et d'un grand nombre de personnes. A l'évidence, il ne serait pas toujours possible pour les particuliers de réaliser cet intérêt par eux-mêmes, notamment lorsqu'ils ne sont pas en position de force pour imposer une telle clause au cours de pourparlers contractuels ou lors d'une conclusion par adhésion à des conditions générales. En conséquence, nous en déduisons que les règles sur la prescription répondent bel et bien à un intérêt public.
- 66 Cet avis correspond à la volonté du législateur⁷², à l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral⁷³ et à l'opinion de la majorité de la doctrine⁷⁴. Nous nous permettons ici de relever que

64 Par exemple OESCH, pp. 7-8; voir aussi Message CF 08.05.1991 concernant la révision de la LP, FF 1991 III 1, 120.

65 Par exemple HIESTAND, pp. 4-5; SCHWANDER, thèse, p. 2.

66 SPIRO I, pp. 23-24; dans le même sens: BREHM, BK, OR 60 N 4a.

67 KESSLER, p. 34; TSCHÜTSCHER, thèse, pp. 14-15. Voir aussi déjà BLUMENSTEIN, p. 90. Dans ce sens également, mais plus nuancé: PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 119; PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, pp. 76-77.

68 GRISEL I, pp. 106-110.

69 KELLER/GIRSBERGER, ZK, IPRG 148 N 30-31.

70 ATF 94 Ia 127, 134-135.

71 GRISEL I, p. 339.

72 Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 153-155. Voir aussi WIDMER/WESSNER, p. 206.

73 ATF 90 II 428, 437. Voir l'opinion inverse exprimée dans l'ATF 133 III 6, 28.

74 Expressément: BECKER, BK, Vorbem. zu OR 127-142 N 7; DÄPPEN, BSK, Vorbem. zu OR 127-142 N 1; CAPITAIN, pp. 21-23; ENGEL, PG, p. 797; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY,

les intérêts que le législateur cherche à défendre au moyen des règles sur la prescription n'ont pas fondamentalement changé depuis que le Code des obligations a été édicté. Nous en voulons pour preuve la suppression de l'imprescriptibilité des créances constatées par des actes de défaut de biens et l'introduction d'un délai de prescription de 20 ans (articles 149a alinéa 1 et 265 alinéa 2 LP, en vigueur depuis le 01.01.1997). Dans son message relatif à la révision de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, le Conseil fédéral est même allé jusqu'à désigner l'imprescriptibilité dans cette matière comme « vestige du siècle passé » qui « porte atteinte à la paix juridique »⁷⁵.

- 67 Une conséquence de l'intérêt public qui est à la base des règles sur la prescription est la limitation par le législateur de l'autonomie de la volonté en cette matière (N 531-536).

Section 3 La prescription dans l'ordre juridique

A. Le principe de la légalité

- 68 Il peut paraître étrange de consacrer quelque développement à ce principe au moment d'étudier une institution de droit privé. En effet, le droit civil suisse, par l'article 1 CC, admet expressément que la loi ne peut tout régler. A la lumière de cette disposition, il apparaît que ce n'est pas la loi mais l'ordre juridique qui est exempt de lacune⁷⁶. Cela implique que le juge a souvent à trancher en l'absence de règle écrite.
- 69 Toutefois, selon BUCHER, le caractère exceptionnel et arbitraire de la prescription exige une base légale claire pour chaque cas de prescription. Cela justifie selon lui d'appliquer le principe « *in dubio contra prescriptione* »⁷⁷.
- 70 Cette opinion, bien que compréhensible, semble ne pas être partagée par le reste de la doctrine, qui n'exclut ni une interprétation extensive ni une application par analogie des règles sur la prescription⁷⁸. Le droit suisse est même caractérisé de « *verjährungsfreundlich* » par d'aucuns.
- 71 Par ailleurs, le Tribunal fédéral lui-même admet que la prescription peut intervenir même en l'absence de base légale expresse⁷⁹. Sur la base de cette jurisprudence, la doctrine du droit administratif désigne la prescription comme une « institution générale du droit »⁸⁰. En droit

N 3465; GUHL/KOLLER, § 39 N 1; HOLZER, pp. 17-19; KUNZ, p. 163; MEUWLY, thèse, p. 203; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 1; VON TUHR/ESCHER, p. 211; WYSS, thèse, p. 18. Dans le même sens: BUCHER, AT, pp. 444-445; KELLER II, pp. 248-249; REY, N 1587; SCHWENZER, N 83.06; TERCIER, PG, N 1427; VOSER, pp. 122-124.

75 Message CF 08.05.1991 concernant la révision de la LP, FF 1991 III 1, 121.

76 A ce sujet, voir CARONI, pp. 61-62; voir aussi EUGEN HUBER, Code civil Suisse, Exposé des motifs de l'avant-projet, Tome premier, Berne 1901, pp. 29-32.

77 BUCHER, AT, p. 445; BUCHER, RDS 102 II, p. 339; BUCHER, Verjährung, p. 186.

78 Voir par exemple SPIRO I, pp. 30-31; DÄPPEN, BSK, Vorbem. zu OR 127-142 N 2.

79 ATF 124 II 543, 550; ATF 124 I 247, 251; ATF 122 II 26, 32; ATF 116 Ia 461, 464-465; ATF 94 I 513, 517.

80 MOOR I, pp. 58-59 et II, pp. 82-87.

public, la prescription obéit en général aux règles du droit privé⁸¹, parfois à des règles spéciales⁸².

B. Les règles internes applicables à la prescription

a) Code des obligations

- 72 Les règles générales applicables à la prescription se trouvent aux articles 127 à 142 CO et font ainsi partie du droit matériel⁸³. Pour ce qui touche notre sujet, ce sont plus précisément les articles 129 et 141 CO sur lesquels nous allons nous pencher en détail. Les règles générales du Code des obligations sont applicables de manière générale aux matières du droit civil par le biais du renvoi de l'article 7 CC⁸⁴ (N 94).
- 73 Le Code des obligations contient d'autres règles relatives à la prescription. On mentionnera en particulier l'article 60 CO que le législateur a placé dans le titre premier du Code des obligations « De la formation des obligations », alors que cette disposition règle un cas d'extinction (au sens large) des obligations⁸⁵. Il en va du reste de même de l'article 67 CO.
- 74 Nous mentionnerons aussi les articles 210 et 371 CO qui constituent des règles spéciales notamment en matière de modification conventionnelle des délais de prescription (N 794-815).
- 75 Pour le reste, nous n'exposerons pas le contenu des nombreuses règles du Code des obligations concernant la prescription⁸⁶.

b) Code civil

- 76 Le Code civil contient quelques règles expresses sur la prescription extinctive. Nous renonçons à en rendre le contenu ici⁸⁷, mais nous tenons à citer en particulier les dispositions prévoyant des cas d'imprescriptibilité (articles 334^{bis} alinéa 3 et 807 CC, voir N 96), de suspension (article 586 alinéa 2 CC, voir aussi N 157-160) ainsi que le règlement de conflits temporels de lois (article 49 Tfin. CC). Relevons ici que plusieurs dispositions du Code civil et du Code des obligations utilisent parfois le terme de prescription en lieu et place de celui de péremption (ou déchéance)⁸⁸.

⁸¹ Voir par exemple ATF 131 V 55, 56; ZBl 101 p. 462, 464-465 (Tribunal administratif zurichois).

⁸² Voir par exemple JAB 2001 p. 341, 344 (Tribunal administratif bernois). Pour le droit des assurances sociales, voir aussi HOLZER, pp. 56 ss.

⁸³ ATF 118 II 447, 450.

⁸⁴ Concernant la portée du renvoi, voir CARONI, pp. 243-244.

⁸⁵ BREHM, BK, OR 60 N 5.

⁸⁶ Nous nous limitons à désigner ici les articles qui traitent expressément de la prescription extinctive: art. 60, 63 al. 2, 67, 120 al. 3, 127-142, 196a, 210, 219 al. 3, 315, 341 al. 2, 371, 454, 492 al. 3, 507 al. 5 et 6, 591-593, 619 al. 1, 678 al. 4, 760, 806 al. 3, (par renvoi: 827), 878 al. 2, 919, 980 al. 2, 1069-1071, 1098 al. 1, 1134, 1166 al. 3 (les art. 181 al. 2 et 878 al. 1 CO instituent des délais de péremption). Certaines de ces dispositions sur la prescription sont en outre applicables en raison de renvois que nous ne mentionnons pas ici.

⁸⁷ Comme pour le CO, nous nous limitons à désigner les articles qui traitent expressément de la prescription extinctive: 93, 334^{bis} al. 3, 454, 586 al. 2, 601, 637 al. 3, 754, 790 al. 2, 807, 929 al. 2 CC, 49 Tfin. CC. La nature du délai (prescription ou péremption) de l'art. 600 CC est contestée, voir FORNI/PIATTI, BSK, ZGB 600 N 2; nous le considérons comme délai de prescription, voir N 842 et 882.

⁸⁸ A ce sujet, voir BUCHER, AT, p. 450; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3577; VON TUHR/ESCHER, p. 163 en particulier la note de bas de page 16.

c) Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

77 Bien qu'elle ne fasse pas partie du droit privé fédéral au sens étroit du terme⁸⁹, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite contient des règles qui complètent celles du Code des obligations concernant les délais de prescription s'appliquant notamment aux créances de droit privé (article 149a alinéa 1, 265 alinéa 2 LP)⁹⁰ et les cas de suspension (article 207 alinéa 3, 297 alinéa 1 LP, voir N 157-160). C'est en outre la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite qui définit les modalités des actes de poursuite auxquels le Code des obligations accorde valeur d'actes interruptifs de la prescription (N 166-193).

d) Lois spéciales

78 Plusieurs lois spéciales de droit privé ou contenant des dispositions de droit privé, en particulier en matière de responsabilité civile, posent des règles spéciales sur la prescription⁹¹.

79 La Loi fédérale sur le contrat d'assurance établit un délai de prescription spécial (deux ans) pour les créances dérivant d'un contrat d'assurance (article 46 alinéa 1 LCA). L'alinéa 2 de l'article 46 LCA prévoit qu'est nulle, en ce qui a trait à la prétention contre l'assureur, toute stipulation d'une prescription plus courte ou d'un délai de déchéance plus bref. Cette disposition présente bien entendu un grand intérêt pour le sujet qui nous intéresse et nous aurons l'occasion d'y revenir avec davantage de précision (N 645-660, 678-682, 816-819).

80 Les autres lois spéciales ne dérogent en principe pas aux règles du Code des obligations pour le sujet qui nous intéresse et nous ne les étudierons pas plus en détail, sauf en ce qui concerne la possibilité de modifier conventionnellement les délais de prescription (voir N 820-836). Il y aura en outre lieu de déterminer la portée des dispositions spéciales qui prévoient que la prescription interrompue contre la personne civilement responsable l'est également contre l'assureur et vice versa ou éventuellement contre les autres personnes concernées (articles 83 alinéa 2 LCR, 39 alinéa 2 LITC et 10 alinéa 4 LRCN) au regard d'une renonciation à la prescription en cours ou acquise (N 1315 et 1469).

e) Droit prétorien

81 Les règles sur la prescription du Code des obligations sont, à l'image de l'ensemble de cette loi, du moins à son origine, relativement brèves. Cela a obligé le Tribunal fédéral à compléter et préciser leur sens pour bon nombre d'entre elles. Le Tribunal fédéral a en outre dû se pencher sur la durée du délai applicable à certaines créances, lorsque la loi est muette à ce propos. Dans le sujet qui nous intéresse, la jurisprudence joue un grand rôle.

f) Droit privé fédéral comme droit cantonal supplétif

82 Dans bon nombre de lois cantonales, les règles sur le droit privé fédéral sont désignées comme règles supplétives. Les règles susmentionnées sont donc applicables également dans ces cas là. Le Tribunal fédéral ne les considérerait toutefois pas comme du droit fédéral pour autant et interdisait ainsi le recours en réforme⁹². Il est par ailleurs peu probable qu'il admette à l'avenir un recours en matière civile, vu la teneur de l'article 95 de la nouvelle Loi sur le

⁸⁹ GILLIÉRON I, Remarques introductives: art. 1-37, N 6.

⁹⁰ AMONN/WALTHER, § 11 N 14-15; GILLIÉRON II, art. 149a N 9 et 11.

⁹¹ Pour un accès aisé à ces dispositions, voir KELLER ALFRED/ZEENDER ALOÏS, Dispositions de responsabilité civile, 12^e édition, Stämpfli Berne 2004. On peut dresser la liste suivante, sans prétention à l'exhaustivité: art. 14 LRespC, 9 LRFP, 10 LRCN, 37 LIE, 83 LCR, 39 LITC, 34 al. 3 LNI, 87 al. 2 et 124 al. 1 LNM, 68 LA, 59c et 59d LPE, 40 LRaP, 32 LGG, 18 SCSE, 147 LPCC.

⁹² ATF 119 II 297, 302; ATF 116 II 91, 92.

Tribunal fédéral⁹³ qui n'admet pas comme motif de recours la violation du droit cantonal de manière générale. Quoi qu'il en soit, les résultats de notre étude pourront s'appliquer aussi aux cas pour lesquels le droit fédéral s'applique comme droit cantonal supplétif.

C. Le droit international

a) *Loi fédérale sur le droit international privé et les autres règles de conflit*

83 La Loi fédérale sur le droit international privé prévoit que le droit applicable à la créance en régit la prescription et l'extinction (article 148 alinéa 1 LDIP). Cette désignation du droit applicable est par ailleurs aussi valable si le droit désigné considère la prescription comme institution du droit de procédure et non du droit matériel, comme c'est par exemple le cas en droit anglais (N 410). Il faut toutefois que les règles envisagées visent pour l'essentiel des buts analogues au droit de la prescription⁹⁴.

84 Pour ce qui touche à l'autonomie de la volonté en matière de prescription, c'est donc la *lex causae* qui définit dans quelle mesure cette autonomie est limitée voire supprimée. Il convient de relever qu'un problème peut se poser lorsque la modification d'un délai intervient dans un acte juridique (unilatéral ou bilatéral) postérieur au rapport initial (par exemple un contrat ou une créance fondée sur un acte illicite), comme c'est le cas s'il y a une renonciation à la prescription en cours. Dans un tel cas le droit international privé suisse soumet la validité de l'acte postérieur au droit qui le régit lui-même et non au droit qui régit la créance (article 148 alinéa 3 LDIP)⁹⁵.

85 A côté de la Loi fédérale sur le droit international privé, il existe des traités internationaux qui désignent le droit applicable. La désignation du droit applicable comprend en général expressément ou implicitement les règles sur la prescription⁹⁶.

b) *Droit matériel international*

86 Il existe des traités internationaux qui définissent des règles particulières pour la prescription. Ils concernent un domaine très technique, à savoir les transports internationaux⁹⁷. Pour cette raison, nous nous bornerons à les mentionner brièvement dans le cadre du présent travail (N 422-426). En revanche, nous devons nous intéresser de plus près à la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de ventes internationales (CPrVIM, N 427-439) qui constitue un complément à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)⁹⁸.

87 Il faut aussi citer ici la Convention européenne sur la computation des délais⁹⁹ qui donne des règles analogues à celles de l'article 75 CO pour les délais en matière civile, commerciale et administrative, y compris les délais procéduraux. Son champ d'application est toutefois assez restreint, étant donné que très peu d'Etats l'ont ratifiée. Pour la Suisse, elle n'apporte pas de modification significative¹⁰⁰.

93 Loi fédérale du 17.06.2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110).

94 KELLER/GIRSBERGER, ZK, IPRG 148 N 16.

95 GIRSBERGER D., pp. 78-80.

96 Pour plus de détails, voir KELLER/GIRSBERGER, ZK, IPRG 148 N 8-11.

97 Voir la liste chez KELLER/GIRSBERGER, ZK, IPRG 148 N 2-6. Pour un exemple d'application de droit matériel international, voir BJM 2000 p. 311 (Cour d'appel du canton de Bâle-Ville).

98 Entrée en vigueur pour la Suisse le 01.03.1991.

99 RS 0.221.122.3, entrée en vigueur pour la Suisse le 28.04.1983.

100 Du même avis: SPIRO, FS Müller-Freienfels, p. 618 note de bas de page 4.

Section 4 Les conditions de la prescription

88 La prescription est acquise si deux conditions cumulatives sont remplies:

- 89 — Il doit s'agir d'une créance prescriptible.
- 90 — Le délai doit être écoulé.

A. La créance doit être prescriptible

a) Généralités

91 Cela va de soi, il faut que l'obligation envisagée soit soumise aux règles de la prescription. Il faut constater une différence entre les textes français et italien du Code des obligations d'une part et son texte allemand d'autre part. Tandis que les textes français et italien appliquent la prescription aux actions (« *azioni* »), le texte allemand y soumet les « *Forderungen* », c'est-à-dire les créances¹⁰¹. Dans la version allemande de l'article 146 CFO, il était question d'« *Ansprüche* » (prétentions), alors que le texte français parlait déjà d'« actions ».

92 Le terme de créance désigne, selon la doctrine, le droit du créancier à (exiger) la prestation¹⁰². L'action (« *Klagerecht* ») est une des composantes de la créance, ou plus précisément de la prétention qui en découle lorsqu'elle est exigible¹⁰³, avec laquelle elle ne se confond pas.

93 Au premier abord, les textes français et italien semblent plus précis, étant donné que la prescription touche précisément le droit d'action attaché à la prétention et non la créance en tant que telle. Notre préférence va toutefois au texte allemand¹⁰⁴. En effet, si l'action n'est qu'une « partie » de la créance, elle peut également être liée à un droit subjectif autre qu'une créance, qui n'est pas soumis à la prescription selon les articles 127 à 142 CO. Il s'agit en particulier des droits subjectifs dits absolus, comme les droits réels, les droits de la propriété intellectuelle ou les droits de la personnalité¹⁰⁵. En résumé, la prescription touche donc le droit d'action lié à la créance. Cela nous permet de préciser que l'expression souvent utilisée de « dette prescrite » est en fait erronée. Une dette ne se prescrit pas, c'est seulement la créance correspondante qui peut se prescrire. Toutefois, cette expression est aujourd'hui largement admise et est même utilisée dans la loi (article 63 alinéa 2 CO), si bien que nous l'emploierons également.

b) Créances visées par la prescription

94 L'article 7 CC précise que les dispositions générales du droit des obligations sont aussi applicables aux autres matières du droit civil (N 72). Toutefois, en matière de prescription, l'article 7 CC ne vaut pas sans réserve¹⁰⁶ et il est important de rappeler que ce sont les créances et non toutes les actions ni par ailleurs les *rapports d'obligations* (« *Schuldverhältnisse* ») pris dans leur ensemble qui sont soumis à la prescription, malgré la terminologie parfois inexacte de la loi dans l'emploi du terme prescription (N 76). En revanche, c'est en principe l'ensemble des créances relevant du droit civil fédéral qui est soumis à la prescription: outre les créances relevant des lois spéciales de droit privé voire même de traités internatio-

¹⁰¹ A ce sujet, voir SPIRO I, p. 816, également pour le droit étranger.

¹⁰² DÄPPEN, BSK, OR 127 N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 29; VON TUHR/PETER, pp. 15-16.

¹⁰³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 48-54; GUHL/KOLLER, § 2 N 15; SCHWENZER, N 4.29 et 4.30; VON TUHR/PETER, pp. 15-16; avec des précisions terminologiques: KOLLER, AT, p. 20.

¹⁰⁴ Voir aussi SPIRO I, pp. 575-576.

¹⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 59-64a.

¹⁰⁶ SPIRO I, p. 816.

naux¹⁰⁷, on pensera aussi à celles du droit de la famille et du droit des successions ainsi qu'aux obligations réelles¹⁰⁸.

- 95 Il découle de ce qui précède que les créances sont soumises à la prescription individuellement. Par exemple, la prescription de la créance en livraison de la chose doit être considérée indépendamment de la prescription de la créance en paiement du prix.

c) Exceptions

- 96 Certaines créances sont imprescriptibles. Il s'agit notamment de celles qui sont garanties par un gage immobilier selon l'article 807 CC ou par l'inscription d'une hypothèque sur un bateau¹⁰⁹ et sur un avion¹¹⁰ ou encore des créances des enfants et petits enfants (« *Lidlohn* ») selon l'article 334^{bis} alinéa 3 CC et de celles des héritiers en partage selon l'article 604 alinéa 1 CC¹¹¹. L'imprescriptibilité est également possible en droit de la responsabilité civile, lorsque la loi introduit un délai extraordinaire (voir N 118) et que l'action pénale de l'acte punissable commis est imprescriptible selon l'article 101 CP¹¹². L'imprescriptibilité ne peut être prévue que par la loi (voir aussi N 547-553).

B. Le délai doit être écoulé

- 97 Pour qu'un délai soit écoulé, il faut, cela peut sembler évident, qu'il ait d'une part commencé à courir et d'autre part qu'il soit arrivé à échéance.

a) Point de départ du délai

- 98 La question du point de départ du délai de prescription a fait couler beaucoup d'encre dans la jurisprudence et la doctrine suisses. En refaire l'histoire dépasserait le cadre du présent travail, raison pour laquelle nous nous limiterons à aborder les points essentiels et nécessaires pour les développements à suivre.
- 99 La règle générale veut que la prescription court dès que la créance est exigible (article 130 alinéa 1 CO). La notion d'exigibilité ressort de l'article 75 CO et parfois de dispositions spéciales (par exemple les articles 213 et 372 CO). Elle est le moment à partir duquel le créancier peut réclamer l'exécution de la prestation du débiteur, soit par une mise en demeure, soit en justice¹¹³. Ce choix du législateur repose sur l'idée que le moment de la naissance de la créance n'est en général pas identique à celui de la naissance de la prétention (et de l'action)

¹⁰⁷ DÄPPEN, BSK, OR 127 N 5.

¹⁰⁸ DÄPPEN, BSK, OR 127 N 2-5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3468; SCHWENZER, N 83.02-83.03; VON BÜREN, AT, p. 421; VON TUHR/ESCHER, p. 212; dans le même sens, mais moins précis: OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, Vorbem. zu OR 127-142 N 12 et 13.

¹⁰⁹ Art. 45 de la Loi fédérale du 28.09.1923 sur le registre des bateaux (RS 747.11).

¹¹⁰ Art. 36 de la Loi fédérale du 07.10.1959 sur le registre des aéronefs (RS 748.217.1).

¹¹¹ Pour davantage de détails sur les exceptions, voir DÄPPEN, BSK, OR 127 N 11-13; BUCHER, AT, pp. 453-454; ENGEL, PG, pp. 800-801; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3469-3476; VON TUHR/ESCHER, pp. 212-214.

¹¹² ATF 132 III 661, 666-667 (pour l'art. 75^{bis} aCP). Pour un commentaire de cet arrêt, voir MAURIN SCHMIDT, Genozidverbrechen im Zivilprozess: zur Frage des anwendbaren Rechts, in PJA 2007, pp. 761-770; HANS VEST/BETTINA ZYGMONT, Unverjährbare zivilrechtliche Ansprüche aus Verbrechen gegen die Menschheit (Art. 60 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 101 StGB) ?, in PJA 2007, pp. 790-794.

¹¹³ Pour plus de détails, voir notamment BUCHER, AT, pp. 305-306; GUHL/KOLLER, § 30 N 3-5; LEU, BSK, OR 75 N 4; SCHWENZER, N 7.17; SPIRO I, pp. 36-40; VON TUHR/ESCHER, pp. 45-46.

qui en découle¹¹⁴ et que seul ce dernier permet une solution équitable pour les deux parties. Pour la prescription, l'exigibilité civile et l'exigibilité découlant de l'ouverture de la faillite (article 208 alinéa 1 LP) ont la même signification¹¹⁵.

100 Il faut préciser que le moment de l'exigibilité d'une créance constitue aussi le point de départ de la prescription des prétentions en dommages-intérêts pour cause d'inexécution (articles 97 alinéa 1, 101 et 103 CO) ou de résolution du contrat (article 107 alinéa 2 CO) qui pourraient en découler¹¹⁶. S'agissant des prétentions en dommages-intérêts résultant d'une violation positive du contrat ou de *culpa in contrahendo*, le point de départ de la prescription est en revanche celui du moment où la violation du contrat respectivement des obligations pré-contractuelles a lieu¹¹⁷.

101 Pour SPIRO, la règle de l'article 130 alinéa 1 CO doit être généralisée dans le sens de l'alinéa 2 de ce même article: la prescription ne court pas dès l'exigibilité, mais de manière générale dès que le créancier est en mesure de rendre la créance exigible¹¹⁸. Cette opinion est soit rejetée¹¹⁹, soit simplement mentionnée sans prise de position¹²⁰ par les publications récentes. Le Tribunal fédéral lui a partiellement donné raison (voir N 109).

102 A notre avis, l'opinion exprimée par SPIRO est utile pour déterminer le point de départ du délai de prescription dans les rapports contractuels où il n'est pas rare que le débiteur de la prestation caractéristique (entrepreneur, mandataire, vendeur) en facture le prix à son partenaire contractuel, une fois sa propre prestation exécutée. Ce n'est pas la facture qui rend le paiement du prix ou des honoraires exigible ni même l'échéance de l'éventuel délai fixé pour son paiement. En effet, cela permettrait au créancier de rendre sa créance imprescriptible en refusant de facturer sa prestation. En l'absence de règle contraire dans le contrat, l'exigibilité du prix ou des honoraires naît au moment de la complète exécution de la prestation de l'entrepreneur (article 372 CO), du mandataire ou du vendeur (article 213 CO)¹²¹.

103 *Exemple: en exécution d'un contrat qui ne contient aucune précision sur la question de l'exigibilité du prix de vente, un vendeur livre un véhicule le 09.02.2001. L'acheteur reçoit la facture pour le prix de vente le 23.02.2001. La facture est payable à 30 jours. L'exigibilité n'est pas seulement donnée le 25.03.2001 (23.02 plus 30 jours), mais bien le 09.02.2001. Le délai court à compter du 09.02.2001. Ce dernier n'est pas pris en considération (article 132 alinéa 1 CO, voir N 120) et la prescription sera donc acquise le 09.02.2011 à minuit.*

104 Qui dit règle générale dit exceptions. Elles sont nombreuses, légales ou jurisprudentielles, voire préconisées par la doctrine:

105 — En matière de responsabilité civile, le délai de prescription absolu (N 117) court à compter du jour où le fait dommageable s'est produit (article 60 alinéa 1 CO)¹²². Ce principe vaut également pour les domaines juridiques spécialement réglés ou les lois

¹¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3504; VON TUHR/ESCHER, p. 217.

¹¹⁵ SPIRO I, p. 38.

¹¹⁶ ATF 90 II 428, 440; DÄPPEN, BSK, OR 130 N 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3511; SCHWENZER, N 84.14. Avec certaines réserves: BUCHER, AT, p. 460. *Contra*: SPIRO I, p. 42.

¹¹⁷ ATF 119 II 216, 219-221; ATF 106 II 134, 139; BUCHER, AT, p. 459 note de bas de page 74; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3512 et 3516; SCHWENZER, N 84.14.

¹¹⁸ SPIRO I, p. 52; voir aussi SPIRO, Mélanges Engel, pp. 377-378.

¹¹⁹ DÄPPEN, BSK, OR 130 N 1 et 6.

¹²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3509.

¹²¹ RVJ 1994 p. 268, 269 (pour l'entrepreneur; Tribunal cantonal valaisan); ATF 94 II 263, 267-268 (pour le mandataire).

¹²² Voir par exemple ATF 127 III 257, 259-261.

spéciales¹²³, bien que le fait dommageable soit parfois décrit de manière différente, par exemple par dommage¹²⁴, accident¹²⁵, sinistre¹²⁶, événement¹²⁷. Il y a lieu de relever ici que certaines lois spéciales prévoient un délai de péremption en lieu et place du délai de prescription absolu¹²⁸.

- 106 — En matière de responsabilité civile toujours, le point de départ du délai de prescription relatif (N 117) est lié au jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur (article 60 alinéa 1 CO). Selon la jurisprudence, le créancier connaît suffisamment le dommage lorsqu'il apprend, touchant à son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder ou à motiver une demande en justice¹²⁹. Pour ce qui est de la connaissance de l'auteur, il y a lieu de se référer aux textes allemand et italien de l'article 60 alinéa 1 CO qui utilisent à juste titre les termes « *Ersatzpflichtigen* » et « *persona responsabile* »¹³⁰. Une simple supposition du lésé quant à la personne responsable ne suffit pas pour faire courir le délai¹³¹.
- 107 Le point de départ de la connaissance est également prévu par diverses lois spéciales¹³². Certaines dispositions légales précisent qu'il s'agit du moment où la victime a pu¹³³ avoir connaissance ou alors aurait dû¹³⁴ avoir connaissance du dommage.
- 108 — Une réglementation analogue à celle de la responsabilité civile est prévue pour l'enrichissement illégitime (article 67 alinéa 1 CO). Le délai de prescription relatif commence à courir dès la connaissance effective suffisante du droit de répétition et non dès le moment où la personne lésée aurait dû le connaître¹³⁵. Le délai absolu court dès la naissance du droit¹³⁶.
- 109 — Selon l'article 130 alinéa 2 CO, si l'exigibilité (mais non la naissance¹³⁷) de la créance est subordonnée à un avertissement (dénonciation), la prescription court dès le jour pour lequel cet avertissement pouvait être donné¹³⁸. Le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition, qui vise à empêcher un cas d'imprescriptibilité¹³⁹, s'appliquait à toutes les créances déjà existantes et dont l'exigibilité dépendait d'une déclaration unilatérale du créancier (et non du débiteur¹⁴⁰), qu'il s'agisse d'une déclaration tendant à l'exécution (« *Fälligkeitskündigung* ») ou tendant à la dénonciation d'une créance ou d'un rapport

¹²³ Art. 760 al. 1 CO, aussi en relation avec l'art. 39 al. 1 LB.

¹²⁴ Art. 37 LIE, 68 al. 2 LA.

¹²⁵ Art. 14 LRespC, 83 LCR.

¹²⁶ Art. 39 al. 1 LITC.

¹²⁷ Art. 40 LRaP.

¹²⁸ Art. 10 LRFP, 10 LRCN.

¹²⁹ ATF 112 II 118, 123; pour plus de précisions, voir aussi BREHM, BK, OR 60 N 21-60b; KELLER II, pp. 260 et 284-288; OFTINGER/STARK II/1, N 349-358; REY, N 1611-1628.

¹³⁰ Voir BREHM, BK, OR 60 N 61-63; KELLER II, p. 288; OFTINGER/STARK II/1, N 359-365; REY, N 1629.

¹³¹ ATF 131 III 61, 68-70.

¹³² Art. 10 al. 1 LRCN, 39 al. 1 LITC. Voir aussi l'art. 760 al. 1 CO.

¹³³ Voir l'art. 68 al. 1 LA auquel se réfère l'ATF 112 II 118.

¹³⁴ Art. 9 LRFP.

¹³⁵ ATF 110 II 335, 338-339; ATF 109 II 433, 434-435. Peu nuancé: ATF 127 III 421, 427.

¹³⁶ ATF 119 II 20, 22.

¹³⁷ ATF 91 II 442, 450-452.

¹³⁸ Pour plus de détails, voir SPIRO I, pp. 53-60.

¹³⁹ VON TUHR/ESCHER, p. 220.

¹⁴⁰ DÄPPEN, BSK, OR 130 N 14 et les références citées.

juridique (« *Beendigungskündigung* »)¹⁴¹. De même, en cas d'obligations alternatives (article 72 CO), s'il a été convenu que le choix appartenait au créancier, la prescription commence à courir dès le moment où il est habilité à opérer le choix¹⁴².

- 110 – Pour les rentes viagères et autres prestations périodiques analogues, la prescription court, quant au droit d'en réclamer le service, dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé (article 131 alinéa 1 CO).
- 111 – Dans le domaine du contrat d'assurance, c'est l'article 46 LCA qui détermine le point de départ du délai. Ce dernier est rattaché au « fait d'où naît l'obligation » et non au moment de l'exigibilité (défini par l'article 41 alinéa 1 LCA). L'obligation dont il est avant tout question en relation avec cette règle est celle de l'assureur de verser les prestations convenues à raison de l'événement assuré. Le « fait », c'est-à-dire la réalisation du risque, n'est donc pas le même pour les prétentions issues des diverses catégories d'assurances¹⁴³. Nous citons ici quelques exemples¹⁴⁴: en matière d'assurance de protection juridique, ce fait est la naissance du besoin de protection juridique¹⁴⁵, pour l'assurance vol, il est celui de la survenance du sinistre¹⁴⁶. Pour la prestation payable en cas d'invalidité, il est le moment où l'invalidité de l'assuré est acquise¹⁴⁷. A ce propos, nous nous devons de relever que le point de départ du délai en droit des assurances privées soulève bien des difficultés¹⁴⁸.
- 112 – Pour ce qui est du domaine très particulier des prétentions récursoires, certaines lois spéciales règlent expressément la question et fixent en particulier un *dies a quo* spécial¹⁴⁹. Dans les autres cas, le Tribunal fédéral leur applique le délai supplétif de dix ans de l'article 127 CO si la cause doit être jugée sur la base des dispositions en matière contractuelle et le délai absolu de dix ans de l'article 60 alinéa 1 CO, soit dès que le fait dommageable s'est produit, si elle doit l'être sur la base des dispositions en matière délictuelle¹⁵⁰. Le Tribunal fédéral a rendu récemment un arrêt de principe, dans lequel il soumet ces prétentions en outre à un délai relatif d'un an courant à compter du jour où le demandeur à l'action récursoire a désintéressé le lésé et connaît le coresponsable¹⁵¹, sans égard à l'éventuelle prescription des droits du lésé contre ce coresponsable (défendeur à l'action récursoire)¹⁵², pour autant que le demandeur à l'action récursoire ait avisé ce coresponsable (défendeur à l'action récursoire) qu'il le tenait pour responsable

¹⁴¹ ATF 122 III 10, 16-17. Voir aussi DÄPPEN, BSK, OR 130 N 14-15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3509.

¹⁴² VON TUHR/ESCHER, p. 220.

¹⁴³ ATF 119 II 468, 469; ATF 118 II 447, 454.

¹⁴⁴ Pour une casuistique plus complète et récente, voir CARRÉ, art. 46 LCA, pp. 323-326.

¹⁴⁵ ATF 119 II 468, 470.

¹⁴⁶ ATF 126 III 278, 281.

¹⁴⁷ ATF 118 II 447, 455 et le commentaire de HANSJÖRG STEINER, *Verjährung von Forderungen auf Ausrichtung der Invaliditätssumme*, in RSA 61, pp. 108-109; voir aussi ATF 127 III 268 pour un cas de maladie.

¹⁴⁸ A ce sujet, voir KRAUSKOPF, *Verjährung*, pp. 129-130; MEUWLY, thèse, pp. 213-334 et MEUWLY, PJA 2003, pp. 303-322; SCHAEER, *Modernes Versicherungsrecht*, pp. 605-610; THALMANN, pp. 106-125. Pour un cas très particulier, voir aussi PJA 2002 p. 584 (= ATF 5C.43/2001) et le commentaire de VINCENT BRULHART.

¹⁴⁹ Art. 10 al. 2 LRCN, 83 al. 3 LCR, 39 al. 3 LITC, 34 al. 3 LNI, 59d LPE, 32 al. 2 LGG. A ce sujet, voir ATF 125 III 339, 342-343. Voir aussi SCHAFFHAUSER/ZELLWEGE, N 1508.

¹⁵⁰ ATF 133 III 6, 28 et 31; ATF 115 II 42, 49. Pour un commentaire de l'ATF 133 III 6, voir KRAUSKOPF/SIEGENTHALER, pp. 53-56; PICHONNAZ/WERRO, pp. 48-52.

¹⁵¹ ATF 133 III 6, 25 et 31; voir aussi ATF 127 III 257, 266-267 et ATF 115 II 42, 49.

¹⁵² ATF 133 III 6, 25-27.

dès qu'il était en mesure de le faire selon les règles de la bonne foi¹⁵³. Il refuse cependant l'exercice du droit de recours lorsque la personne recherchée par le demandeur à l'action récursoire n'aurait jamais pu l'être par la personne lésée elle-même en raison de la péremption qui touche les prétentions de cette dernière¹⁵⁴. Les intérêts en présence sont souvent contradictoires¹⁵⁵. Cette matière reste très complexe et les avis divergent¹⁵⁶.

113 Les exceptions susmentionnées sont les principales, mais leur liste n'est pas exhaustive¹⁵⁷.

b) Types de délais et durée des délais

114 Sur la question des types et de la durée du délai, le droit privé suisse manque de cohérence, particulièrement en ce qui concerne les diverses lois spéciales. Ce problème a été déploré et reconnu de longue date¹⁵⁸. Le projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile y apporterait une solution appropriée¹⁵⁹ (voir aussi N 1550 et 1554).

115 En ce qui concerne les types de délais, le droit suisse prévoit plusieurs solutions:

- 116 – En matière contractuelle en général et selon certaines lois spéciales¹⁶⁰, le délai est *unique*, sa durée étant variable selon les cas. Le délai supplétif est de dix ans (article 127 CO)¹⁶¹, cinq ans pour certaines créances (article 128 CO)¹⁶².
- 117 – En droit de la responsabilité civile ordinaire (article 60 alinéa 1 CO)¹⁶³, pour l'enrichissement illégitime (article 67 alinéa 1 CO) et dans d'autres cas que la loi règle spécialement¹⁶⁴ ou que la jurisprudence a jugés¹⁶⁵, le délai est double, se composant d'un délai de prescription dit *relatif* (ou ordinaire), généralement court et lié à la connaissance de faits par le créancier (N 106), et d'un délai dit *absolu* (ou subsidiaire), plus long et lié à la survenance d'un événement (N 105). Cette terminologie usuellement admise prête à confusion, car même le délai absolu est susceptible d'être suspendu ou interrompu (N 165). Dans le cadre du présent travail, nous allons nous en tenir à la terminologie consacrée; nous sommes toutefois d'avis qu'il serait préférable de parler

¹⁵³ ATF 133 III 6, 28-31.

¹⁵⁴ ATF 130 III 362, 369-370, simplement répété par l'ATF 133 III 6, 25.

¹⁵⁵ ATF 133 III 6, 20-25.

¹⁵⁶ Pour une approche plus complète, voir le résumé de la jurisprudence et de la doctrine dans l'ATF 133 III 6, 12-20; voir aussi BUGNON, pp. 135-151; KRAUSKOPF, Verjährung, pp. 124-125 et 131-136; KRAUSKOPF/MÜLLER, pp. 323-325; WIDMER/WESSNER, pp. 223-227.

¹⁵⁷ Pour d'autres exceptions, voir notamment DÄPPEN, BSK, OR 130 N 3-5 et 9-13; BUCHER, AT, pp. 460-461; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3517-3518; GUHL/KOLLER, § 39 N 18-29; SCHWENZER, N 84.16-84.20; VON BÜREN, AT, pp. 429-432. Voir aussi ATF 133 III 37, 41-42.

¹⁵⁸ Voir le Rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile, pp. 116-119 et en particulier la thèse 511-1.

¹⁵⁹ Art. 55 AP LRCiv; WIDMER/WESSNER, pp. 210-211.

¹⁶⁰ Art. 14 LRespC, 37 LIE.

¹⁶¹ Voir par exemple ATF 127 III 1, 7-8 en ce qui concerne les prétentions découlant de l'art. 193 CC.

¹⁶² Voir par exemple ATF 124 III 370, 374.

¹⁶³ Voir par exemple ATF 123 III 204 en matière de prétentions pour tort moral indépendantes de proches.

¹⁶⁴ Art. 210 al. 1^{bis} CO, 83 al. 1 LCR, 39 al. 1 LITC, 68 LA, 59c al. 2 LPE, 40 LRaP, 32 al. 1 LGG. Le délai absolu est parfois un délai de péremption et mérite ainsi cette appellation: art. 10 LRFP, 10 LRCN.

¹⁶⁵ Voir par exemple ATF 126 III 382, 384-387 pour la gestion d'affaires imparfaite. Voir N 112 pour les prétentions récursoires.

de délai subjectif (dont le point de départ dépend de la connaissance du dommage et de son auteur) et objectif (dont le point de départ se rattache à un événement)¹⁶⁶.

- 118 – En droit de la responsabilité civile, la loi prévoit parfois encore un délai *extraordinaire* pour le cas où l'acte illicite constitue une infraction pénale (par exemple à l'article 60 alinéa 2 CO)¹⁶⁷: si la durée de la prescription applicable à l'action pénale est supérieure à celle de l'action civile, elle s'applique également à cette dernière, en ce qui concerne les prétentions contre l'auteur de l'infraction et contre ses héritiers ou une personne physique ou morale qui répond de son acte¹⁶⁸. Le délai extraordinaire ne s'applique cependant pas dans la responsabilité de l'employeur pour ses auxiliaires¹⁶⁹. Ce type de délai est largement critiqué¹⁷⁰ et l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile prévoit son abandon pur et simple (N 1554).
- 119 La réglementation du droit suisse concernant la durée des délais est l'œuvre d'un législateur particulièrement imaginatif. Une durée allant de trente ans (par exemple articles 210 alinéa 1^{bis} CO, 10 LRCN et 40 LRaP) à six mois (articles 315, 1069 alinéa 3 et 1134 CO) caractérise les délais du droit privé suisse, prescription et péremption confondues. Il n'est pas dans notre propos de vouloir dresser ici une liste exhaustive et nous renvoyons à ce sujet aux divers ouvrages généraux¹⁷¹ (voir toutefois la classification des délais de prescription aux N 837-907 pour une liste plus complète).

c) *Fin du délai*

- 120 L'article 132 CO a la teneur suivante: « Dans le calcul des délais, le jour à partir duquel court la prescription n'est pas compté et celle-ci n'est acquise que lorsque le dernier jour du délai s'est écoulé sans avoir été utilisé ». Cette disposition exprime implicitement le principe que l'article 2260 CCF pose expressément, à savoir que la prescription civile se compte par jours et non par heures. La jurisprudence a précisé que le délai expire à la fin du jour qui, par son quantième, correspond au jour à partir duquel il a commencé à courir¹⁷². Il faut ici préciser que le jour « à partir duquel il a commencé à courir » est le jour qui n'est pas compté selon l'article 132 CO et non le jour suivant¹⁷³. S'il n'y a pas de jour correspondant dans le mois qui marque la fin du délai, le délai échoit le dernier jour dudit mois (article 77 alinéa 1 chiffre 3 CO). Dans la grande majorité des cas, cela revient à donner par exemple à un délai annuel la durée effective de 365 jours. Le principe énoncé a toutefois pour conséquence qu'un délai d'une année peut parfois compter plus de 365 jours:
- 121 *Exemples: une personne lésée acquiert connaissance du dommage et de son auteur le 31.03.1999. Le délai annuel de l'article 60 alinéa 1 CO échoit le 31.03.2000, comprenant*

¹⁶⁶ Voir aussi PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, p. 79.

¹⁶⁷ Voir aussi les art. 455 al. 2 CC, 760 al. 2 CO, 6 al. 2 LP, 83 al. 1 LCR, 39 al. 1 LITC et 147 al. 2 LPCC.

¹⁶⁸ ATF 132 III 661, 665. DÄPPEN, BSK, OR 60 N 11; KRAUSKOPF, Verjährung, pp. 123-124; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1503; VOLKEN, pp. 283-284.

¹⁶⁹ ATF 133 III 6, 11.

¹⁷⁰ Voir par exemple GIRSBERGER A., p. 213; KRAUSKOPF, Verjährung, p. 149.

¹⁷¹ Pour le droit de la responsabilité civile, voir KELLER II, pp. 251-252 et le tableau p. 253 qui donne un très bon aperçu. Pour le droit civil en général, voir DÄPPEN, BSK, OR 127 N 9 et 14-21. Voir aussi SPIRO I, pp. 605-812 (!); BUCHER, AT, pp. 455-459; ENGEL, PG, pp. 806-808; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3482-3502; KESSLER, pp. 187-189; VON TUHR/ESCHER, pp. 214-216.

¹⁷² ATF 81 II 135, 137.

¹⁷³ SPIRO I, p. 279.

ainsi 366 jours, l'année 2000 étant bissextile¹⁷⁴. Si cette connaissance intervient le 21.04.1999, le délai prendra fin seulement le 25.04.2000, les jours des 21 au 24.04.2000 ne pouvant être des jours d'échéance (Vendredi Saint à Lundi de Pâques)¹⁷⁵, comprenant ainsi au total 370 jours¹⁷⁶.

- 122 L'exemple que nous venons de donner montre les effets de l'application de l'article 78 alinéa 1 CO (applicable en raison du renvoi de l'article 132 alinéa 2 CO) et de l'article 1 de la Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi (voir la note de bas de page 175 pour la référence). Les délais de prescription sont des délais légaux de droit fédéral au sens de la loi précitée et l'échéance qui tombe sur un samedi est reportée de plein droit au premier jour non-férié qui suit, au même titre que pour un dimanche ou un autre jour reconnu férié (dans le lieu du paiement). Si les parties modifient un délai de prescription, que ce soit par une disposition bilatérale ou unilatérale, le délai en question ne pourrait en principe plus être considéré comme délai légal de droit fédéral et son échéance tombant sur un samedi serait dès lors possible¹⁷⁷. Toutefois, pour assurer la sécurité du droit, nous sommes d'avis qu'il faut assimiler le samedi à un jour férié également lorsqu'il y a lieu de procéder à la supputation d'un délai modifié par les parties, que ce soit unilatéralement ou bilatéralement. Cette manière de faire correspond par ailleurs à la réglementation des articles 1 chiffre 1 lettre c et 5 de la Convention européenne sur la computation des délais (N 87)¹⁷⁸, les parties restant libres de déroger à cette règle, ce qui ne sera généralement pas le cas. Nous reviendrons ultérieurement sur la manière de supputer les délais lorsqu'un empêchement, une suspension ou une interruption doivent être pris en considération (N 146-156, 194-208).

Section 5 Les effets de la prescription

A. En général

- 123 La loi ne définit pas les effets de la prescription. Selon la jurisprudence et la doctrine, la prescription accomplie met le débiteur au bénéfice d'une exception au sens technique¹⁷⁹ (concernant les généralités sur la notion d'exception, voir N 30-33). La prescription ne déploie ses effets que si et dès le moment où l'exception est soulevée¹⁸⁰.
- 124 Le Tribunal fédéral partage l'avis de la majorité de la doctrine, selon lequel la dette prescrite devient une obligation naturelle ou imparfaite (« *Naturalobligation* »)¹⁸¹. La doctrine

¹⁷⁴ Pour un autre exemple de calcul, voir ENGEL, PG, p. 806.

¹⁷⁵ Art. 78 al. 1 CO et art. 1 de la Loi fédérale du 21.06.1963 sur la supputation des délais comprenant un samedi (RS 173.110.3).

¹⁷⁶ Voir aussi SPIRO I, pp. 192-197.

¹⁷⁷ Concernant l'exclusion des délais conventionnels du champ d'application de la Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi (référence en note de bas de page 175) et les difficultés que cette exclusion peut poser, voir WEBER, BK, OR 78 N 21-22.

¹⁷⁸ Concernant la contradiction entre le droit interne et la Convention européenne sur la computation des délais ainsi que l'application directe de cette dernière, voir FRANÇOIS BOHNET, Les termes et délais en droit du bail à loyer, in 13^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2004, p. 14.

¹⁷⁹ Voir par exemple ATF 123 III 213.

¹⁸⁰ PELET, pp. 168-169.

¹⁸¹ Expressément: ATF 133 III 6, 26; ATF 99 II 185, 189; ENGEL, PG, pp. 43-53 et 823; FROSSARD, pp. 45-46; KELLER II, p. 252; ROSSEL, p. 204; SCHWENZER, N 4.41. Nuancés: SPIRO I, pp. 577-578; TERCIER, PG, N 1470.

traditionnelle distingue deux catégories d'obligations naturelles, les obligations réprouvées par la loi et les obligations civiles affaiblies, l'obligation prescrite faisant partie de cette seconde catégorie. La controverse relative à cet effet de la prescription est probablement terminologique et son importance pratique limitée. L'emploi même de l'expression « obligation naturelle »¹⁸², voire l'ensemble de la théorie relative aux obligations imparfaites¹⁸³, ont été mis en cause dans la doctrine. Toutefois, dans la mesure où l'on entend par obligation naturelle une obligation dépourvue de droit d'action (et qui ne donne ainsi pas lieu à une créance au sens juridique du terme)¹⁸⁴, nous partageons l'avis de la doctrine minoritaire qui considère que la dette prescrite n'est pas une obligation naturelle¹⁸⁵. En effet, si l'on prend l'exemple du jeu et du pari dont la dette est généralement qualifiée d'obligation naturelle¹⁸⁶ (article 513 CO), l'accès aux tribunaux est absolument exclu et toute action en justice y relative est irrecevable, ce que le juge doit observer d'office, ainsi que le précise la note marginale de l'article 513 CO¹⁸⁷. En revanche, une créance prescrite peut faire l'objet d'une action en justice. Celle-ci sera déclarée mal fondée et non irrecevable si le débiteur excipe de la prescription¹⁸⁸ et bien fondée s'il omet de le faire et que toutes les autres conditions de sa condamnation sont données.

B. Pour le débiteur

125 Du point de vue du débiteur, la prescription déploie les effets suivants¹⁸⁹:

- 126 – Il peut refuser sa prestation et opposer une exception péremptoire (N 30-33) à une action en justice du créancier qui voudrait le contraindre à l'exécuter; l'exception de prescription est aussi admissible dans les procédures de mainlevée définitive (article 81 alinéa 1 LP) et provisoire¹⁹⁰.
- 127 – Il doit en principe soulever le moyen de la prescription selon les formes et au stade prévus par la procédure cantonale (voir toutefois N 227-237).
- 128 – Sa prestation reste exécutable (« *erfüllbar* ») et son exécution n'est pas assimilable à une donation.
- 129 – Il ne peut répéter selon les règles sur l'enrichissement illégitime le montant payé pour acquitter une dette prescrite (article 63 alinéa 2 CO), même s'il ignorait que la dette était prescrite.

¹⁸² VON TUHR/PETER, pp. 32-33; dans le même sens: MERZ, SPR VI/1, p. 260.

¹⁸³ VON BÜREN, AT, pp. 11-12.

¹⁸⁴ Dans ce sens FROSSARD, pp. 39-40; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 82.

¹⁸⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 82 et 84.

¹⁸⁶ BECKER, BK, OR 513 N 3; ENGEL, PS, p. 668; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 513 N 48; TERCIER, PS, N 6395.

¹⁸⁷ ATF 119 II 271, 280-281 où la qualité de règle de jeu est expressément examinée comme une question de recevabilité.

¹⁸⁸ ATF 118 II 447, 450.

¹⁸⁹ A ce sujet et pour plus de détails, voir BUCHER, AT, pp. 445-447; ENGEL, PG, pp. 823-824; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3551-3564; GUHL/KOLLER, § 39 N 51-52; KELLER II, pp. 252-253; KESSLER, pp. 99-100; ROSSEL, pp. 203-204; SCHWENZER, N 85.01-85.02; SPIRO I, pp. 457-601; TERCIER, PG, N 1467-1470; VON BÜREN, AT, pp. 437-438; VON TUHR/ESCHER, pp. 230-234.

¹⁹⁰ Pour plus de détails, voir AMONN/WALTHER, § 19 N 54 et 84; GILLIERON I, art. 81 N 46 et 82 N 81; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG 81 N 9 et 82 N 23; STAEHELIN D., BSK, SchKG 81 N 20-22 et 82 N 96.

C. Pour le créancier

- 130 Pour le créancier, les effets de la prescription sont les suivants¹⁹¹:
- 131 – Sa créance subsiste mais l'action (la prétention) qui en découle ne peut être exercée que si le débiteur ne s'y oppose pas; en revanche, il peut faire valoir un éventuel droit de gage mobilier lié à sa créance même contre la volonté du débiteur (article 140 CO).
- 132 – La créance subsiste même si la prescription a été invoquée en justice et que l'action du créancier a été rejetée, mais une nouvelle action est exclue; en effet, le jugement rejetant l'action est un jugement au fond (voir aussi N 124) qui jouit donc de la force de chose jugée.
- 133 – La créance lui donne la possibilité de se défendre contre des prétentions du débiteur en l'invoquant à titre exceptionnel, notamment dans les deux cas importants que sont l'objection de compensation (article 120 alinéa 3 CO)¹⁹² et l'exception d'inexécution (article 82 CO)¹⁹³. La loi le prévoit encore dans d'autres cas (articles 60 alinéa 3¹⁹⁴, 67 alinéa 2, 210 alinéa 2 CO, par renvoi les articles 371 alinéa 1 et 531 alinéa 3 CO, 637 alinéas 1 et 3 CC)¹⁹⁵. La question de savoir si ces exceptions sont imprescriptibles en vertu d'une règle générale est controversée¹⁹⁶.

D. Pour le juge

- 134 L'article 142 CO précise que le juge ne peut suppléer d'office le moyen de la prescription. Cela signifie en particulier que, même s'il ressort des allégués et du dossier que la prescription est acquise, il ne peut rejeter l'action tant que le débiteur n'a pas expressément excipé de la prescription¹⁹⁷. Il n'est pas facile de trouver une réponse claire quant à la *ratio legis* de cette règle dans les documents relatifs à l'adoption du Code fédéral des obligations et ensuite du Code des obligations. Le message du Conseil fédéral relatif au projet de Code fédéral des obligations semble dire que cette disposition exprime le fait que la prescription tient compte principalement d'intérêts privés et non d'intérêts publics¹⁹⁸. Lors de l'élaboration du Code des obligations, VIRGILE ROSSEL s'était opposé au maintien de cette disposition « injuste à l'égard du plaideur non assisté », sans parvenir à se faire entendre¹⁹⁹.
- 135 Le Tribunal fédéral considère que cette disposition veut laisser au débiteur la liberté de décider seul en fonction de sa conscience s'il entend faire valoir la prescription ou non²⁰⁰. Une partie de la doctrine semble partager cette opinion²⁰¹. Pour SPIRO, la règle, qu'il approuve, représente certes une charge et un risque pour le débiteur, mais est nécessaire pour éviter que toute demande en justice doive, pour faire face à toute éventualité, contenir de longs dévelop-

¹⁹¹ Voir les références de la note de bas de page 189.

¹⁹² A ce sujet, voir SPIRO I, pp. 510-511.

¹⁹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3562; VON TUHR/ESCHER, pp. 233-234.

¹⁹⁴ Voir ATF 127 III 83, 85.

¹⁹⁵ BUCHER, AT, p. 452; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3563; VON TUHR/ESCHER, p. 233.

¹⁹⁶ A ce sujet, voir SPIRO I, pp. 507-508.

¹⁹⁷ WALDER-RICHLI, § 17 N 3.

¹⁹⁸ Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 160-161.

¹⁹⁹ Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, Mai 1908/Oktobre 1908/März 1909 (cité dans la bibliographie), Séance du 09.05.1908, p. 10. Voir aussi ROSSEL, pp. 203-204.

²⁰⁰ ATF 119 II 368, 374; ATF 101 Ib 348, 349; ATF 99 II 185, 189-190.

²⁰¹ BECKER, BK, OR 142 N 1; GUHL/KOLLER, § 39 N 52; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

pements et présenter des moyens de preuve destinés à nier la prescription dont le débiteur n'entend même pas se prévaloir²⁰².

- 136 Les opinions sont partagées quant à l'attitude que doit observer un juge dans un cas concret. Pour certains auteurs, le juge ne peut pas, s'il pense que la créance est prescrite, poser la question au débiteur s'il entend invoquer la prescription²⁰³. Pour d'autres, le fait que le débiteur doive invoquer la prescription est relativisé par le devoir du juge (« *Richterpflicht* ») que prévoient certains codes de procédure cantonaux. Cela peut conduire le juge à poser des questions aux parties voire même à leur faire des suggestions (« *Aufklärungs- und Fragepflicht* »)²⁰⁴.

E. L'étendue des effets de la prescription

- 137 Selon l'article 133 CO, la prescription de la créance principale entraîne celle des intérêts et autres créances accessoires. Contrairement à ce qu'exposait la doctrine plus ancienne²⁰⁵, cette disposition n'est pas un cas d'application particulier de l'article 114 CO qui traite de l'extinction des obligations²⁰⁶. En effet, comme nous l'avons déjà exposé, la prescription n'éteint pas un droit au sens étroit où le prévoit l'article 114 CO, mais elle l'affaiblit (N 35).
- 138 L'article 114 CO est cependant utile en vue de déterminer ce que l'article 133 CO entend par « intérêts et autres créances accessoires »²⁰⁷. Toutefois, contrairement à ce que prévoit l'alinéa 1 de l'article 114 CO, l'article 133 CO ne vise pas les droits de gages mobiliers, notamment les droits de rétention, attachés à une créance (article 140 CO). Cette disposition vise²⁰⁸, en plus des intérêts liés à une créance, les prestations périodiques autres qu'en argent (par exemple les fruits), les dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive ou d'inexécution, les intérêts moratoires, la peine conventionnelle, les dépens (frais des démarches judiciaires ou extrajudiciaires en vue de faire valoir la créance), le cautionnement (article 502 CO), les prétentions récursoires²⁰⁹. L'article 133 CO n'empêche pas une prescription indépendante de certaines créances accessoires, mais leur prescription intervient au plus tard au moment de celle de la créance principale²¹⁰. Il faut relever ici l'avis d'une partie de la doctrine selon lequel les intérêts (moratoires), en leur qualité de droit accessoire génétique, ne sont pas soumis au sort de la prestation principale²¹¹. Cet avis ne peut pas être transposé en droit de la prescription, vu le texte clair de l'article 133 CO qui mentionne expressément les intérêts²¹². Par ailleurs, contrairement à une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral n'applique pas le délai de prescription de l'article 128 chiffre 1 CO aux intérêts moratoires,

²⁰² SPIRO I, p. 556.

²⁰³ BUCHER, AT, p. 447. Dans le même sens: DÄPPEN, BSK, OR 142 N 3a; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

²⁰⁴ Pour une comparaison des systèmes cantonaux, voir VOGEL/SPÜHLER, Chapitre 6 N 33-42. Voir aussi VOGEL, *Darf der Richter dem Kläger helfen?*, in RSJ 84, pp. 75-76; BERTI, ZK, OR 142 N 19; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 55 N 9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3554; SPIRO I, p. 558.

²⁰⁵ BECKER, BK, OR 133 N 1; FICK, OR 133 N 2; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 133 N 1.

²⁰⁶ AEPLI, ZK, OR 114 N 28; DÄPPEN, BSK, OR 133 N 1.

²⁰⁷ BUCHER, AT, pp. 454-455; pour une définition des droits accessoires, voir SCHÖBI, pp. 25-26.

²⁰⁸ BUCHER, AT, pp. 454-455; SPIRO I, pp. 113-118 et 567-570; VON TUHR/ESCHER, p. 234.

²⁰⁹ Voir par exemple l'ATF 133 III 6, 11-12 sur le lien étroit existant entre prétention principale et récursoire.

²¹⁰ SCHÖBI, p. 103.

²¹¹ Par exemple AEPLI, ZK, OR 114 N 20; VON BÜREN, AT, p. 500.

²¹² *Contra*: DÄPPEN, BSK, OR 133 N 2.

mais de manière générale le délai qui est applicable à la prétention principale²¹³, en accord avec la lettre de l'article 133 CO.

²¹³ ATF 129 V 345, 346-348 et les références citées.

Chapitre II La prolongation de la durée de la prescription

- 139 L'intervalle de temps (« *Zeitraum* ») que la loi fixe entre le point de départ normal du délai de prescription et la date de son échéance n'est pas figé. En effet, la loi prévoit que cet intervalle de temps peut être prolongé. Il peut l'être soit parce que la prescription ne court pas pendant une certaine période, soit parce que la durée pendant laquelle la prescription court est prolongée.
- 140 D'un point de vue terminologique et par mesure de simplification, nous regroupons toutes les hypothèses pouvant conduire à une prolongation de cet intervalle de temps sous le titre de « prolongation de la durée de la prescription », étant précisé que la modification de la durée de la prescription (dans une perspective globale) n'implique pas obligatoirement une modification de la durée pendant laquelle elle a couru.
- 141 En effet, en cas de suspension ou d'empêchement, la loi prévoit qu'une période n'est pas prise en compte pour la supputation du délai. Il n'y a donc pas à proprement parler de prolongation de la durée du cours de la prescription. Il n'en demeure pas moins que, globalement, l'intervalle de temps qui s'écoule avant que la prescription ne déploie ses effets est prolongé. En revanche, en cas d'interruption, la durée du cours de la prescription est effectivement modifiée²¹⁴.
- 142 Il faut soigneusement distinguer la prolongation de la durée de la prescription (« *Verjährungsdauer* »²¹⁵) de celle du délai de prescription (« *Verjährungsfrist* »). Ainsi, l'interruption et la suspension de la prescription modifient la durée de la prescription, mais n'en touchent pas le délai qui reste toujours le même²¹⁶. En revanche, si les parties décident de changer conventionnellement l'intervalle de temps normalement prévu par la loi, il en résulte une modification à la fois de la durée et du délai de prescription (voir aussi N 707, 968 et 1102).
- 143 Nous précisons ici que la loi a parfois pour effet indirect d'abrèger un délai de prescription²¹⁷. C'est le cas dans le domaine des fusions, scissions et transformations ainsi qu'en matière de transfert de patrimoine, dans la mesure où la loi prévoit un délai de prescription de trois ans à l'encontre de l'ancien débiteur ou d'éventuels coobligés qui remplace le délai de prescription légal éventuellement plus long, ce dernier restant toutefois applicable pour le nouveau débiteur (articles 26 alinéa 2, 48, 68 alinéa 1, 75 alinéa 2, 98 alinéa 2 et 101 alinéa 1 LFus).

Section 1 L'empêchement et la suspension

A. La notion et les règles applicables

- 144 L'empêchement et la suspension sont les termes utilisés pour désigner un état (« *Zustand* ») auquel la prescription est soumise et qui l'empêche de courir, soit *ab initio* (empêchement), soit au cours du délai (suspension).

²¹⁴ Voir le graphique chez HUGUENIN, p. 146.

²¹⁵ Terme utilisé par BERTI, Symposium, p. 337.

²¹⁶ KRAUSKOPF, Verjährungsunterbrechung, p. 132.

²¹⁷ PIERA BERETTA, in FRANK VISCHER (éd.), ZK zum Fusionsgesetz, Schulthess Zurich 2004, FusG 75 N 12.

145 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les motifs d'empêchement et de suspension sont régis exhaustivement par le droit fédéral, à savoir l'article 134 CO²¹⁸, sous réserve bien entendu de dispositions spéciales expresses (N 160). SPIRO relativise la fermeté de cette jurisprudence et n'exclut pas une application analogique de cette disposition lorsqu'elle est commandée par une interprétation raisonnable (voir N 163)²¹⁹.

B. Les effets (supputation des délais)

a) En cas d'empêchement

146 Il y a lieu de faire suivre l'empêchement du délai entier tel que la loi le définit (six mois, une année, dix ans)²²⁰.

147 *Un lésé acquiert connaissance du dommage (créance soumise à la prescription annuelle) et de son auteur le 16.01.1999. A ce moment, l'auteur du dommage est son tuteur, dont la fonction prend fin le 09.11.1999. La prescription court à compter du 09.11.1999 (le 09.11 n'étant pas pris en considération, voir l'article 134 alinéa 2 CO) et sera acquise le 09.11.2001. Dans cet exemple, le délai de prescription est de 366 jours (l'année 2000 étant bissextile) et non de 365 jours comme il aurait dû l'être originellement.*

148 Cette manière de supputer le délai d'un empêchement peut donc avoir pour effet de prolonger le délai original de quelques jours (voir N 121 et 147) mais aussi exceptionnellement de le raccourcir d'un jour, lorsque l'empêchement a pour conséquence la suppression du bénéfice d'une année bissextile. Cette manière de supputer les délais est toutefois conforme au texte de la loi qui précise à l'article 77 alinéa 2 CO que les règles applicables à la supputation des délais sont les mêmes si le départ du délai est différé. Il faut toutefois relever ici que, comme en ce qui concerne la relation entre les articles 77 alinéa 1 chiffre 3 et 132 alinéa 1 CO (voir N 120), les effets des articles 134 alinéa 2 et 132 alinéa 1 CO ne se cumulent pas²²¹. Le jour de la cessation de la cause d'empêchement n'est pas compté, mais celui qui suit doit l'être.

b) En cas de suspension

149 Pour ce qui est de la suspension, le calcul des délais est plus compliqué. Il n'y a, à notre connaissance, qu'un seul arrêt du Tribunal fédéral publié à ce sujet (N 154).

150 Selon SPIRO, il faut rajouter la partie du délai de prescription qui n'avait encore couru au jour du début de la suspension; à cet effet, il conviendrait de compter la durée des mois de manière uniforme à 30 jours et celle des années à 365 jours²²².

151 *Exemple de supputation selon cette méthode: un lésé acquiert connaissance du dommage (créance soumise à la prescription annuelle) et de son auteur le 12.02.2000. Du 01.05 au 30.11.2000, il vit dans le ménage de son employeur qui est l'auteur du dommage. Du 12.02 au 30.04.2000 se sont écoulés 2 mois et 18 jours (les mois étant comptabilisés en premier). Restent donc 9 mois et 12 jours. Suite à la suspension, la prescription arrivera à échéance 9 mois et 12 jours après le 30.11 (ce dernier n'étant pas compté selon l'article 134 alinéa 2 CO), à savoir le 11.09.2001 à minuit (30.08.2001 plus 12 jours).*

²¹⁸ ATF 100 II 339, 344 et ATF 90 II 428, 436.

²¹⁹ SPIRO I, pp. 152-153.

²²⁰ Dans le même sens: VON TUHR/ESCHER, p. 222.

²²¹ Du même avis: SPIRO I, p. 278.

²²² SPIRO I, pp. 280-281; dans le même sens mais sans précisions concernant la durée des mois et années ni exemple de calcul: DÄPPEN, BSK, OR 134 N 13; ENGEL, PG, p. 810; GUHL/KOLLER, § 39 N 31; ROSSEL, p. 195; VON TUHR/ESCHER, p. 222. Peu clair: TERCIER, PG, N 1455.

- 152 Pour d'autres auteurs²²³, il faut rajouter le laps de temps de la suspension à compter de la date à laquelle le délai serait arrivé à échéance sans qu'elle n'intervienne.
- 153 *Dans l'exemple qui vient d'être mentionné (N 151), le délai arriverait à son terme normalement le 12.02.2001. Il devrait être prolongé de 7 mois (durée de la suspension). La prescription arrivera alors à échéance le 12.09.2001 à minuit.*
- 154 Quant au Tribunal fédéral, il applique une troisième méthode qui se rapproche de la deuxième mais qui veut que le délai à rajouter après l'écoulement normal de la prescription se calcule en jours²²⁴.
- 155 *En considérant toujours le même exemple, il y aurait lieu de rajouter 214 jours (intervalle du 01.05 au 30.11.2000) après le 12.02.2001. La prescription arrivera donc à échéance le 14.09.2001 à minuit.*
- 156 L'application des trois méthodes à l'exemple qui précède nous permet de constater une différence allant jusqu'à trois jours, ce qui n'est pas négligeable. L'exemple choisi l'a été volontairement pour que cette différence ne soit pas à mettre sur le compte d'un dimanche ou autre jour comptant comme férié. En l'espèce, la différence découle du fait que les différents mois de l'année civile n'ont pas tous une durée identique. C'est bien entendu sur la méthode choisie par le Tribunal fédéral qu'il y a lieu de se baser. Ce n'est pas celle qui est la plus proche du texte légal qui précise, à l'article 134 alinéa 2 CO, que la prescription « reprend son cours » et non qu'elle est prolongée. Elle présente en revanche l'avantage d'une certaine simplicité pour les brèves suspensions. Elle peut poser davantage de problèmes lorsque la suspension est de longue durée, par exemple s'il intervient une année bissextile. La méthode préconisée par SPIRO serait peut être plus proche du texte de la loi, même si sa manière de supputer la durée des mois n'a aucun fondement dans le Code des obligations. Il faut cependant relever que l'article 4 alinéa 3 de la Convention européenne sur la computation des délais (N 87) a la teneur suivante: « Lorsqu'un délai est exprimé en mois et en jours, ou en fractions de mois, on compte d'abord les mois entiers, puis les jours ou les fractions de mois; pour calculer les fractions de mois, on considère qu'un mois est composé de trente jours ». Cette disposition va donc tout à fait dans le sens de la méthode préconisée par SPIRO. Cette dernière présente l'avantage d'être plus facile à appliquer aux longues suspensions et, pour cette raison, nous la préférons à celle du Tribunal fédéral.

C. Les causes d'empêchement et de suspension

- 157 Les causes d'empêchement et de suspension peuvent être divisées en trois groupes²²⁵:
- 158 – Le premier groupe comprend les chiffres 1 à 4 de l'article 134 alinéa 1 CO: il s'agit des cas dans lesquels le créancier est étroitement lié au débiteur ou dans un rapport de dépendance par rapport à ce dernier²²⁶.
- 159 – Le deuxième groupe comprend les chiffres 5 et 6 de l'article 134 alinéa 1 CO: il s'agit des cas dans lesquels le créancier est empêché de faire valoir sa créance pour des motifs

²²³ BECKER, BK, OR 134 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3523; SCHWENZER, N 84.22.

²²⁴ ATF 90 II 428, 435. Dans l'ATF 130 III 202, 206-207, la question de la méthode de calcul des délais à appliquer à la suspension a été laissée ouverte, la suspension de la prescription ayant pris fin en raison d'une ordonnance qui a interrompu la prescription et a donc fait courir un nouveau délai.

²²⁵ A ce sujet et pour d'éventuelles autres propositions de classification, voir aussi BUCHER, AT, pp. 461-463; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3524-3527; GUHL/KOLLER, § 39 N 31-35; SCHWENZER, N 84.23-84.25; VON BÜREN, AT, pp. 422-423; VON TUHR/ESCHER, pp. 222-224.

²²⁶ A ce sujet, voir SPIRO, FS Bosch, pp. 976-981.

juridiques (chiffre 5) ou en raison de circonstances objectives (chiffre 6; voir N 161-163).

- 160 — Le troisième groupe comprend les autres causes prévues par la législation²²⁷.
- 161 Il faut relever ici que le Tribunal fédéral interprète de façon restrictive la clause de l'article 134 alinéa 1 chiffre 6 CO qui prévoit l'empêchement et la suspension de la prescription « tant qu'il est impossible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse »²²⁸. Il n'admet l'application de cette disposition que si le créancier est empêché par des circonstances objectives, indépendantes de sa situation personnelle, d'intenter une action²²⁹ ou une poursuite²³⁰ en Suisse²³¹, en particulier lorsqu'un for suisse fait défaut. Il est soutenu en cela, explicitement ou du moins implicitement, par la majorité de la doctrine²³².
- 162 A l'inverse, une partie de la doctrine plutôt ancienne requiert l'application d'une clause générale sur l'empêchement et la suspension lorsque le créancier est empêché de faire valoir sa créance par des circonstances dont il n'est pas responsable (par exemple en cas de force majeure mais aussi lorsqu'il ignore sa prétention)²³³; ces auteurs préconisent ainsi l'application du principe rendu par l'adage « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » dont l'origine remonte au droit romain²³⁴. SPIRO préconise une solution identique mais par une autre justification (voir N 276), suivi par PICHONNAZ²³⁵. BECKER admet une application de l'article 139 CO (délai supplémentaire) lorsqu'un cas de véritable force majeure le justifie²³⁶, argumentant qu'une autre interprétation de la loi conduirait à une solution fautive.
- 163 Entre ces deux opinions très marquées, une partie des auteurs estiment qu'il y a lieu de nuancer la jurisprudence du Tribunal fédéral, juste quant à son principe, et d'admettre un empêchement et une suspension pour le cas d'un créancier privé de l'exercice des droits civils et dépourvu de représentant légal²³⁷.

Section 2 L'interruption

A. La notion et le champ d'application

- 164 Contrairement à l'empêchement et à la suspension qui constituent un état de la prescription, à savoir une forme de sommeil²³⁸, l'interruption découle d'une action qui met fin à la prescription. Autrement dit, elle l'abolit²³⁹.

²²⁷ Voir notamment N 76-77. Pour une énumération détaillée, voir DÄPPEN, BSK, OR 134 N 11-12.

²²⁸ Pour un cas d'application original, voir ATF 75 II 227, 236.

²²⁹ Voir les cas visés chez DÄPPEN, BSK, OR 134 N 9.

²³⁰ Voir les détails chez BUCHER, AT, p. 462; SPIRO I, p. 155; VON TUHR/ESCHER, p. 224.

²³¹ ATF 124 III 449, 452 et ATF 90 II 428, 435-442.

²³² DÄPPEN, BSK, OR 134 N 7; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3527; GUHL/KOLLER, § 39 N 34; ROSSEL, p. 195; SCHWENZER, N 84.24; VON TUHR/ESCHER, p. 224; VOSER, pp. 126-127.

²³³ BLOCH, p. 355; FICK, RSJ 11, p. 182; VON BÜREN, AT, p. 422.

²³⁴ A ce sujet, voir BLOCH, pp. 353-357; SPIRO, FS Lewald, pp. 585-602.

²³⁵ PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, pp. 80-84.

²³⁶ BECKER, BK, OR 134 N 9.

²³⁷ BUCHER, AT, pp. 452-453; dans le même sens sur ce point: SPIRO I, pp. 213 ss, en particulier p. 237, pour qui ce cas relève toutefois plutôt de l'art. 2 CC.

²³⁸ ROSSEL, p. 197.

²³⁹ ENGEL, PG, p. 813.

165 En principe, tout délai de prescription est susceptible d'interruption²⁴⁰, qu'il soit unique, relatif, absolu²⁴¹ ou extraordinaire²⁴². L'interruption du seul délai absolu ne présente toutefois un intérêt pour le créancier que dans le cas où le délai relatif n'a pas encore commencé à courir, par exemple en cas de dommage différé latent²⁴³. L'interruption est possible pendant toute la durée du délai, même pendant une suspension (N 208), et elle peut être répétée autant de fois que nécessaire. En revanche, une fois la prescription acquise, un délai, quel qu'il soit, ne peut plus être interrompu. Ainsi, le Tribunal fédéral a précisé que seule la prescription d'une obligation non prescrite pouvait être interrompue et, par conséquent, faire l'objet d'une reconnaissance au sens de l'article 135 chiffre 1 CO²⁴⁴. Le Tribunal fédéral a récemment nié la possibilité d'interrompre le délai extraordinaire civil si la prescription (absolue) de l'action pénale est déjà intervenue au moment de l'acte interruptif²⁴⁵.

B. Les actes interruptifs

a) Du débiteur

- 166 L'article 135 chiffre 1 CO précise que la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette et donne une liste exemplative des actes valant reconnaissance. Etant donné que la reconnaissance de dette pose des questions connexes à celles qui intéressent notre sujet, nous allons y consacrer quelque développement.
- 167 Au sens de l'article 135 chiffre 1 CO, la reconnaissance peut être considérée comme l'expression par le débiteur de son opinion selon laquelle la dette subsiste²⁴⁶. Cette définition succincte appelle plusieurs précisions:
- 168 – La reconnaissance peut être donnée expressément mais un acte concluant est également suffisant²⁴⁷; une déclaration de volonté, c'est-à-dire un acte juridique, n'est pas exigée²⁴⁸, encore moins un contrat: la reconnaissance se veut l'expression d'une connaissance (« *Wissenserklärung* » ou également « *Vorstellungsausserung* »²⁴⁹) et non d'une volonté (« *Willenserklärung* »)²⁵⁰. On peut la caractériser d'action analogue à un acte juridique (« *rechtsgeschäftsähnliche Handlung, Rechtshandlung* »²⁵¹). L'interprétation d'une telle déclaration obéit aux mêmes règles que celles qui gouvernent l'interprétation des manifestations de volonté²⁵². Elle est naturellement valable également si elle prend la forme d'un acte juridique.
- 169 – On peut ainsi en déduire que la reconnaissance n'est pas soumise à une exigence de forme, contrairement à ce qui vaut pour l'article 82 LP²⁵³.

²⁴⁰ KELLER II, p. 296; REY, N 1633.

²⁴¹ ATF 112 II 231, 233; CHAPPUIS, pp. 119-120.

²⁴² ATF 127 III 538, 542.

²⁴³ A ce sujet, voir VOSER, pp. 127-128.

²⁴⁴ ATF 122 III 10, 19; ATF 104 III 20, 22.

²⁴⁵ ATF 131 III 430, 435-437.

²⁴⁶ ATF 57 II 583; BUCHER, AT, p 463; KRAUSKOPF, thèse, N 6.

²⁴⁷ RVJ 1994 p. 268, 270 (Tribunal cantonal valaisan); SJ 1980 p. 116, 118 (TF); ATF 57 II 583.

²⁴⁸ VON TUHR/ESCHER, p. 225. Sceptique: BECKER, BK, OR 135 N 2.

²⁴⁹ VON TUHR/PETER, p. 175.

²⁵⁰ A ce sujet, voir SPIRO I, pp. 351-355.

²⁵¹ SCHWENZER, N 27.06; VON TUHR/ESCHER, p. 225 note de bas de page 5; VON TUHR/PETER, pp. 174-177.

²⁵² ATF 127 III 444, 445.

²⁵³ A ce sujet, voir GILLIERON I, art. 82 N 29 et 33 ss.

- 170 – Pour que la reconnaissance soit valable, il n'est pas nécessaire que le débiteur ait voulu reconnaître la dette ou qu'il sache que son acte déploie un tel effet²⁵⁴.
- 171 – Le droit suisse exige, et c'est important, que la reconnaissance soit adressée au créancier lui-même (ou à son représentant) et non à un tiers²⁵⁵.
- 172 – La reconnaissance ne doit pas être chiffrée quant à son montant²⁵⁶ pour autant que la dette à laquelle elle se rapporte soit définie ou à tout le moins définissable²⁵⁷; elle doit être chiffrée seulement pour remplir les exigences de l'article 137 alinéa 2 CO²⁵⁸.
- 173 La loi énumère certains des actes qui valent reconnaissance au sens de l'article 135 chiffre 1 CO: le paiement d'intérêts, le paiement d'acomptes, la constitution d'un gage et la fourniture d'une caution. Cette énumération n'est toutefois pas exhaustive, la jurisprudence et la doctrine y ont ajouté notamment les cas de figure suivants²⁵⁹:
- 174 – La déclaration expresse ainsi que la délivrance d'un titre de reconnaissance ou d'un effet de change.
- 175 – La transaction.
- 176 – La dation en paiement²⁶⁰ et le paiement partiel, sauf si, pour ce dernier, le débiteur conteste expressément le reste de la dette²⁶¹.
- 177 – La déclaration de compensation, lorsque le débiteur laisse en même temps entendre qu'il considère sa dette comme non totalement acquittée²⁶².
- 178 – La fourniture de sûretés autres que celles mentionnées à l'article 135 chiffre 1 CO²⁶³, par exemple une consignation²⁶⁴ ou une garantie bancaire. Il n'y a pas de reconnaissance de dette si la sûreté n'est fournie que parce que la loi y oblige le débiteur (pour un exemple, voir N 1516) ou pour éviter l'inscription provisoire d'une hypothèque légale (article 839 alinéa 3 CC), alors que la créance invoquée est contestée et que l'utilisation de la sûreté est subordonnée au sort du procès que le créancier doit intenter²⁶⁵.
- 179 – Une demande de sursis ou la signature d'une convention de sursis²⁶⁶.

²⁵⁴ ATF 119 II 368, 378-379; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3532.

²⁵⁵ ATF 90 II 428, 442; voir aussi DÄPPEN, BSK, OR 135 N 2; GUHL/KOLLER, § 39 N 37-38; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 135 N 3; SPIRO I, pp. 355-358; VON TUHR/ESCHER, p. 225.

²⁵⁶ ATF 119 II 368, 378; ATF 110 II 176, 181 et les références citées.

²⁵⁷ BUCHER, AT, p. 464; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 135 N 3.

²⁵⁸ ATF 113 II 264, 268; ATF 61 II 334, 336-338.

²⁵⁹ A ce sujet et pour plus de détails, voir (en plus des références mentionnées ci-après) BUCHER, AT, pp. 463-464; ENGEL, PG, pp. 813-814; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3532-3534; GUHL/KOLLER, § 39 N 37-38; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 135 N 3-4; SCHWENZER, N 84.28; VON BÜREN, AT, p. 436; VON TUHR/ESCHER, pp. 225-226.

²⁶⁰ SPIRO I, p. 370.

²⁶¹ Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1978 Nr. 13 p. 73, 74. Voir aussi WEGMANN, pp. 229-231.

²⁶² ATF 110 II 176, 180-181; pour une approche nuancée, voir SPIRO I, pp. 366, 367 et 370.

²⁶³ SPIRO I, p. 370.

²⁶⁴ VON TUHR/ESCHER, p. 226.

²⁶⁵ Dans le même sens: ATF 110 II 34, 36-37.

²⁶⁶ ATF 89 II 26, 29-30; ATF 65 II 232, 233; voir aussi SPIRO I, p. 378.

- 180 – Le fait d’effectuer des travaux de réparation de défauts, pour ce qui touche l’obligation de garantie découlant d’un contrat d’entreprise²⁶⁷; de même, la promesse ou la proposition d’effectuer des travaux de réparation sur un objet vendu²⁶⁸.
- 181 – La reprise de dette, aussi bien pour le nouveau débiteur que pour l’ancien, pour autant que ce dernier ait consenti à la reprise²⁶⁹.
- 182 – Selon les circonstances, le fait de réclamer la prestation de l’autre partie²⁷⁰.
- 183 En principe, le seul fait d’accepter la prestation de l’autre partie ne constitue pas une reconnaissance de dette²⁷¹. De même, si le débiteur donne son accord à la tenue de pourparlers, cet accord n’entraîne pas l’application de l’article 135 chiffre 1 CO. A notre avis, il n’y a pas non plus de reconnaissance de dette si les parties à un rapport juridique conviennent d’une prorogation de for ou passent un compromis²⁷².
- 184 Nous relevons ici l’opinion de BUCHER, selon lequel la renonciation à la prescription en cours doit être assimilée à la reconnaissance de dette du point de vue de ses effets sur la prescription²⁷³. Nous reviendrons bien entendu plus en détail par la suite sur cette question (N 1084; pour un changement partiel d’opinion de BUCHER, voir aussi N 1091).

b) Du créancier

- 185 Selon la teneur expresse de l’article 135 chiffre 2 CO, les actes interruptifs du créancier sont ceux par lesquels il fait valoir sa créance. Bien que certains de ces actes soient régis par le droit cantonal, c’est le droit fédéral seul qui détermine leur faculté à interrompre la prescription²⁷⁴.
- 186 Les actes que la loi requiert ont ceci de particulier qu’ils impliquent le recours aux moyens d’exécution forcée (au sens large) que l’Etat met à la disposition du créancier pour obtenir la satisfaction de prétentions de droit privé²⁷⁵. La doctrine majoritaire est d’avis que l’énumération de l’article 135 chiffre 2 CO est exhaustive²⁷⁶, ce que semble aussi penser le Tribunal fédéral²⁷⁷, tandis que certains auteurs admettent d’autres actes comme suffisants au sens de cette disposition²⁷⁸.

²⁶⁷ ATF 121 III 270, 272.

²⁶⁸ RJB 85 p. 327, 327-328 (Tribunal cantonal lucernois).

²⁶⁹ BUCHER, AT, p. 585; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3809; GUHL/KOLLER, § 35 N 16; SPIRO I, pp. 110-112 (nuancé); VON TUHR/ESCHER, pp. 222 et 391. *Contra* pour l’ancien débiteur: VON BÜREN, AT, p. 436 note de bas de page 141.

²⁷⁰ SPIRO I, pp. 370-371.

²⁷¹ ATF 89 II 256, 262; voir toutefois SPIRO I, pp. 370-371.

²⁷² *Contra*: BUCHER, AT, p. 463.

²⁷³ BUCHER, AT, p. 464.

²⁷⁴ SPIRO I, pp. 287-288.

²⁷⁵ ATF 114 II 261, 262; SPIRO I, p. 291.

²⁷⁶ BUCHER, AT, p. 464; ENGEL, PG, p. 815; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3535; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 135 N 5. Implicitement: VON BÜREN, AT, pp. 432-434; VON TUHR/ESCHER, p. 226.

²⁷⁷ ATF 65 II 232, 233.

²⁷⁸ DÄPPEN, BSK, OR 135 N 19; SCHÖBI, pp. 120-121; SPIRO I, pp. 299-300.

- 187 L'article 135 chiffre 2 CO a été repris presque tel quel de l'article 157 chiffre 2 CFO. Les travaux préparatoires²⁷⁹ et les messages du Conseil fédéral relatifs au Code fédéral des obligations²⁸⁰ ou au Code des obligations²⁸¹ ne donnent aucune précision quant à l'interprétation à donner à cette disposition. L'opinion des auteurs qui voient en l'article 135 chiffre 2 CO une liste exhaustive est corroborée par une interprétation littérale du texte de l'article 135 CO. En effet, le mot « notamment » figurant au chiffre 1 n'est pas repris au chiffre 2. Quant aux auteurs qui préconisent une interprétation plus large de l'article 135 chiffre 2 CO, il ne nous semble pas que leur opinion est fondamentalement différente, car ils ne postulent pas véritablement une extension de la liste des actes interruptifs: en effet, aucun d'eux ne prétend par exemple qu'une plainte pénale contre le débiteur ou qu'une procédure administrative voire disciplinaire menée à la demande ou sur dénonciation du créancier interromprait la prescription²⁸². Leur opinion tend bien plus à assimiler des actes à ceux que la loi prescrit, par exemple une requête d'exécution forcée selon le droit cantonal²⁸³ ou une requête d'inscription d'une hypothèque légale²⁸⁴ à une requête d'exécution forcée selon le droit fédéral. A notre avis, leur opinion est conforme à l'esprit de la loi, dans la mesure où les actes dont ils requièrent l'assimilation constituent le premier maillon d'une chaîne dont l'accomplissement permet au créancier d'obtenir la satisfaction de sa prétention de droit privé²⁸⁵. Tel n'est pas le cas, par exemple, d'une requête de preuve à futur, parce que cette dernière ne manifeste aucunement l'intention du créancier de faire valoir sa prétention, mais seulement de conserver les preuves déterminantes pour le cas où il voudrait le faire²⁸⁶.
- 188 KOLLER, KESSLER et KRAUSKOPF/MÜLLER considèrent que l'article 135 chiffre 2 CO est de droit dispositif²⁸⁷, c'est-à-dire que les parties peuvent définir par convention d'autres actes interruptifs (par exemple un courrier recommandé), même implicitement²⁸⁸. KRAUSKOPF précise toutefois que les parties ne peuvent pas retrancher de tels actes, conformément à l'opinion dominante²⁸⁹. Ce courant doctrinal a été confirmé par un arrêt non publié du Tribunal fédéral de 1998²⁹⁰. Nous reviendrons plus en détail sur cette question (N 691-694 et 1109-1116), étant d'ores et déjà précisé que dans l'arrêt du Tribunal fédéral cité, l'interruption de la prescription envisagée fait également intervenir une renonciation à la prescription en cours. Il nous semble donc peu judicieux de la considérer comme un acte interruptif du créancier.
- 189 Il nous faut relever ici que le droit de change obéit à des règles particulières, en vertu de l'article 1070 CO. Pour certains domaines juridiques spécifiques, le droit fédéral et également le droit cantonal prévoient des règles particulières. Ils se contentent par exemple d'une réclamation écrite pour interrompre la prescription.

²⁷⁹ Voir les raisons du manque de documents notamment chez FASEL, *Materialien*, pp. 693-699.

²⁸⁰ FF 1880 I 115, 153-161.

²⁸¹ FF 1905 I 1, 16; FF 1909 III 747, 759-760.

²⁸² Voir par exemple SPIRO I, p. 291.

²⁸³ SPIRO I, pp. 298-299.

²⁸⁴ DÄPPEN, BSK, OR 135 N 19; SPIRO I, p. 300.

²⁸⁵ Pour d'autres exemples, voir DÄPPEN, BSK, OR 135 N 19; SPIRO I, pp. 296-307.

²⁸⁶ ATF 93 II 498, 502-504.

²⁸⁷ KESSLER, pp. 126-127; KOLLER, *Verjährung von Versicherungsanprüchen*, p. 29; avis repris dans GUHL/KOLLER, § 39 N 45 et KOLLER, RSJ 103, p. 196; KRAUSKOPF, *Verjährungsunterbrechung*, pp. 131-133; KRAUSKOPF/MÜLLER, p. 466.

²⁸⁸ KRAUSKOPF/MÜLLER, p. 467.

²⁸⁹ KRAUSKOPF, *Verjährungsunterbrechung*, p. 131 note de bas de page 11.

²⁹⁰ ATF 4C.9/1998; voir le compte rendu in RJB 134 pp. 583-585 et le commentaire de KOLLER, PJA 2000, p. 248.

190 S'agissant de l'énumération précise des actes interruptifs du créancier, nous renvoyons aux nombreux ouvrages qui traitent de cette question²⁹¹, tout en rappelant les nuances observées dans la doctrine (N 186).

c) *En cours de procédure*

191 En référence à la note marginale de l'article 138 CO (« fait du créancier »), certains ouvrages traitent du contenu de cet article en l'assimilant d'un point de vue systématique aux actes interruptifs du créancier²⁹². D'autres en revanche considèrent que cet article traite des effets de l'interruption²⁹³. Or, le texte de l'article 138 alinéa 1 CO lui-même précise que la prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception recommence à courir, durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des *parties* (donc aussi du débiteur²⁹⁴) et de chaque ordonnance ou décision du *juge*. Pour cette raison, il nous paraît plus approprié, autant pour l'alinéa 1 que l'alinéa 2 de l'article 138 CO, de parler d'acte interruptif survenu en cours de procédure et non du seul fait du créancier²⁹⁵. Quant à l'alinéa 3, il traite à notre sens des effets de l'interruption (N 205).

192 En ce qui concerne les actes judiciaires ou de poursuite qui remplissent les exigences de l'article 138 alinéas 1 et 2 CO, nous renvoyons à la casuistique développée par la jurisprudence²⁹⁶ et aux ouvrages traitant de cette matière²⁹⁷.

193 Il va de soi qu'au cours de la procédure, les autres moyens d'interrompre la prescription restent à disposition du créancier ou du débiteur, si ce dernier entend reconnaître la dette²⁹⁸.

C. Les effets de l'interruption

a) *Quant à la durée du nouveau délai*

194 L'interruption met fin au délai de prescription en cours (N 164). L'article 137 alinéa 1 CO dispose qu'un nouveau délai commence à courir dès l'interruption. Par sa durée, le nouveau délai est en principe le même que le précédent²⁹⁹.

195 *Exemple: un lésé acquiert connaissance du dommage et de son auteur le 16.02.2000 (prétention en dommages-intérêts soumise à la prescription annuelle). Le 18.10.2000, il remet à la poste une réquisition de poursuite, alors que le commandement de payer est notifié au*

²⁹¹ BERTI, recht 1994, pp. 78-79; DÄPPEN, BSK, OR 135 N 5-19; BUCHER, AT, pp. 464-466; ENGEL, PG, pp. 815-818; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3535-3546; GUHL/KOLLER, § 39 N 39-47; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 135 N 5-17; SPIRO I, pp. 296-307; TERCIER, PG, N 1458; VON BÜREN, AT, pp. 433-435; VONDER MÜHLL, pp. 2-13; VON TUHR/ESCHER, pp. 226-229.

²⁹² BUCHER, AT, p. 465; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3544; GUHL/KOLLER, § 39 N 44; SPIRO I, pp. 338-348; VON BÜREN, AT, p. 435.

²⁹³ ENGEL, PG, pp. 818-820; SCHWENZER, N 84.30.

²⁹⁴ ATF 106 II 32, 36.

²⁹⁵ Pour l'alinéa 2, voir SPIRO I, p. 348 N 29.

²⁹⁶ Voir notamment les arrêts suivants pour l'art 138 al. 1 CO: ATF 130 III 202, 207-210; ATF 123 III 213, 220; ATF 111 II 59, 61-62; ATF 106 II 32, 35-36 (et les références citées); ATF 85 II 504, 508-509; ATF 85 II 187, 191-192; ATF 75 II 227, 231-237. Pour l'art 138 al. 2 CO: ATF 91 II 362, 370-371; ATF 81 II 135, 136.

²⁹⁷ Voir en particulier DÄPPEN, BSK, OR 138 N 1-6b; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3537 et 3544-3545; SPIRO I, pp. 344-348.

²⁹⁸ SPIRO I, p. 342 (et les références citées).

²⁹⁹ Voir aussi l'art. 1071 al. 2 CO.

débiteur le 07.11.2000. La dernière interruption est celle du 07.11.2000³⁰⁰. En l'absence d'acte interruptif subséquent, la prescription sera acquise le 07.11.2001 à minuit, le jour du 07.11.2000 n'étant pas compris dans le calcul³⁰¹.

196 Il faut relever que cette règle s'applique également au délai de prescription extraordinaire (N 118), ce dernier n'étant pas régi par les règles correspondantes du droit pénal, mais du droit civil³⁰².

197 Qui dit principe, dit exception. L'article 137 alinéa 2 CO prévoit un délai de prescription de dix ans, quelle que soit la durée du délai originel, si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement. Pour ce qui est de la reconnaissance de dette prévue par cette disposition, le Tribunal fédéral exige que le titre délivré fasse mention expresse du montant reconnu (N 172). Il semble poser la même exigence pour un jugement, tout en ayant laissé ouverte la question de savoir si un jugement en constatation était suffisant à cet effet³⁰³. A l'instar de SPIRO, nous sommes d'avis qu'un tel jugement est suffisant³⁰⁴, conformément à la lettre de la loi qui ne contient aucune restriction à ce propos.

b) Quant au point de départ du nouveau délai

198 Le nouveau délai court en général dès l'interruption, à savoir dès le jour qui suit l'acte interruptif, quel qu'il soit. Plus précisément, le jour de l'interruption peut être défini de la manière suivante:

199 – Pour le créancier, comme le jour pendant lequel il manifeste sa volonté de faire valoir sa créance³⁰⁵, une remise de cette manifestation de volonté à la poste³⁰⁶ étant considérée comme suffisante.

200 – Pour l'autorité, à la fois comme le jour où elle décide d'agir (ordonnance de procédure, jugement, etc.) et comme le jour où elle notifie son action (notification d'un commandement de payer, des considérants d'un jugement, etc.) aux parties (voir aussi N 195 et les références citées).

201 – Pour le débiteur, SPIRO est d'avis que le point de départ du nouveau délai est toujours celui du jour où le débiteur remet sa déclaration et non celui où le créancier la reçoit³⁰⁷. Il n'est pas aisé de savoir à quel moment exact il rattache les effets de la reconnaissance: au vu de l'exemple qu'il donne au niveau des dates, il semble se baser sur le principe de l'émission (« Äusserungstheorie »)³⁰⁸ et non sur celui de l'expédition (« Übermittlungstheorie »), alors que, selon la formulation du texte de son traité, il a probablement voulu se prononcer en faveur du principe de l'expédition. Quoi qu'il en soit, cette opinion nous paraît critiquable et peu adaptée à la pratique. Comme nous l'avons vu, la reconnaissance de dette doit être adressée au créancier pour porter interruption de la prescription (N 171). Bien qu'elle ne constitue pas obligatoirement un

³⁰⁰ BUCHER, AT, p. 468 note de bas de page 126; GILLIERON I, art. 67 N 135 et les références citées; SPIRO I, p. 379.

³⁰¹ Pour un autre exemple de calcul des délais, voir AFT 81 II 135, 137-138.

³⁰² ATF 127 III 538, 542, aussi publié in RSJ 98 pp. 22-23, commenté par HANSJÖRG STEINER in REAS 2002, pp. 280-285; ATF 111 II 429, 441; voir aussi KELLER II, pp. 303-304.

³⁰³ ATF 61 II 334, 337.

³⁰⁴ SPIRO I, p. 382.

³⁰⁵ SPIRO I, p. 379.

³⁰⁶ ATF 104 III 20, 22; ATF 49 II 38, 42. Pour plus de détails, voir aussi GILLIERON I, art. 67 N 129-133.

³⁰⁷ SPIRO I, p. 379.

³⁰⁸ SPIRO I, p. 379 note de bas de page 13.

acte juridique (c'est-à-dire une déclaration de volonté; à ce sujet, voir N 168), il n'y a selon nous aucune raison de s'éloigner des règles générales en matière de manifestation de volonté. En principe, une telle manifestation est soumise à perception (ou information), lorsqu'elle est directe, et à réception³⁰⁹, lorsqu'elle est indirecte³¹⁰. Cela doit valoir également pour la reconnaissance de dette selon l'article 135 chiffre 1 CO, même lorsqu'elle n'est que l'expression d'une connaissance³¹¹ et non d'une volonté. Admettre la solution préconisée par SPIRO, selon l'exemple qu'il donne lui-même, pourrait conduire à des résultats insatisfaisants.

202 *Exemple: si le débiteur fait parvenir au créancier un extrait de compte qu'il date du 16.02.2000 mais qu'il n'envoie au créancier que le 24.02.2000 et que ce dernier le reçoit le 25.02.2000, l'interruption aurait lieu le 16.02.2000.*

203 Cet exemple démontre bien les limites de la théorie sur laquelle il se base. En admettant que le délai de prescription soit arrivé à échéance le 18.02.2000 dans le cas exposé ci-dessus, la théorie de SPIRO reviendrait à admettre que le débiteur interrompe *a posteriori* (par exemple en antidatant une déclaration) une prescription déjà acquise. Or, le Tribunal fédéral a expressément rejeté la possibilité pour le débiteur d'interrompre la prescription par une reconnaissance de dette une fois qu'elle est acquise³¹².

204 Le départ du nouveau délai peut parfois être différé. Il s'agit des cas suivants:

- 205 – Si l'interruption résulte d'une intervention dans une faillite, le délai recommence à courir dès le moment où il est de nouveau possible de faire valoir la créance (article 138 alinéa 3 CO)³¹³.
- 206 – En cas de convention de sursis, qui implique une reconnaissance de dette (N 179), le délai ne recommence à courir que lorsque la créance est de nouveau exigible³¹⁴.
- 207 – Si une suspension de procédure est décidée par le juge, son ordonnance interrompt la prescription. Dans ce cas, le délai ne recommence à courir que dès le moment où le créancier recouvre la possibilité de requérir la reprise du procès (voir aussi N 218)³¹⁵.
- 208 – Si l'interruption survient au cours d'une période de suspension de la prescription (article 134 CO), le délai ne recommence à courir que lorsque la suspension tombe³¹⁶; la suspension de la prescription se transforme donc en empêchement pour le nouveau délai (pour le calcul des délais, voir N 146-148).

c) Quant à la créance

209 La prescription n'est interrompue que pour le montant de la créance que le débiteur a reconnu ou que le créancier a fait valoir³¹⁷.

³⁰⁹ Par exemple pour une résiliation: ATF 123 III 246, 248.

³¹⁰ Pour les détails, voir ENGEL, PG, pp. 132-135; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 185-205; SCHWENZER, N 27.12-27.32; VON TUHR/PETER, pp. 166-173.

³¹¹ SCHWENZER, N 27.16.

³¹² ATF 122 III 10, 19.

³¹³ Art. 207 LP (ou art. 195 LP si la faillite est révoquée). VON TUHR/ESCHER, p. 230; pour les détails à ce sujet et notamment les problèmes posés par le point de départ du délai s'il y a délivrance d'un acte de défaut de biens après faillite, voir DÄPPEN, BSK, OR 138 N 6-6b.

³¹⁴ ATF 89 II 26, 30; ATF 65 II 232, 233.

³¹⁵ ATF 130 III 202, 206; ATF 123 III 213, 216. Voir aussi ATF 75 II 227, 236, confirmé par l'ATF 85 II 504, 509 et l'ATF 89 II 26, 30.

³¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3548.

³¹⁷ ATF 119 II 339 et les références citées.

- 210 Pour le débiteur, ce principe est d'application stricte, la reconnaissance ne concerne qu'une obligation déterminée ou déterminable quant à son contenu et/ou à son montant³¹⁸.
- 211 En ce qui concerne le créancier, une appréciation plus nuancée s'impose. En effet, on ne saurait poser des exigences trop élevées concernant la rédaction de la réquisition de poursuite ou des conclusions d'une demande en justice³¹⁹. De ce fait, la portée exacte de l'interruption doit être déterminée par interprétation³²⁰. Le créancier aura toutefois soin de demander dans sa réquisition de poursuite ou dans son action en justice un montant suffisant³²¹. De même, s'il fait valoir sa créance par une objection de compensation, il lui faudra veiller à interrompre la prescription pour l'éventuel surplus non invoqué³²².
- d) Quant aux personnes coobligées**
- 212 En principe, l'interruption ne déploie son effet qu'à l'encontre des parties à un rapport juridique déterminé³²³.
- 213 L'article 136 alinéa 1 CO précise toutefois que la prescription interrompue contre l'un des codébiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible l'est également contre tous les autres. Cette règle s'applique en cas d'interruption par le créancier ou en cours de procédure³²⁴. Elle n'a pas d'effet si c'est le débiteur qui interrompt la prescription (voir N 1274). Critiquée par une partie de la doctrine³²⁵, elle compte malgré tout des partisans³²⁶.
- 214 En ce qui concerne les codébiteurs solidaires, le Tribunal fédéral a jugé que la règle ne vaut qu'en cas de solidarité parfaite³²⁷, sauf disposition légale contraire expresse³²⁸, tels les articles 83 alinéa 2 LCR, 39 alinéa 2 LITC et 10 alinéa 4 LRCN qui prévoient cet effet également en cas de solidarité imparfaite (voir aussi N 1275).
- 215 Les alinéas 2 et 3 de l'article 136 CO traitent du cas particulier de l'interruption contre le débiteur principal et la caution (voir aussi N 1283 et 1441).

³¹⁸ SPIRO I, p. 411 et pp. 411-416 pour les détails.

³¹⁹ SPIRO I, pp. 401-402.

³²⁰ DÄPPEN, BSK, OR 135 N 20a; pour les détails, voir SPIRO I, pp. 395-411.

³²¹ ATF 70 II 85, 92-93. Voir aussi VON TUHR/ESCHER, p. 227.

³²² BUCHER, AT, p. 468; DÄPPEN, BSK, OR 135 N 20; VON TUHR/ESCHER, p. 228 en particulier la note de bas de page 23. *Contra*: SPIRO I, pp. 305-307.

³²³ ENGEL, PG, p. 818.

³²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3934; SPIRO I, p. 432.

³²⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3934; GUHL/KOLLER, § 39 N 50; SPIRO I, pp. 430 ss; partiellement: VON TUHR/ESCHER, p. 308.

³²⁶ BUCHER, AT, p. 495; ENGEL, PG, p. 819. Sans véritable prise de position: DÄPPEN, BSK, OR 136 N 2-4; VON BÜREN, AT, p. 437; SCHWENZER, N 88.22.

³²⁷ ATF 115 II 42, 47. *Contra*: VON BÜREN, AT, pp. 437 et 105.

³²⁸ ATF 106 II 250, 253-254.

e) Quant à une action mal introduite

- 216 Le créancier ne peut interrompre la prescription que s'il fait valoir ses droits en conformité aux règles de procédure ou à la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Si son action ou sa poursuite est rejetée pour des raisons formelles, la prescription n'est pas interrompue³²⁹. Dans un tel cas, l'article 139 CO lui accorde toutefois un délai supplémentaire (ou délai de grâce³³⁰ ou encore, moins élogieux, « *Eselsbrücke* »³³¹) de 60 jours pour faire valoir ses droits.
- 217 Nous nous rallions à l'opinion d'une partie de la doctrine³³² selon laquelle l'article 139 CO vise tous les actes interruptifs de l'article 135 chiffre 2, malgré le texte légal qui restreint son champ d'application aux seules actions et exceptions.
- 218 L'article 139 CO est une disposition d'exception, faisant appel à des institutions que l'on ne rencontre pas sous la même forme dans d'autres dispositions du droit suisse. Alors que la prescription n'est pas suspendue pendant la durée d'un procès dont la créance fait l'objet, sauf si le juge ordonne une suspension de la procédure (N 207), l'article 139 CO introduit une forme de report de l'échéance (« *Ablaufshemmung* ») qui empêche le débiteur de prescrire pour la durée du procès ou de la poursuite jusqu'à la décision de non-recevoir et encore pendant les 60 jours qui suivent la notification de cette dernière³³³. Cette faveur n'est toutefois accordée au créancier que si la prescription n'était pas encore acquise au moment où il a fait valoir ses droits³³⁴ et si, à compter de ce même moment, la décision de non-recevoir intervient dans un délai qui n'est pas plus long que le délai de prescription³³⁵. En outre, contrairement à la règle générale (N 208), cette forme de suspension ne constitue pas un empêchement pour le nouveau délai qui court après une nouvelle interruption³³⁶.
- 219 *Exemple: Un lésé acquiert connaissance du dommage (créance soumise à la prescription annuelle) et de son auteur le 09.11.1999. La prescription sera acquise le 09.11.2000. Si le lésé ouvre action le 07.11.2000 et que l'action est renvoyée pour défaut de compétence par jugement notifié le 08.12.2000, le délai supplémentaire pendant lequel il est habilité à interrompre la prescription échoit le 06.02.2001. S'il accomplit un acte interruptif valable le 16.01.2001, le nouveau délai de prescription d'un an commence à courir à compter du 17.01.2001 et non du 07.02.2001. Si en revanche, dans le même exemple, l'action avait été ouverte le 10.11.2000, l'octroi d'un délai supplémentaire serait exclu, la prescription étant déjà acquise.*
- 220 C'est *a posteriori* qu'il peut être déterminé si l'octroi d'un délai supplémentaire se justifie³³⁷. Les critères d'application de l'article 139 CO sont de droit fédéral³³⁸. Contrairement à une opinion qui a été avancée³³⁹, le délai de 60 jours n'est pas un délai de péremption. Si le créan-

³²⁹ DÄPPEN, BSK, OR 139 N 1.

³³⁰ ENGEL, PG, p. 821.

³³¹ VON BÜREN, AT, p. 435.

³³² BUCHER, AT, p. 467; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3550; SCHWENZER, N 84.31; SPIRO I, pp. 331-334. Dans le même sens: DÄPPEN, BSK, OR 139 N 2. *Contra*: ZR 106 Nr. 29 p. 141, 144-145 (Tribunal de commerce de Zurich).

³³³ ATF 109 III 49, 52; DÄPPEN, BSK, OR 139 N 9; GUHL/KOLLER, § 39 N 48; SPIRO I, pp. 335-336.

³³⁴ VON TUHR/ESCHER, p. 230; voir aussi ATF 100 III 35, 39.

³³⁵ SPIRO I, p. 316 note de bas de page 14.

³³⁶ *Contra*: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3549.

³³⁷ ATF 100 III 35, 38-39.

³³⁸ ATF 89 II 304, 310; ENGEL, PG, p. 821; STEINER, pp. 43-44. Voir aussi DÄPPEN, BSK, OR 139 N 8-8a.

³³⁹ ENGEL, PG, p. 821

cier n'accomplit pas d'acte interruptif avant son échéance, sa créance se prescrit³⁴⁰, mais ne se périmé pas; le délai est un délai supplémentaire et non un délai péremptoire. Par conséquent, une nouvelle application de l'article 139 CO n'est pas exclue³⁴¹.

- 221 La jurisprudence a élargi l'applicabilité de l'article 139 CO aux délais de péremption du droit civil fédéral et du droit de la poursuite pour dettes et la faillite, avec certaines particularités³⁴².

Section 3 La prolongation conventionnelle du délai et la renonciation à la prescription en cours

- 222 Dans le chapitre consacré à la prolongation de la durée de la prescription, nous nous devons de mentionner les deux possibilités que sont la prolongation conventionnelle du délai de prescription et la renonciation à la prescription en cours. Nous traiterons de ces sujets constituant le cœur du présent travail dans les parties qui leur sont spécialement consacrées (voir spécifiquement N 757 et 1193-1195).

³⁴⁰ SPIRO I, p. 337.

³⁴¹ Question laissée ouverte dans l'ATF 130 III 202, 211. *Contra*: ZR 106 Nr. 29 p. 141, 145-146 (Tribunal de commerce de Zurich).

³⁴² Voir l'arrêt topique ATF 89 II 304 et les références citées. Pour plus de détails, voir BUCHER, AT, pp. 467-468; DÄPPEN, BSK, OR 139 N 4-5; ENGEL, PG, pp. 821-822; VON TUHR/ESCHER, p. 230; WYSS, JT 1973, pp. 269-270. Avec des nuances: VAUTIER, pp. 275-276.

Chapitre III L'invocation et la preuve de la prescription

223 Selon la théorie classique, le droit est l'action. L'action est simplement la mise en pratique du droit. Cette théorie a aujourd'hui été abandonnée au profit d'une distinction tripartite entre demande, droit de fond et droit d'action. Il n'en demeure pas moins que l'ordre juridique attend du créancier qu'il fasse valoir son droit, autrement dit qu'il le mette en marche. La prescription est un moyen dont le débiteur peut se servir pour l'arrêter. Dans le présent chapitre, nous allons étudier comment ce moyen doit être mis en œuvre.

Section 1 L'invocation de la prescription

A. Généralités et maxime éventuelle

224 La prescription est un moyen de défense du débiteur. Ce dernier peut l'invoquer dans son mémoire de réponse (« *Klageantwort* ou « *beantwortung* ») et n'a pas besoin pour ce faire d'intenter une action reconventionnelle (« *Widerklage* »)³⁴³. Comme nous l'avons déjà exposé, le juge ne peut retenir d'office ce moyen (N 134-136)³⁴⁴.

225 Il convient de relever ici que la « non-prescription » d'une créance invoquée en justice ne constitue pas un motif de recevabilité³⁴⁵ de par le droit fédéral (article 142 CO). Des règles de procédure cantonale disposant le contraire sont donc inapplicables. Cela implique que dans sa demande, le créancier n'a pas à alléguer des faits et à présenter des moyens de preuve qui établissent que sa créance n'est pas prescrite.

226 En Suisse, le procès civil est en principe régi par la maxime éventuelle (« *Eventualmaxime* »). Selon ce principe de procédure, les parties sont tenues de présenter tous leurs moyens, d'attaque pour le créancier, de défense pour le débiteur, simultanément à un même stade de la procédure, y compris les moyens de preuve disponibles³⁴⁶. Ce principe, qui est en général une prescription d'ordre et non une règle impérative³⁴⁷, n'est pas appliqué strictement et les lois de procédures cantonales y apportent divers tempéraments³⁴⁸.

B. L'application de la maxime éventuelle à la prescription

227 Nous avons déjà dit que le débiteur doit en principe invoquer la prescription selon les formes et au stade de la procédure prévus par le droit cantonal (N 127). Ce principe est généralement mentionné par la doctrine sans précision supplémentaire. Le Tribunal fédéral a lui aussi jugé

³⁴³ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 170 N 1b.

³⁴⁴ Pour un exemple, voir ATF 129 V 237, 241.

³⁴⁵ VOGEL/SPÜHLER, Chapitre 7 N 75; GULDENER, p. 222.

³⁴⁶ Pour plus de détails et les différentes solutions cantonales, voir FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 114 N 1-1a; GULDENER, pp. 181-185; HABSCHIED, N 544-545; KUMMER, Zivilprozessrecht, pp. 82-83; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 92 N 1a; VOGEL/SPÜHLER, Chapitre 6 N 97-99; WALDER-RICHLI, § 19.

³⁴⁷ GULDENER, p. 182.

³⁴⁸ Voir l'énumération des diverses dispositions cantonales chez VOGEL/SPÜHLER, Chapitre 6 N 100-107.

que c'est le droit cantonal qui détermine jusqu'à quel moment l'exception de prescription peut être invoquée. Sa jurisprudence datait d'il y a un demi-siècle³⁴⁹ mais avait été confirmée encore en 1993³⁵⁰. Elle n'avait pas approfondi la question. Dans un arrêt plus récent³⁵¹, le Tribunal fédéral a partiellement abandonné cette jurisprudence en précisant, sur la base d'un arrêt non publié, que la maxime éventuelle violait le principe de la primauté du droit fédéral si elle empêchait le débiteur de faire valoir la prescription intervenue au cours du procès. Il a de même admis l'invocation de la prescription dans le cadre d'une procédure de recours en réforme, ce qu'il avait déjà fait dans un arrêt de 1980 par rapport à une prescription survenue durant la dernière instance cantonale³⁵². Dans le cadre d'un procès direct, le Tribunal fédéral a été confronté à l'exception de prescription soulevée dans un mémoire final. Il l'a cependant simplement rejetée, la considérant comme abusive, ne répondant ainsi pas à la question de savoir si elle pouvait encore intervenir à ce stade de la procédure³⁵³.

- 228 A notre avis, la prescription se prête mal à l'application de la maxime éventuelle et à une limitation des possibilités de l'invoquer par le droit cantonal, qu'elle soit intervenue pendant le procès ou avant ce dernier. En effet, la prescription acquise procure au débiteur une exception au sens technique et donc un droit subjectif (N 30-33). Son invocation dans le procès civil consiste donc en l'exercice d'un droit subjectif conféré par le droit civil fédéral³⁵⁴ et touche le droit matériel. Elle ne consiste pas en l'allégation de nouveaux faits (« *Sachvorbringen* ») et ne requiert en principe pas la production de moyens de preuve supplémentaires par le débiteur.
- 229 Or, une partie de la doctrine admet que l'invocation de moyens de défense et d'attaque qui ne nécessitent précisément pas l'allégation de nouveaux faits peut se faire jusqu'à la fin de l'audience des débats³⁵⁵. En conséquence, en opposition à la maxime éventuelle, nous postulons que l'invocation de l'exception de prescription par le débiteur est possible à tous les stades du procès civil et ce, de par le droit matériel fédéral, que la prescription soit intervenue pendant la litispendance ou avant le début du procès³⁵⁶. Cela vaut autant pour une procédure cantonale que pour la procédure civile fédérale. Le débiteur jouit de cette faculté tant que le jugement n'est pas entré en force de chose jugée formelle (« *formelle Rechtskraft* »), c'est-à-dire qu'il peut aussi se prévaloir de la prescription dans le cadre d'une voie de recours dite ordinaire³⁵⁷.
- 230 Quel que soit le stade du procès au cours duquel le débiteur soulève son exception, il sied de donner au créancier l'occasion de se prononcer sur l'exception invoquée et la possibilité de démontrer que la prescription a été suspendue ou interrompue ou qu'elle n'est pas acquise

³⁴⁹ ATF 80 III 41, 52.

³⁵⁰ ATF 119 III 108, 110.

³⁵¹ ATF 123 III 213, 217; voir aussi ATF 124 II 543, 558.

³⁵² ATF 106 II 32, 34-36. Concernant cet arrêt et ses conséquences, voir WIDMER/WESSNER, pp. 222-223.

³⁵³ ATF 4C.314/1992 du 21.11.2000, c. 7b.

³⁵⁴ Voir aussi VON TUHR/PETER, pp. 27-29.

³⁵⁵ KUMMER, Zivilprozessrecht, p. 83 (pour l'objection de compensation); LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 92 N 1b.

³⁵⁶ Pour le droit français, voir BÉNABENT, N 909. *Contra*: BERTI, ZK, OR 142 N 14.

³⁵⁷ Admis par exemple en procédure cantonale: SJ 1947 p. 376, 379 (Cour de justice civile genevoise). *Contra*: ATF 119 III 108, 110, concernant un arrêt fribourgeois. Voir toutefois N 227.

pour une autre raison³⁵⁸. Le tribunal accordera ensuite au débiteur l'occasion de prendre position sur les moyens invoqués par le créancier³⁵⁹.

- 231 Ce postulat ne signifie pas que le débiteur ne doit pas se plier au déroulement du procès fixé par le droit cantonal. Il est tenu d'exciper de la prescription lorsqu'une intervention de sa part est nécessaire ou possible. Si l'invocation de l'exception de prescription à un stade avancé du procès occasionne des frais supplémentaires ou fait apparaître certains frais consentis comme inutiles, c'est lui qui aura à les supporter. Toutefois, il ne sera déchu de son droit à invoquer l'exception de prescription que s'il omet de le faire valoir dans la dernière intervention³⁶⁰, écrite ou orale, que lui accorde le droit de procédure avant le jugement.
- 232 Cette extension de l'application du droit fédéral se justifie pour trois raisons principales:
- 233 – Dans plusieurs dispositions du Code des obligations, le législateur fédéral a réglé les implications de la prescription en termes de procédure (articles 135, 139, 142 CO), bien qu'il s'agisse d'une institution de droit matériel. L'article 142 CO traite précisément de l'invocation de l'exception de prescription, démontrant ainsi que le législateur voulait aussi en régler, du moins partiellement, les modalités. Il n'est donc pas contraire à l'esprit de la loi de dire que le droit fédéral entend également fixer le moment possible de l'invocation de la prescription, même si la Confédération n'a pas encore usé de sa compétence pour unifier la procédure civile (article 122 alinéa 1 nCst. féd.³⁶¹; voir aussi N 237).
- 234 – Une telle extension évite des solutions différenciées entre les cantons et garantit ainsi l'application du droit de fond sans égard à un éventuel formalisme procédural. Il n'y a en effet pas de raison valable à ce qu'un moyen tiré du droit matériel fédéral doive par exemple être invoqué au plus tard dans la réponse ou au début de l'administration des preuves en première instance dans le canton de Fribourg³⁶² et puisse être invoqué encore dans le mémoire d'appel dans le canton de Lucerne³⁶³ et même au débat final en appel dans le canton du Valais³⁶⁴.
- 235 – Finalement, elle compense en partie pour le débiteur la sévérité de la règle de l'article 142 CO (N 134). Elle permet en particulier au plaideur non assisté de ne pas être touché trop durement par une omission de sa part à un stade peu avancé de la procédure.
- 236 L'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral devrait donc à notre sens être totalement abandonnée et les principes développés dans son arrêt récent (N 227) devraient être appliqués également dans les cas où la prescription est intervenue avant le début du procès. Etant donné que l'invocation de la prescription ne nécessite pas de moyens de preuve de la part du débiteur et que les moyens à disposition du créancier pour s'opposer à l'exception de prescription sont limités, une complication des procès civils n'est pas à redouter.
- 237 Le projet de Code de procédure civile suisse ne donne aucune précision concernant l'invocation de la prescription. Il admet l'invocation de faits et moyens de preuve nouveaux proprement dits ou improprement dits sans réserve jusqu'à la fin des premières plaidoiries en

³⁵⁸ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 92 N 1b *in fine*.

³⁵⁹ GULDENER, p. 177 note de bas de page 9.

³⁶⁰ A ce sujet, voir VON TUHR/PETER, p. 29.

³⁶¹ Texte adopté en votation populaire du 12.03.2000, RO 2002 3148-3150, et entré en vigueur le 01.01.2007, RO 2006 1059.

³⁶² RFJ 2005 p. 9, 15-16 (Tribunal cantonal fribourgeois).

³⁶³ LGVE 2006 I Nr. 9 p. 12, 13 (Tribunal cantonal lucernois).

³⁶⁴ RVJ 2006 p. 274, 281 (Tribunal cantonal valaisan).

première instance mais pas en procédure d'appel³⁶⁵. Toutefois, vu que l'invocation de la prescription ne consiste précisément pas en l'allégation de faits nouveaux (N 229), rien n'empêcherait, si le projet devait voir le jour tel quel, d'admettre l'invocation de la prescription de manière large, même en deuxième instance, qu'elle soit intervenue avant ou après le début du procès.

Section 2 La preuve de la prescription

A. Le fardeau de la preuve

- 238 Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition règle les conséquences de l'absence de preuve, c'est-à-dire du sort des conclusions d'une partie qui n'a pas réussi à convaincre le juge de l'exactitude de ses allégués³⁶⁶.
- 239 Lorsqu'il excipe de la prescription au cours d'un procès, le débiteur ne fait pas seulement valoir un droit, il l'exerce: le droit unilatéral de refuser la prestation (exception péremptoire). Cette particularité a des conséquences quant aux preuves qui sont attendues des parties.

B. Pour le débiteur

- 240 Selon une partie de la doctrine, le débiteur doit prouver que les conditions de la prescription, qui est à la fois considérée comme un « contre-droit » (« *Gegenrecht* ») et comme un fait destructeur (« *rechtsvernichtende Tatsache* »³⁶⁷), sont remplies³⁶⁸. Cette affirmation est trop catégorique et mérite d'être nuancée. Seuls certains éléments d'une des deux conditions principales de la prescription (N 88-90) peuvent faire l'objet d'une preuve de la part du débiteur.
- 241 Le débiteur n'a en effet pas à prouver que la créance poursuivie en justice est prescriptible (N 91-95)³⁶⁹. La loi elle-même dispose qu'à défaut de règle contraire, toute créance se prescrit (article 127 CO, voir aussi N 548).
- 242 En ce qui concerne le délai, ce dernier peut-être caractérisé par les trois éléments suivants: son point de départ (N 98-113), son type et sa durée (N 114-119) ainsi que son échéance (N 120-122). D'un point de vue du fardeau de la preuve, on peut poser les principes suivants:
- 243 – L'écoulement du temps est un fait qui, cela va de soi, ne nécessite aucune preuve.
- 244 – L'échéance du délai peut être déterminée sur la base des règles de supputation de la loi, dès le moment où son point de départ et sa durée sont connus; elle ne nécessite donc l'administration d'aucune preuve.
- 245 – La durée du délai est fixée par la loi et n'a donc en principe pas besoin d'être prouvée; le débiteur peut toutefois être exceptionnellement tenu de prouver les faits fondant un délai de prescription plus court que le délai ordinaire et dont il entend se prévaloir³⁷⁰.

³⁶⁵ Art. 225 al. 1 et 314 al. 1 du projet de Code de procédure civile suisse, FF 2006 7019, 7068 et 7092. Voir aussi Message CF 28.06.2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, 6948-6949 et 6982.

³⁶⁶ KUMMER, BK, ZGB 8 N 20.

³⁶⁷ *Contra*: VON TUHR/ESCHER, p. 231.

³⁶⁸ Expressément: DESCHENAUX, p. 240; SCHMID, BSK, ZGB 8 N 58.

³⁶⁹ KUMMER, BK, ZGB 8 N 178.

³⁷⁰ SPIRO I, pp. 897-898.

- 246 – En revanche, le débiteur doit prouver les faits propres à fonder le point de départ du délai (quel que soit son type), qu'il s'agisse de l'exigibilité, de la connaissance du créancier ou encore d'un autre moment (voir N 98-113)³⁷¹.
- 247 Le débiteur peut naturellement être appelé à apporter la contre-preuve lorsque le fardeau de la preuve incombe au créancier.

C. Pour le créancier

- 248 Le créancier qui entend s'opposer à la paralysie de sa créance par le débiteur et au rejet de son action par le juge a la possibilité de prouver que la prescription n'est pas acquise.
- 249 Il doit établir, le cas échéant, que sa créance est imprescriptible (N 96). Cette preuve n'est pas difficile à rapporter, car elle peut se fonder sur l'extrait d'un registre public (registre foncier, des aéronefs, des bateaux, de l'état civil) dont la force probante est consacrée par la loi (article 9 CC)³⁷².
- 250 Si, en réponse à l'exception soulevée par le débiteur, il allègue que le délai n'est pas encore écoulé, il peut être amené à rapporter la contre-preuve des allégations du débiteur qui fondent un point de départ du délai qui lui est défavorable (N 246). Néanmoins, il ne supporte pas à cet égard de véritable fardeau de la preuve. En effet, le fait invoqué fonde le droit du débiteur à refuser la prestation et non celui du créancier à la réclamer (voir aussi N 225). Bien que ce point puisse être délicat, particulièrement lorsque le point de départ du délai est subjectif, le Tribunal fédéral a jugé que « l'incertitude qui subsiste à ce sujet demeure à la charge de la défenderesse, qui a invoqué la prescription »³⁷³. Cela signifie que sera retenu comme point de départ du délai de prescription le moment auquel la prescription aura dans tous les cas commencé à courir et non celui d'un début possible. Eu égard aux conséquences parfois lourdes de la prescription pour le créancier et à la brièveté des délais du droit suisse, cette jurisprudence mérite l'approbation.
- 251 Le créancier supporte en revanche seul le fardeau de la preuve concernant une éventuelle prolongation de la durée de la prescription³⁷⁴. En ce qui concerne l'interruption, il doit prouver d'une part qu'elle a eu lieu, d'autre part qu'elle a eu lieu à temps. En effet, une prescription déjà acquise ne saurait être interrompue (N 165). C'est également à lui qu'il revient le soin d'établir qu'une cause de suspension était donnée. Cependant, si le débiteur conteste la cause de l'article 134 alinéa 1 chiffre 6 CO, il lui incombe de prouver qu'il était possible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse, vu la difficulté presque insurmontable que représenterait le fardeau de la preuve pour le créancier.
- 252 Nous reviendrons ultérieurement sur les problèmes de preuve que posent la modification conventionnelle du délai (N 768), la renonciation à la prescription en cours (N 1244-1251) et la renonciation à la prescription acquise (N 1424-1427).

³⁷¹ ATF 111 II 55, 59; KUMMER, BK, ZGB 8 N 304. Pour plus de détails, voir aussi SPIRO I, pp. 894-897.

³⁷² SPIRO I, p. 898.

³⁷³ ATF 111 II 55, 59.

³⁷⁴ Voir en particulier BECKER, BK, OR 127 N 6; DÄPPEN, BSK, OR 135 N 23; KUMMER, BK, ZGB 8 N 172 et 304; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 142 N 2; ROSSEL, p. 204; SPIRO I, pp. 891-894.

Chapitre IV L'abus de droit

Section 1 La notion de bonne foi et d'abus de droit

- 253 Selon l'article 2 alinéa 1 CC, « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi ». Le principe de la bonne foi énoncé dans cette disposition légale exprime l'obligation pour les particuliers de respecter les valeurs éthiques d'honnêteté, de loyauté et de correction (« *Redlichkeit, Loyalität und Korrektheit* ») dans leurs relations réciproques, pour autant que ces dernières nécessitent une appréciation juridique³⁷⁵. Les titulaires de droits et d'obligations sont tenus de se comporter avec des égards réciproques (« *wechselseitige Rücksichtnahme* »)³⁷⁶.
- 254 Le deuxième alinéa de l'article 2 CC ajoute que « l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ». Jusqu'à ce jour, la science du droit n'a pas réussi à donner une définition unanimement ou même seulement généralement admise de l'interdiction de l'abus de droit³⁷⁷. On peut cependant distinguer deux grands courants de pensée.
- 255 Le premier, fidèle aux intentions du législateur, voit dans l'alinéa 2 de l'article 2 CC une norme qui consacre l'inexistence d'un droit contraire à la finalité de l'ordre juridique et à la protection des intérêts juridiques³⁷⁸. Selon cette théorie, l'interdiction de l'abus de droit est le corollaire du principe de la bonne foi: tout agissement contraire à la bonne foi constitue une violation de la règle invoquée et, dans un tel cas, l'ordre juridique préfère accorder sa protection à celui qui est au bénéfice d'un droit juste (« *richtiges Recht* ») au sens éthique et moral du terme. La sanction que la loi attache à l'abus de droit ne peut en conséquence qu'être l'inexistence de la prétention invoquée, inexistence que le juge ne peut que constater.
- 256 Le deuxième courant voit dans l'interdiction de l'abus de droit un garde-fou posé à l'exercice des droits subjectifs³⁷⁹, une limitation de leur contenu³⁸⁰. Lorsque l'exercice d'un droit conféré par la loi apparaît comme une injustice manifeste au regard des valeurs éthiques de la bonne foi, le titulaire de ce « droit apparent » ne peut s'en prévaloir³⁸¹. L'article 2 alinéa 2 CC devient donc une norme protectrice et correctrice qui permet au juge non de constater l'inexistence d'une prétention mais de refuser l'exercice du droit tel qu'il est invoqué et dans la mesure où il l'est abusivement. Dans cette optique, l'article 2 alinéa 2 CC est l'instrument dont dispose la justice pour tracer la frontière entre le droit et l'abus. Lorsqu'il admet qu'il y a abus de droit, le juge ne crée pas de règle générale et abstraite différente de la loi, il ne fait que refuser l'application de la loi dans un cas particulier lorsqu'il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la justice matérielle³⁸². La jurisprudence du Tribunal fédéral doit être rattachée à ce deuxième courant³⁸³.
- 257 Il ne nous appartient pas de trancher ici en faveur de l'un ou de l'autre de ces courants. Bien que notre cœur penche pour le premier courant, la raison nous dicte de nous baser sur

³⁷⁵ BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 3.

³⁷⁶ MERZ, BK, ZGB 2 N 17.

³⁷⁷ BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 236; HONSELL, BSK, ZGB 2 N 24.

³⁷⁸ A ce sujet, voir HUWILER, pp. 47-51; JAUN, RJB 137, pp. 49-50.

³⁷⁹ HONSELL, BSK, ZGB 2 N 25.

³⁸⁰ MERZ, BK, ZGB 2 N 28.

³⁸¹ DESCHENAUX, pp. 138-139.

³⁸² AMOOS, p. 36.

³⁸³ Voir par exemple ATF 125 III 257, 261.

l'opinion du Tribunal fédéral dans le cadre du présent travail. Nous relevons que l'article 2 alinéa 2 CC ne prohibe que l'abus *manifeste*³⁸⁴ d'un droit. Quelle que soit l'opinion défendue, l'interdiction de l'abus de droit reste donc une norme d'exception et son application doit être réservée à des cas exceptionnels, d'injustice criante, de violation grave de la justice dite matérielle³⁸⁵.

Section 2 L'abus de droit en matière de prescription

A. Du créancier

258 En principe, le créancier qui tarde à faire valoir sa créance en justice et ne le fait que peu avant l'échéance du délai de prescription ne commet pas d'abus de droit³⁸⁶. Le juge ne saurait raccourcir les délais de prescription sous le couvert de l'article 2 alinéa 2 CC, ce d'autant plus si le délai en question est relativement court³⁸⁷. Cette disposition ne lui permet d'ailleurs pas non plus de retenir un abus de droit si le créancier tarde à faire valoir sa prétention mais que la loi ne prévoit pas de délai de prescription³⁸⁸. S'il existe une lacune de la loi, il doit faire acte de législateur selon l'article 1 alinéa 2 CC pour établir un délai et ne rejeter l'action du créancier que si le débiteur excipe de la prescription (voir aussi N 71).

259 Si un abus de droit est commis, il doit être pris en compte d'office. Il ne le sera que lorsque des circonstances font apparaître l'attente du créancier comme manifestement abusive; alors seulement, le juge est habilité à intervenir dans un cas d'espèce et à paralyser le droit d'action du créancier³⁸⁹. A titre d'exemple, nous citons le cas dans lequel il ressort des circonstances que le créancier a en fait renoncé à sa créance ou qu'il a attendu sans raison plausible, si ce n'est pour rendre intentionnellement et astucieusement impossible ou beaucoup plus difficile l'administration des preuves, en raison de l'ancienneté et de la complexité des faits³⁹⁰.

B. Du débiteur

a) Notion

260 La bonne foi n'est pas une condition de la prescription (N 55). L'affaiblissement du droit du créancier intervient du seul fait de l'écoulement du temps. Cependant, le débiteur qui excipe de la prescription peut abuser de son droit à refuser la prestation, lorsque, par son comportement ou ses déclarations, il a incité le créancier à ne pas interrompre la prescription.

261 Il n'est pas possible de dresser une règle générale qui appréhenderait cette problématique. Par conséquent, c'est au cas par cas que le juge doit examiner si un abus est commis. De la pratique des tribunaux est née une « famille de cas » ou « *Sachgruppe* »³⁹¹.

³⁸⁴ Concernant la portée de ce terme, voir HUWILER, pp. 41-42 et 46-47.

³⁸⁵ BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 236. Voir aussi JAUN, RJB 137, pp. 67-68.

³⁸⁶ ATF 124 II 436, 453; ATF 116 II 428, 431.

³⁸⁷ ATF 127 III 357, 364.

³⁸⁸ BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 387.

³⁸⁹ AMOOS, pp. 46-47; MERZ, BK, ZGB 2 N 522; BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 392.

³⁹⁰ ATF 95 II 109, 115-116; ATF 94 II 37, 42-43; ATF 59 II 386, 392-393. Sur une problématique apparentée, voir aussi ATF 127 III 257, 267.

³⁹¹ ZELLER, pp. 77-78 et 381-383.

b) Conditions

- 262 Les arrêts dans lesquels cette question est examinée sont légion. En effet, le plaideur dont l'action est introduite tardivement peut trouver dans l'argument de l'abus de droit une éventuelle bouée de sauvetage bienvenue.
- 263 De manière générale, la pratique des tribunaux suisses est plutôt stricte dans l'application de l'article 2 alinéa 2 CC à l'exception de prescription, ceci pour éviter une relativisation difficile à cerner des règles sur la prescription³⁹². Dans des arrêts déjà anciens, le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, que d'admettre l'abus lorsque le retard du créancier à agir n'est pas imputable au débiteur reviendrait à priver ce dernier du droit de se prévaloir de la prescription³⁹³. Il a aussi rapidement jugé qu'il y avait lieu d'analyser non d'un point de vue subjectif mais d'un point de vue objectif si l'inactivité du créancier se justifiait au regard de l'attitude du débiteur³⁹⁴.
- 264 La position du Tribunal fédéral peut être résumée à l'aide d'un extrait d'un arrêt de 1987:
- 265 « *Es ist richtig, dass diese Einrede einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 ZGB darstellt und daher nicht zu schützen ist, wenn sie gegen erwecktes Vertrauen verstösst, der Schuldner insbesondere ein Verhalten gezeigt hat, das den Gläubiger bewogen hat, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und das seine Säumnis auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt (...). Der Schuldner muss den Gläubiger indes während offener Verjährungsfrist veranlasst haben, zuzuwarten; (...)*³⁹⁵. »
- 266 Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a utilisé deux tournures différentes pour indiquer l'effet du comportement du débiteur sur le créancier, l'une selon laquelle le comportement du débiteur doit avoir poussé (« *bewogen hat* ») le créancier à ne pas interrompre la prescription, l'autre selon laquelle le débiteur doit avoir engagé ou incité (« *muss ... veranlasst haben* ») le créancier à attendre. Le débiteur doit avoir adopté un comportement actif et causal (« *positive Verursachung* ») au regard de l'inactivité du créancier³⁹⁶. Le Tribunal fédéral exige que l'examen se fasse d'un point de vue objectif (« *bei objektiver Betrachtungsweise* »): toute personne normale placée dans les mêmes conditions aurait adopté le même comportement³⁹⁷. Cette condition ne peut être remplie que si le débiteur a donné au créancier par son comportement et/ou ses déclarations l'assurance que la sauvegarde de ses droits par un acte interruptif n'était pas nécessaire.
- 267 Le Tribunal fédéral a encore précisé que le fait que le créancier laisse s'écouler le délai par négligence, ignorance de la situation juridique ou pour toute autre raison ne justifiait pas de retenir un abus³⁹⁸. Il en va de même lorsque le créancier ne fait rien parce qu'une poursuite ou une action en justice serait infructueuse³⁹⁹ ou parce qu'il se base sur de vagues promesses du débiteur ou encore lorsque ce dernier manifeste son intention de ne pas exécuter sa prestation pendant le délai, détruisant ainsi la confiance créée⁴⁰⁰. Si le débiteur participe à la recherche de solutions avec le créancier et tente parallèlement d'impliquer des tiers sans reconnaître

³⁹² MERZ, AcP 163, pp. 313-314.

³⁹³ ATF 64 II 284, 289.

³⁹⁴ ATF 69 II 102, 104.

³⁹⁵ ATF 113 II 264, 269. Voir aussi ATF 131 III 430, 437-438; ATF 111 II 429, 438-439; ATF 108 II 278, 287; ATF 4C.421/2005, c. 5.1.

³⁹⁶ ATF 83 II 93, 101; BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 393.

³⁹⁷ Voir BAUMANN, ZK, ZGB 2 N 84; MERZ, BK, ZGB 2 N 105.

³⁹⁸ ATF 64 II 284, 289; voir aussi RVJ 2006 p. 274, 281-283 (Tribunal cantonal valaisan).

³⁹⁹ ATF 69 II 102, 105.

⁴⁰⁰ ATF 83 II 93, 99-101 (pour un délai de péremption); RBA XIII n°62 (TF).

expressément ou implicitement sa responsabilité, le créancier ne peut inférer de cette attitude la haute probabilité d'un arrangement à l'amiable, qui le pousserait à renoncer à toute mesure nécessaire à l'interruption de la prescription⁴⁰¹. Si le débiteur n'excipe pas de la prescription d'emblée, cela ne signifie pas que son invocation après coup (par exemple dans sa duplique) est constitutive d'abus⁴⁰².

268 Pour que l'abus soit retenu, il faut que le débiteur ait incité le créancier à ne pas agir pendant que le délai courait encore⁴⁰³. Il faut en outre que le retard du créancier à agir apparaisse comme dans son ensemble causé par l'attitude du débiteur; si le créancier attend trop longtemps avant d'agir, il ne pourra plus invoquer l'abus du débiteur⁴⁰⁴. L'attitude du débiteur peut être astucieuse ou de mauvaise foi, par exemple s'il donne de faux renseignements⁴⁰⁵ ou remet intentionnellement l'examen des prétentions du créancier au jour suivant l'échéance du délai⁴⁰⁶, mais l'astuce ou la mauvaise foi ne sont pas des conditions de l'abus⁴⁰⁷.

269 Si un droit étranger s'applique, l'abus en matière de prescription doit néanmoins être examiné selon le droit suisse, l'article 2 alinéa 2 CC étant une disposition d'ordre public suisse positif selon l'article 18 LDIP⁴⁰⁸.

270 Sur la base des développements qui précèdent nous pouvons définir les conditions générales que pose la jurisprudence à l'admission d'un abus:

- 271 - Le délai de prescription doit être écoulé et le débiteur excipe de la prescription.
- 272 - Pendant que le délai courait encore, le débiteur doit avoir, par une déclaration ou par son comportement, incité le créancier à ne pas accomplir d'acte interruptif de la prescription, soit pour permettre des pourparlers, soit parce qu'il a donné des assurances quant à l'exécution de sa prestation.
- 273 - La déclaration ou le comportement du débiteur doit avoir éveillé auprès du créancier une confiance objectivement fondée que le débiteur ne se prévaudrait pas de la prescription en cas de procès.
- 274 - Le créancier doit avoir réagi sans délai après l'échec d'éventuels pourparlers avec le débiteur ou après qu'il a pu reconnaître que ce dernier n'exécuterait pas sa prestation.

275 La doctrine semble se satisfaire des solutions de la jurisprudence⁴⁰⁹. Dans son commentaire de l'article 2 CC, MERZ a rangé la famille de cas dont il est question sous ceux dans lesquels le débiteur se rend coupable d'une attitude contradictoire (« *venire contra factum proprium* »)⁴¹⁰.

276 Il faut encore citer l'opinion de SPIRO qui admet une application encore plus large de la notion d'abus de droit, à savoir à tous les cas dans lesquels le débiteur ne saurait exiger du créancier

⁴⁰¹ ATF 4C.421/2005, c. 5.2; partiellement publié et commenté par PASCAL PICHONNAZ, DC 2006, pp. 169-170.

⁴⁰² ATF 124 II 543, 558.

⁴⁰³ LGVE (Max) 1973 Nr. 124 (Tribunal cantonal lucernois).

⁴⁰⁴ SJ 2003 p. 329, 332-333 (TFA B 32/01).

⁴⁰⁵ Pra 39 Nr. 104.

⁴⁰⁶ RBA XII n°55 (Cour d'appel bernoise).

⁴⁰⁷ ATF 89 II 256, 262-263; LGVE (Max) 1936 Nr. 463 (Tribunal cantonal lucernois).

⁴⁰⁸ ATF 128 III 201, 207, résumé in SJ 2002 p. 293; BJM 1955 p. 253, 257 (Tribunal civil de Bâle-Ville).

⁴⁰⁹ Voir par exemple DÄPPEN, BSK, OR 142 N 8-9; BUCHER, AT, p. 469; ENGEL, PG, pp. 802-803; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3558; GUHL/KOLLER, § 39 N 52; SCHWENZER, N 85.03.

⁴¹⁰ A ce sujet, voir MERZ, BK, ZGB 2 N 400 ss, en particulier N 407 ss.

qu'il interrompe la prescription⁴¹¹. Cela revient en fait à faire des pourparlers un cas de suspension de la prescription, ce qui est également postulé par SCHAER⁴¹². PICHONNAZ est du même avis, pour autant que la durée des négociations soit déterminée⁴¹³.

277 Pour notre part, nous considérons que les conditions développées par la jurisprudence sont satisfaisantes et que l'opinion de SPIRO va trop loin dans la mesure où elle est dépourvue de fondement dans la loi⁴¹⁴. Tout au plus faut-il déplorer qu'une incertitude demeure quant à la diligence exigée du créancier lorsque des pourparlers ont échoué ou lorsqu'il sait que le débiteur n'exécutera pas sa prestation. Quel délai lui est-il accordé pour intenter une poursuite ou une action en justice ? La nature de l'interdiction de l'abus de droit ne permet pas d'établir une règle générale et abstraite à ce sujet (N 256) et c'est en fonction de toutes les circonstances que le juge doit trancher. Nous nous permettons cependant de préciser qu'à notre sens, le délai n'est pas défini comme en cas de suspension voire même d'interruption selon ce qu'explique SPIRO⁴¹⁵, mais que ce doit être un bref délai. A titre de comparaison, nous pouvons mentionner que le législateur l'a fixé à 60 jours pour une situation dans laquelle il voulait laisser au créancier la possibilité de corriger les vices de son action (article 139 CO). Il s'agit d'un délai d'une durée judiciaire pour obliger le créancier à faire valoir son droit rapidement⁴¹⁶. Selon les circonstances (prétention facile ou au contraire très difficile à faire valoir), ce délai pourra être revu à la hausse ou à la baisse par le juge.

c) Solutions étrangères

278 La jurisprudence concernant l'abus de droit du débiteur en matière de prescription montre bien que l'institution pourrait avoir des effets catastrophiques pour le créancier trop confiant. Un examen de ce qui se fait à l'étranger montre des solutions différentes apportées à cette problématique. En Allemagne, une disposition a fait des pourparlers une cause de suspension de la prescription (N 317); en Autriche, c'est la jurisprudence qui a courageusement généralisé ce cas de suspension (N 355). Une autre solution possible pour résoudre ce problème est de faire de la simple réclamation écrite une cause d'interruption, facilitant ainsi grandement la démarche du créancier; c'est la voie choisie par les législateurs italien (N 399) et néerlandais (N 407).

279 La loi suisse ne permettrait pas au Tribunal fédéral de faire ce qu'a fait l'*Oberster Gerichtshof* en Autriche, les cas de suspension étant limitativement énumérés par la loi (N 145). Il est également évident que des pourparlers ou qu'un courrier écrit ne peuvent pas valoir interruption. Le recours à l'interdiction de l'abus de droit est en conséquence la seule parade possible en droit suisse à la problématique posée. Ainsi, nous ne pouvons pas nous rallier à l'analyse des auteurs qui voient dans cette jurisprudence la création d'un nouveau cas d'interruption⁴¹⁷ ou de suspension ou encore plus simplement une prolongation (proportionnelle) du délai de prescription ou de la durée de la prescription⁴¹⁸. Ces positions méconnaissent les effets de l'admission d'un abus.

⁴¹¹ SPIRO I, pp. 213-253, voir en particulier aussi pp. 245-249 en ce qui concerne les pourparlers. Dans le même sens, mais limité au cas de la force majeure: BUCHER, AT, p. 469 (voir aussi N 162-163).

⁴¹² SCHAER, *Modernes Versicherungsrecht*, pp. 610-611.

⁴¹³ PICHONNAZ, *La prescription de l'action en dommages-intérêts*, p. 98.

⁴¹⁴ Du même avis: KRAUSKOPF, *Verjährung*, pp. 149-150; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1521.

⁴¹⁵ SPIRO I, pp. 248-249 (approche nuancée).

⁴¹⁶ Pour une application stricte de ce délai: GRABER, BSK, VVG 46 N 30; KOLLER, *Verjährung von Versicherungsansprüchen*, p. 34.

⁴¹⁷ BUCHER, AT, p. 469 note de bas de page 131.

⁴¹⁸ SPIRO I, pp. 218, 228 et 248.

d) Effets

- 280 Les effets de l'application de l'article 2 alinéa 2 CC doivent être distingués avec soin d'un cas d'interruption ou de suspension. Si le juge doit avoir recours à l'interdiction de l'abus de droit, c'est parce que l'exception de prescription est formellement acquise au débiteur. Tel n'est pas le cas si la prescription a été dûment interrompue ou suspendue à temps. Il en va de même en cas de renonciation valable à la prescription en cours (sur cette problématique, voir aussi N 1139-1144).
- 281 Si le juge ne peut pas raccourcir les délais de prescription au détriment du créancier (N 258), il ne peut pas non plus les rallonger en sa faveur. Le fait qu'un tribunal admette un cas d'abus de droit demeure sans incidence sur le délai de prescription.
- 282 L'article 2 alinéa 2 CC permet seulement au juge de paralyser l'exercice du droit du débiteur invoqué abusivement (N 256).
- 283 Ainsi, contrairement à l'avis exprimé par BUCHER⁴¹⁹, l'exception de prescription n'est pas périmée pour le débiteur, elle lui reste acquise. Il ne peut simplement pas l'exercer dans la mesure où et aussi longtemps qu'elle est abusive.
- 284 *Exemple: si une compagnie d'assurance mène des pourparlers en vue de la prise en charge d'une partie du dommage seulement tout en n'entrant pas en matière pour le surplus, un éventuel abus de l'exception de prescription invoquée par elle ne pourrait pas être retenu pour la partie du dommage sur laquelle elle n'est pas entrée en matière. Pour la partie du dommage ayant fait l'objet des pourparlers, l'abus ne peut être retenu que si le créancier agit sans tarder après leur échec. S'il tarde, l'exercice du droit d'exciper de la prescription ne sera plus abusif.*

⁴¹⁹ BUCHER, AT, p. 469.

Chapitre V La distinction entre la prescription et la péremption

Section 1 Généralités et conditions de la péremption

- 285 Comme nous l'avons déjà dit, la péremption consiste en la perte d'un droit (N 38)⁴²⁰. Cette dernière peut être la conséquence de l'écoulement du temps, ce qui est le cas le plus fréquent, mais elle peut également avoir d'autres causes⁴²¹. Dans le présent travail, nous ne nous intéresserons qu'aux cas de péremption liés à l'écoulement du temps.
- 286 Contrairement à la prescription, la péremption ne fait pas l'objet d'une réglementation générale dans la loi. Ce sont donc la jurisprudence et la doctrine qui ont développé les principes s'y appliquant. La terminologie utilisée n'est pas toujours uniforme ni forcément très claire⁴²².
- 287 Les conditions générales de la péremption liée à l'écoulement du temps sont, *mutatis mutandis*, les mêmes que celles de la prescription (N 88-90): il faut d'une part que le droit visé soit soumis à la péremption, d'autre part que le délai soit échu sans que l'acte nécessaire à la sauvegarde ou à l'exercice de ce droit n'ait été accompli⁴²³.

Section 2 Les caractéristiques et les effets de la péremption

- 288 En gardant à l'esprit que nous n'examinerons que la péremption liée à l'écoulement du temps, il est possible de classer les cas de péremption en deux catégories principales⁴²⁴, qui n'obéissent pas en tous points aux mêmes règles quant à leurs caractéristiques et effets: d'une part les cas de péremption légale, d'autre part les cas de péremption conventionnelle (ou clauses de péremption).

A. Les cas de péremption légale

- 289 Il s'agit des cas classiques que la doctrine et la jurisprudence qualifient de péremption. Certains y voient une manifestation de l'ordre public⁴²⁵ ou, plus modestement, d'un intérêt public important⁴²⁶. La péremption se distingue de la prescription par les caractéristiques suivantes⁴²⁷:

⁴²⁰ SPIRO II, pp. 1127-1133, avec des nuances.

⁴²¹ WYSS, thèse, pp. 14-15; SPIRO II, pp. 911-913, 931 ss.

⁴²² Pour les détails, voir CHAPPUIS, pp. 110-112.

⁴²³ WYSS, thèse, p. 15. Voir aussi CHAPPUIS, pp. 128-134.

⁴²⁴ Même distinction chez FINGERHUT, pp. 7-10.

⁴²⁵ CAPITAIN, pp. 31-59; WYSS, thèse, pp. 18-19.

⁴²⁶ BUCHER, AT, p. 450; ENGEL, PG, p. 797. Nuancé: SPIRO II, p. 1012.

⁴²⁷ Voir aussi WYSS, thèse, pp. 48-52.

- 290 – Elle concerne plutôt les droits formateurs et les actions formatrices⁴²⁸, c'est-à-dire des droits ou actions qui ne peuvent résulter d'une convention parce que soustraits à l'autonomie de la volonté.
- 291 – Dès sa survenance, elle empêche le titulaire d'un droit d'entreprendre l'acte nécessaire à la conservation de son droit⁴²⁹. La conséquence pratique en est la perte du droit lui-même, autant que du droit d'action qui y est lié⁴³⁰.
- 292 – Elle est généralement prise en compte d'office par le juge⁴³¹, si les faits allégués permettent d'établir qu'elle est intervenue⁴³². La question de savoir si une action est périmée ou non n'est cependant pas examinée à titre de condition de recevabilité⁴³³.
- 293 – Lorsqu'elle est subordonnée à un délai, ce dernier est impératif; il n'est, sauf exception⁴³⁴, susceptible ni de suspension⁴³⁵, ni d'interruption⁴³⁶ et, par conséquent, ni de renonciation. La loi prévoit parfois la possibilité d'une restitution⁴³⁷.
- 294 – Lorsque l'acte requis est accompli à temps pour éviter la perte du droit, elle ne peut plus intervenir, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de nouveau délai qui commence à courir. L'acte nécessaire peut varier selon les cas de péremption⁴³⁸.
- 295 Seules certaines règles applicables à la prescription le sont également à la péremption, par exemple en ce qui concerne la supputation des délais ou le délai supplémentaire de l'article 139 CO (N 221). Pour le reste, il n'y a pas d'application générale des règles de la prescription à la péremption⁴³⁹. Il est possible que deux délais, l'un de péremption, l'autre de prescription, se rattachent à un même état de fait, par exemple le délai de péremption de l'article 31 alinéa 1 CO et le délai de prescription de l'article 67 alinéa 1 CO⁴⁴⁰.

B. Les clauses de péremption

- 296 La péremption (ou déchéance) conventionnelle est celle qui découle d'un contrat passé entre les parties qui tend à l'introduction d'un délai limite à une créance (« *Verwirkungsklausel, Präklusivfrist* »). Elles sont courantes en matière de contrat d'assurance. Nous reviendrons ultérieurement sur les limites de l'admissibilité de telles clauses en général (N 554-660).

⁴²⁸ CHAPPUIS, p. 109; GAUCH/SCHMID/SCHLUEP/REY, N 3574.

⁴²⁹ NABHOLZ, p. 73.

⁴³⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3574.

⁴³¹ ATF 113 V 180, 181. CHAPPUIS, p. 109 et les références citées.

⁴³² Pour une approche nuancée, voir BUCHER, AT, pp. 451-452.

⁴³³ VOGEL/SPÜHLER, Chapitre 7 N 75.

⁴³⁴ Pour plus de détails, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3577-3579; HESS, PrHG 10 N 12; SPIRO II, pp. 1038 ss et en particulier 1099 ss.

⁴³⁵ Voir toutefois l'art. 1166 al. 3 CO, les art. 207 al. 3 et 297 al. 1 LP ainsi que l'art. 27 al. 4 lit. b LFAIE.

⁴³⁶ ATF 123 II 241, 243; ATF 119 II 429, 432 et les références citées. ZR 106 Nr. 29 p. 141, 142-143 (Tribunal de commerce de Zurich).

⁴³⁷ BUCHER, AT, p. 451.

⁴³⁸ ATF 108 II 107, 110-111.

⁴³⁹ CAPITAIN, p. 57.

⁴⁴⁰ VON TUHR/ESCHER, p. 162 note de bas de page 15. Pour une belle illustration, voir ATF 114 II 131, 139-144.

- 297 Les effets du délai de déchéance conventionnel sont en principe identiques à ceux de la
péremption légale⁴⁴¹. On relèvera en particulier l'impossibilité de prolonger le délai, par
exemple par une suspension ou une interruption (N 293).
- 298 Il y a toutefois lieu d'opérer quelques distinctions par rapport à la péremption légale:
- 299 – La péremption conventionnelle vise les créances, comme la prescription (voir N 91-95).
- 300 – La créance périmée peut, dans certains cas, être invoquée par voie d'exception⁴⁴².
- 301 – La péremption conventionnelle est susceptible de renonciation⁴⁴³.
- 302 – La péremption conventionnelle ne remplace pas le délai de prescription qui est
applicable, les deux délais courent parallèlement⁴⁴⁴.
- 303 *Exemple: l'assureur et l'assuré conviennent d'un délai de déchéance de 2 ans pour les
créances de l'assuré envers l'assureur, délai qui ne peut être sauvegardé que par
l'introduction d'une action en justice. Si l'assuré introduit action dans le délai convenu,
la déchéance ne peut plus intervenir (N 294). En revanche un nouveau délai de
prescription commence à courir dès l'introduction de l'action (article 135 chiffre 2
CO).*
- 304 La question de savoir si la péremption conventionnelle doit être prise en compte d'office doit
faire l'objet d'une réponse nuancée.
- 305 Selon un arrêt de la Cour de justice civile genevoise, la péremption conventionnelle doit être
invoquée à temps par la partie qui entend s'en prévaloir, étant donné qu'elle ne revêt aucun
caractère d'ordre public⁴⁴⁵. SPIRO défend le même point de vue et confère à la péremption
conventionnelle un statut identique à celui de la prescription, à savoir celui d'une exception
au sens technique et non d'une objection prise en compte d'office (N 38). Il va même plus
loin en argumentant que l'exception de péremption ne détruit pas la créance invoquée mais
qu'elle a les mêmes effets que l'exception de prescription et jouit du même statut dans une
procédure⁴⁴⁶.
- 306 Cette opinion est peu convaincante. Considérer la péremption conventionnelle comme une
exception revient en fait à en limiter les effets à la suppression de la possibilité pour le créan-
cier d'interrompre la prescription et à l'exclusion des causes légales de suspension pendant la
durée initiale du délai. Or, la péremption conventionnelle a le même effet que la péremption
légale, elle emporte la perte d'un droit de par le seul écoulement du temps, en quelque sorte
automatiquement⁴⁴⁷.
- 307 L'opinion de BUCHER nous paraît répondre de manière juste à la question qui se pose. La
péremption conventionnelle ne doit pas être prise en compte d'office dans le sens où le juge
ne doit pas administrer d'office les faits qui tendraient à montrer qu'une créance est périmée.
En revanche, s'il ressort des faits allégués par les parties que la créance est périmée et que la
partie défenderesse manifeste son intention de s'opposer à la demande parce que la créance
n'existe pas ou plus, le juge doit considérer la péremption même si la partie défenderesse ne

⁴⁴¹ Dans ce sens déjà: BLUMENSTEIN, pp. 72-73.

⁴⁴² ATF 113 II 118, 121.

⁴⁴³ MAURER, p. 400 note de bas de page 1044; SPIRO II, pp. 1138-1142; WYSS, thèse, p. 23.

⁴⁴⁴ ROELLI/KELLER I, pp. 672-673; SPIRO II, pp. 972-973; ATF 126 III 278, 282; ATF 50 II 537, 543-544.

⁴⁴⁵ RBA X n°50.

⁴⁴⁶ SPIRO II, pp. 1143-1144.

⁴⁴⁷ Voir l'arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Campagne du 28.04.1987, mp 1987, p. 104, 105.

soulève pas expressément le moyen correspondant⁴⁴⁸, à moins qu'il ne ressorte expressément ou implicitement des déclarations de la partie défenderesse qu'elle renonce à la péremption⁴⁴⁹. Il convient par ailleurs de relever que, dans un arrêt plus récent, la Cour de justice civile genevoise s'est ralliée à ce point de vue⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ BUCHER, AT, p. 451.

⁴⁴⁹ Peu nuancé à ce sujet: mp 1987, p. 104, 105 (arrêt cité en note de bas de page 447).

⁴⁵⁰ SJ 1999 p. 430, 431.

Deuxième partie: l'autonomie de la volonté en droit étranger et international de la prescription

Le voyager me semble un exercice profitable. L'âme y a une continuelle exercitation à remarquer des choses inconnues et nouvelles; et je ne sache point meilleure école, comme j'ai dit souvent, à former la vie, que de lui proposer incessamment la diversité de tant d'autres vies, fantaisies et usances, et lui faire goûter une si perpétuelle variété de formes de notre nature.

MICHEL DE MONTAIGNE
(dans l'ouvrage Les Essais, III, IX,
De la vanité, 1588)

Chapitre I En droit allemand

Section 1 La prescription en général

A. Le principe

- 308 La lecture des dispositions sur la prescription telle qu'elle est réglementée dans le cinquième chapitre de la partie générale du *Bürgerliches Gesetzbuch* (§§ 194-218) montre que l'institution du droit allemand et celle du droit suisse ne sont pas fondamentalement différentes. Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur la parenté entre les deux codifications.
- 309 Les règles du droit allemand sur la prescription ont toutefois fait l'objet d'une refonte complète dans le cadre d'une loi destinée à moderniser le droit des obligations⁴⁵¹, entrée en vigueur le 01.01.2002. Alors que la réforme en question était principalement destinée à transposer le droit communautaire⁴⁵² (voir aussi N 450-455), le Ministère de la justice a jugé opportun d'opérer à ce sujet une révision plus complète pour pallier d'autres défauts de l'ancien droit. Il faut noter que la réforme s'est aussi inspirée des « Principes du droit européen du contrat » de la Commission pour le droit européen du contrat⁴⁵³ (voir N 457-465). De manière générale, le nouveau droit allemand de la prescription est plus simple et plus succinct que les anciennes dispositions. Les trois lignes directrices de cette révision étaient l'unification des délais de prescription jusque-là par trop disparates, l'abrègement des délais ainsi que le rattachement du point de départ du délai à un critère subjectif⁴⁵⁴. L'un des points forts de la récente révision est précisément la consécration de la liberté contractuelle en matière de prescription⁴⁵⁵.
- 310 Comme en droit suisse (N 91-93), la prescription du droit allemand vise les créances uniquement, ainsi que le précise le § 194 alinéa 1 BGB. La survenance de la prescription ne détruit pas le droit, mais autorise le débiteur à refuser d'exécuter sa prestation (§ 214 alinéa 1 BGB), cette dernière ne pouvant être réclamée à titre d'indu si elle est malgré tout exécutée (§ 214 alinéa 2 BGB). Bien que le *Bürgerliches Gesetzbuch* n'en fasse pas mention expresse, la prescription doit être soulevée comme exception par le débiteur et non prise en compte d'office par le juge. Le débiteur le fait par une « *geschäftsähnliche Handlung* » en portant à la connaissance du juge qu'il souhaite refuser de façon définitive d'exécuter sa prestation⁴⁵⁶. L'invocation de l'exception ne consiste donc pas en l'exercice d'un droit formateur, étant donné qu'elle ne détruit pas la créance. Toutefois, elle est décrite par certains auteurs comme

⁴⁵¹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts du 26.11.2001, *Bundesgesetzblatt* 2001 I 3138-3218.

⁴⁵² Voir la liste des directives concernées dans la *Bundesgesetzblatt* 2001 I 3138 en note de bas de page.

⁴⁵³ A ce sujet, voir l'historique de cette révision dans MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 21-25 N 1-12. Voir aussi SPIRO, FS Müller-Freienfels, pp. 617-630 et DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, pp. 719-731.

⁴⁵⁴ GROTHE, Vor § 194 BGB N 30.

⁴⁵⁵ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 26 N 16.

⁴⁵⁶ Pour plus de détails, voir GROTHE, § 214 BGB N 1-4; HEINRICHS, § 214 BGB N 1-3; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 37 N 3 et p. 251 N 2; PETERS, § 214 BGB N 5-10.

prérogative du débiteur analogue à un droit formateur (« *gestaltungsrechtsähnliche Schuldnerbefugnis* »)⁴⁵⁷.

- 311 Si l'exception est fondée, la demande du créancier sera rejetée, la prescription étant de droit matériel⁴⁵⁸.

B. Les délais

- 312 La nouveauté du droit allemand est l'abrègement considérable (de 30 ans à 3 ans) du délai de prescription supplétif (« *Regelfrist* ») selon le § 195 BGB. Pour éviter néanmoins que cette nouvelle réglementation ne pénalise le créancier outre mesure, le point de départ du délai a été rattaché à deux éléments, l'un objectif, à savoir la naissance de la prétention (§ 199 alinéa 1 chiffre 1 BGB), l'autre subjectif, à savoir la connaissance par le créancier des circonstances fondant sa prétention et de la personne du débiteur (§ 199 alinéa 1 chiffre 2 BGB)⁴⁵⁹. La loi précise aussi que si le créancier n'acquiert pas cette connaissance en raison d'une négligence grave de sa part, le délai commence également à courir (§ 199 alinéa 1 chiffre 2 *in fine* BGB). En outre, il convient de souligner que le délai ne commence à courir qu'à la fin de l'année (à savoir le 31.12 à minuit) au cours de laquelle les deux conditions sont remplies (« *Jahresschlussverjährung, Ultimo-Regel* »).
- 313 En plus de ce délai supplétif, qui est aussi un délai relatif⁴⁶⁰, le *Bürgerliches Gesetzbuch* a instauré un délai absolu dont la durée est de dix ans dès la naissance de la prétention ou la survenance de l'événement dommageable (§ 199 alinéas 3 et 4 BGB; point de départ objectif). Ce délai est porté à 30 ans dès l'événement dommageable pour les prétentions en dommages-intérêts qui sont fondées sur une atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé ou à la liberté (§ 199 alinéa 2 BGB).
- 314 A côté du délai supplétif existent un grand nombre d'autres délais, réglés soit dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* soit dans des lois spéciales, variant de trois mois à 30 ans⁴⁶¹. Le point de départ de ces délais est rattaché à la naissance de la prétention selon le § 200 BGB (point de départ objectif) ou alors réglé par la norme spéciale les instituant. Dans tous ces cas, le délai de prescription ne commence pas à courir en fin d'année mais en principe le jour qui suit celui de la naissance de la prétention (§ 187 BGB)⁴⁶².

C. La prolongation de la durée de la prescription

- 315 Ce sont les §§ 203-213 BGB qui réglementent la prolongation de la durée de la prescription sous le titre « *Hemmung, Ablaufhemmung und Neubeginn der Verjährung* » (Titre 2 du cinquième chapitre). Le cas de figure que le nouveau droit désigne par « *Neubeginn* » (nouveau départ du délai) correspond à l'interruption de la prescription selon l'ancienne terminologie. Par « *Ablaufhemmung* », on entend le report de l'échéance, ce qui implique que lorsque des raisons empêchant de faire valoir la prétention tombent, la prescription ne peut intervenir au

⁴⁵⁷ A ce sujet, voir VOLKER RIEBLE, § 397 BGB N 70, in J. VON STAUDINGERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Sellier – de Gruyter Berlin 2005.

⁴⁵⁸ PETERS, § 214 BGB N 12 b.

⁴⁵⁹ Très critique à ce sujet, ZÖLLNER, pp. 163-165; favorable, HEINRICHS, Betriebs-Berater 2001, p. 1423.

⁴⁶⁰ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 47 N 1.

⁴⁶¹ Voir la présentation de GROTHE, § 195 BGB N 18-34.

⁴⁶² GROTHE, § 200 BGB N 3; JAUERNIG, § 200 BGB N 1.

plus tôt qu'après un délai minimal fixé. Il s'agit en fait d'une sorte de délai supplémentaire (« *Nachfrist* »).

- 316 Un nouveau départ du délai est prévu en cas de reconnaissance de dette du débiteur (qui ne doit pas être une déclaration de volonté) ou lorsqu'une mesure d'exécution judiciaire ou d'une autre autorité est requise ou entreprise (§ 212 alinéa 1 chiffres 1 et 2 BGB); de même, lorsque la législation spéciale le prévoit⁴⁶³.
- 317 Les cas de nouveau départ du délai sont relativement peu nombreux, la révision en ayant transformé bon nombre en cas de suspension de la prescription (« *Hemmung* », §§ 203-208 BGB). La durée de la suspension n'est pas comprise dans le délai de prescription (§ 209 BGB). Une nouveauté qu'il y a lieu de relever est la généralisation de la règle, précédemment applicable seulement en droit de la responsabilité civile (§ 852 alinéa 2 aBGB), selon laquelle des pourparlers entre les parties concernant la prétention ou les circonstances la fondant suspendent le cours de la prescription (§ 203 BGB). En vertu de la deuxième phrase du § 203 BGB, qui introduit un cas de suspension de l'échéance (« *Ablaufhemmung* », voir N 315), la prescription ne peut intervenir qu'au plus tôt trois mois après la fin des pourparlers. Cette règle est intéressante à bien des égards. Elle part de l'idée qu'un règlement amiable d'un litige est souhaitable et tout à fait dans l'intérêt public⁴⁶⁴. Les pourparlers au sens de cette disposition consistent en un échange d'opinions entre les parties (« *Meinungsaustausch* »), sur la base duquel le créancier peut légitimement croire que sa prétention n'est pas encore définitivement rejetée par l'adverse partie⁴⁶⁵. Le § 203 BGB rend superflue une éventuelle renonciation à la prescription en cours⁴⁶⁶ et évite le recours à l'interdiction de l'abus de droit dans ce domaine⁴⁶⁷, d'autant plus qu'il semble que cet article doive être considéré comme de droit impératif (« *unabdingbar* »)⁴⁶⁸ ou en tous cas que les aménagements possibles soient très limités⁴⁶⁹.
- 318 En sus des cas ordinaires de suspension, le *Bürgerliches Gesetzbuch* prévoit des cas très généraux de report de l'échéance (« *Ablaufhemmung* », voir N 315), lors d'une incapacité de discernement (§ 210 BGB) et en matière de successions (§ 211 BGB).

Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription

A. Généralités

- 319 Le *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand contient une seule disposition générale qui traite de l'autonomie de la volonté en droit de la prescription, le § 202. D'un point de vue systématique, cet article ne se trouve pas dans le Titre 2 (§§ 203-213) consacré aux différentes possibilités de prolonger la durée de la prescription (voir N 315-318), mais dans le Titre 1 du cinquième chapitre de la partie générale du *Bürgerliches Gesetzbuch* qui s'intitule « *Gegenstand und Dauer der Verjährung* ». Il n'existe pas de disposition traitant spécifiquement de la renonciation. Le § 202 BGB remplace l'ancien § 225 BGB qui contenait une réglementation

⁴⁶³ Voir l'énumération chez GROTHE, § 212 BGB N 27-28.

⁴⁶⁴ PETERS, § 203 BGB N 1.

⁴⁶⁵ Pour plus de détails, voir GROTHE, § 203 BGB N 5-6; PETERS, § 203 BGB N 7-16.

⁴⁶⁶ PETERS, § 203 BGB N 1.

⁴⁶⁷ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 219 N 13.

⁴⁶⁸ PETERS, § 203 BGB N 18.

⁴⁶⁹ Dans ce sens: MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 224 N 35.

assez stricte, interdisant toute convention visant à exclure ou à renforcer les exigences de la prescription mais autorisant les clauses visant à la faciliter.

320 Le nouveau § 202 BGB s'intitule « *Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung* », titre qui prête à confusion, étant donné que cette disposition consacre précisément l'admissibilité des conventions relatives à la prescription, à deux exceptions près. Il faut relever que l'interprétation de cette disposition est parsemée de beaucoup d'incertitudes. En effet, le *Bundesgerichtshof* n'a à notre connaissance publié qu'un seul arrêt important concernant cette disposition⁴⁷⁰ (voir aussi N 337) et il faudra sans doute attendre de nombreuses années voire plusieurs décennies jusqu'à ce qu'il y ait une jurisprudence bien établie en la matière. La doctrine allemande n'est guère unanime sur de nombreux points et le bien-fondé de l'élargissement considérable de la liberté contractuelle en droit de la prescription est aussi remis en question⁴⁷¹.

321 En prenant le point de vue du débiteur, la doctrine distingue les conventions qui facilitent (« *erleichtern* ») la prescription de celles qui la rendent plus difficile (« *erschweren* »). Nous reprendrons la même systématique pour notre courte présentation, consacrant ensuite encore quelque développement à la question de la renonciation. Nous nous devons de préciser qu'il existe de nombreuses dispositions spéciales ayant vocation à s'appliquer en matière de droit allemand de la prescription et que les dispositions du *Bürgerliches Gesetzbuch* sur les conditions générales jouent également un rôle important (§§ 305-310 BGB, dispositions remplaçant celles de la loi sur les conditions générales, *AGB-Gesetz*, qui a été abrogée).

B. Les conventions qui facilitent la prescription du point de vue du débiteur

a) Conventions prohibées

322 Le § 202 alinéa 1 BGB dispose que la prescription en matière de responsabilité pour acte intentionnel (« *Haftung wegen Vorsatzes* ») ne peut pas être facilitée de manière anticipée par un acte juridique. Il s'agit d'un cas particulier où le débiteur agit de manière consciente et intentionnelle de façon à remplir les conditions de sa responsabilité, que ce soit sur le plan contractuel ou délictuel. Un tel comportement, par ailleurs contraire aux mœurs, peut toutefois faire l'objet d'une convention après naissance de la prétention⁴⁷², à condition que le créancier ait reconnu le caractère intentionnel de l'atteinte⁴⁷³.

323 Il semble par ailleurs incontesté que, malgré la très large liberté dont elles jouissent, les parties ne peuvent pas soumettre à la prescription une créance qui ne l'est pas en vertu de la loi⁴⁷⁴.

b) Conventions admises

324 Pour le reste, le nouveau droit allemand (comme l'ancien) permet toutes sortes de conventions visant à modifier le régime de la prescription: abrègement du délai, stipulation d'un point de départ antérieur, suppression de cas de suspension ou de nouveau départ du délai, instauration

⁴⁷⁰ Jugement du *Bundesgerichtshof* du 05.10.2005 in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Band 164, p. 196.

⁴⁷¹ HAUG, pp. 177-179. Très critique: PETERS, § 202 BGB N 3.

⁴⁷² GROTHE, § 202 BGB N 7.

⁴⁷³ PETERS, § 202 BGB N 1a.

⁴⁷⁴ GROTHE, § 202 BGB N 6; HEINRICHS, § 202 BGB N 10; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 191 N 52; PETERS, § 202 BGB N 10.

d'une clause de péremption⁴⁷⁵. De même, la conclusion d'une convention est possible à tout moment, à savoir avant que le délai n'ait commencé à courir ou pendant qu'il court⁴⁷⁶.

325 Ces larges possibilités ne sont cependant pas unanimement admises. Certaines des conventions envisageables n'ont aucune utilité pratique et d'autres sont difficiles à imaginer concrètement. PETERS est même d'avis que les §§ 203-206 (cas de suspension) et 210-212 BGB (cas de nouveau départ du délai) sont dans leur principe de droit impératif (voir aussi N 317) et que seuls des aménagements marginaux sont possibles⁴⁷⁷.

326 Quoi qu'il en soit, il est évident que les clauses les plus fréquentes en matière de prescription concerneront le délai lui-même et non les autres éléments. Comme le droit suisse, le droit allemand permettrait le contrôle du contenu d'un contrat par trop inéquitable pour le créancier sous l'angle des règles sanctionnant les clauses contraires au droit impératif (§ 134 BGB), les clauses contraires aux mœurs et usurières (§ 138 BGB) et l'abus de droit (§ 242 BGB)⁴⁷⁸.

c) Règles spéciales

327 A côté de la règle générale (§ 202 BGB) subsistent un certain nombre de règles spéciales qui réglementent différemment ou restreignent la liberté des parties en droit de la prescription. Le *Bürgerliches Gesetzbuch* contient de telles règles pour la prescription des créances en garantie dans la vente de biens de consommation, au § 475 alinéas 2 et 3 BGB qui prévoit un délai minimal de deux ans, réduit à un an pour une chose usagée, sauf pour l'action en dommages-intérêts; il s'agit là d'une transposition du droit communautaire (N 453). Il y a aussi une règle spéciale pour la prescription de la créance récursoire du vendeur contre son fournisseur: elle se trouve au § 478 alinéa 4 BGB qui interdit toute convention passée avant qu'une éventuelle réclamation soit adressée par un client au vendeur. La dernière règle spéciale que contient le *Bürgerliches Gesetzbuch* concerne le contrat de voyage à forfait: le § 651m BGB interdit la stipulation d'un délai de prescription de moins d'un an dès la fin du voyage pour les créances du voyageur contre l'organisateur du voyage⁴⁷⁹. Toutes ces règles s'appliquent par ailleurs en plus de celles concernant les conditions générales⁴⁸⁰.

328 En matière de droit des assurances privées, le délai de prescription de deux ans pour les prétentions découlant du contrat d'assurance ne peut être abrégé en ce qui concerne la prétention contre l'assureur (§§ 12 alinéa 1 et 15a *Versicherungsvertragsgesetz*)⁴⁸¹.

329 Pour ce qui est de la responsabilité du fait des produits, c'est le § 14 du *Produkthaftungsgesetz*, inspiré de la directive européenne (N 455), qui interdit, sous peine de nullité, de supprimer ou de restreindre la responsabilité du producteur. Cette interdiction s'applique également aux délais de prescription de trois ans et de péremption de dix ans (§§ 12 et 13 *Produkthaftungsgesetz*).

⁴⁷⁵ GROTHE, § 202 BGB N 6; PIEKENBROCK, pp. 423-426.

⁴⁷⁶ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 186 N 25.

⁴⁷⁷ PETERS, § 202 BGB N 3a.

⁴⁷⁸ A ce sujet, voir MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 187-188 N 29-33 et pp. 190-191 N 46-51; PETERS, § 202 BGB N 3.

⁴⁷⁹ Pour plus de détails et d'autres cas, voir GROTHE, § 202 BGB N 8-9; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 192-193 N 55-68 et p. 203 N 121.

⁴⁸⁰ JAUERNIG, § 309 BGB N 11.

⁴⁸¹ Voir JÜRGEN PRÖLSS, in PRÖLSS/MARTIN (éd.), *Versicherungsvertragsgesetz*, 27^e édition, C.H. Beck Munich 2004, § 12 VVG N 1.

d) Conditions générales

- 330 Le droit des conditions générales (§§ 305-310 BGB) remplit les exigences de la directive européenne en la matière (N 452). Il limite l'autonomie des parties en matière de prescription de trois façons différentes, pour autant que le rapport juridique concerné lui soit soumis (voir les règles du § 310 BGB). Il le fait premièrement par des règles fondamentales. Ces dernières prévoient l'exclusion des clauses insolites et l'interprétation des clauses peu claires au détriment de celui qui les utilise (§ 305c BGB intitulé « *Überraschende und mehrdeutige Klauseln* »; voir N 331) et permettent au juge d'analyser le contenu et éventuellement d'invalider des clauses qui seraient contraires aux règles de la bonne foi et inéquitables (§ 307 BGB intitulé « *Inhaltskontrolle* »; voir N 331). Deuxièmement, le droit des conditions générales pose un cadre minimal auquel les parties ne peuvent déroger par des conditions générales en instaurant des délais de prescription minimaux (§ 309 chiffre 8 lettre b.ff BGB; voir N 332). Troisièmement, le droit des conditions générales limite l'autonomie des parties en interdisant, dans certains cas, une modification par le biais de conditions générales (voir N 333).
- 331 En application des règles générales sur les contrats d'adhésion, PETERS est par exemple d'avis qu'une clause qui supprimerait les cas de suspension ou l'effet d'une reconnaissance de dette devrait être considérée comme insolite. Selon lui, une clause qui modifierait le point de départ du délai de prescription lorsque la loi le définit de manière objective (voir N 313-314) serait inéquitable parce qu'elle ne serait pas compatible avec l'essence (« *mit wesentlichen Grundgedanken* ») de la règle légale à laquelle il est dérogé (§ 307 alinéa 2 chiffre 1 BGB)⁴⁸². Selon MANSEL/BUDZIKIEWICZ, il en serait de même d'une clause qui abrégerait de manière excessive le délai de prescription⁴⁸³. Bien entendu, c'est la jurisprudence qui devra encore définir quelles clauses sont insolites ou inéquitables. Une grande prudence est donc nécessaire sur ce sujet⁴⁸⁴. Il faut tout de même préciser qu'un examen selon les règles générales peut avoir lieu même si les normes minimales (voir N 332) sont respectées.
- 332 Le § 309 BGB, intitulé « *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit* », définit toute une série de clauses prohibées respectivement de clauses constituant des standards minimaux auxquels des conditions générales ne peuvent déroger. En matière de prescription, c'est le § 309 chiffre 8 lettre b.ff qui fixe des standards minimaux. Il dispose qu'en matière de contrats portant sur la livraison de choses nouvellement fabriquées ou d'ouvrages, les créances contre l'utilisateur des conditions générales résultant de défauts ne peuvent pas être soumises à un délai de prescription inférieur à un an dès le point de départ légal du délai.
- 333 A côté de ces standards minimaux, le § 309 BGB définit aussi une série de règles auxquelles il ne peut pas être dérogé dans des conditions générales dans le but de faciliter la prescription, une convention individuelle restant possible. Il s'agit des règles sur la prescription en matière de contrat de vente et d'entreprise dans le domaine de la construction (§ 309 chiffre 8 lettre b.ff en relation avec les §§ 438 alinéa 1 chiffre 2 et 634a alinéa 1 chiffre 2 BGB, sauf en cas d'applicabilité des conditions générales standardisées que le *Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss* a formulé dans la *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*, Partie B, et dont les parties peuvent se servir si elles le souhaitent⁴⁸⁵). L'interdiction des clauses exclusives et limitatives de responsabilité pour les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle à

⁴⁸² PETERS, § 202 BGB N 14b et 15.

⁴⁸³ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 197-198 N 92.

⁴⁸⁴ Détaillé et nuancé sur la question: MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 197-202 N 90-119. Pour la jurisprudence concernant l'ancien droit (pouvant en partie être reprise), voir HEINRICHS, § 202 BGB N 12-16.

⁴⁸⁵ Pour plus de détails à ce sujet, voir HELMUT KIESEL, Die VOB 2002 – Änderungen, Würdigung, AGB-Problematik, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, pp. 2064-2071, en particulier pp. 2069-2071.

la santé ou pour toute atteinte gravement fautive s'étend également à l'interdiction de faciliter la prescription des créances qui résultent de telles atteintes (§ 309 chiffre 7 lettres a et b BGB, dans les deux cas avec certaines exceptions). Il en va de même de l'interdiction de limiter ou d'exclure le droit de se départir d'un contrat, si une telle limite ou exclusion devait ainsi faciliter la prescription des créances, par exemple en dommages-intérêts, qui résultent de ce droit (§ 309 chiffre 8 lettre a BGB). Finalement, le *Handelsgesetzbuch* contient également des dispositions qui permettent une modification des règles sur la prescription en matière de contrat d'affrètement (« *Frachtgeschäft* », § 439 alinéa 3 HGB), de commission-expédition (« *Speditionsgeschäft* », § 463 HGB) et d'entrepôt (« *Lagergeschäft* », § 475a HGB). Cette modification doit toutefois se faire dans une convention individuelle (« *im einzelnen ausgehandelt* »), car elle est prohibée dans le cadre de conditions générales⁴⁸⁶.

C. Les conventions qui rendent la prescription plus difficile du point de vue du débiteur

a) Conventions prohibées

334 Le § 202 alinéa 2 BGB interdit aux parties de convenir d'un délai de prescription d'une durée plus longue que 30 ans à compter du point de départ légal du délai. Par exemple, l'octroi d'une garantie à vie est donc exclu⁴⁸⁷. La question de savoir si une convention contraire à la règle légale devrait être frappée de nullité ou seulement de nullité partielle est contestée⁴⁸⁸.

335 En outre, dans le même ordre d'idée que ce qui vaut pour les conventions facilitant la prescription (voir N 323), les parties ne sont pas habilitées à prévoir l'imprescriptibilité d'une créance que la loi déclare prescriptible⁴⁸⁹. Dans le même sens, les parties ne peuvent pas conclure un accord qui empêcherait le débiteur de faire valoir le droit que lui conférerait la prescription acquise, par exemple par la stipulation d'une peine conventionnelle au cas où il exciperait de la prescription⁴⁹⁰. La doctrine allemande n'interdit toutefois pas toute forme de désavantage fixé conventionnellement pour le cas où le débiteur exciperait de la prescription⁴⁹¹.

b) Conventions admises

336 Les parties sont libres de prolonger les délais de prescription dans le cadre de la durée maximale de 30 ans⁴⁹². Elles sont également libres de prévoir de nouveaux cas de suspension de la prescription ou de nouveau départ du délai, de reporter le point de départ du délai. L'utilité pratique de telles clauses peut parfois sembler douteuse et peut en outre poser des problèmes lorsqu'elles ont en définitive pour effet de prolonger le délai au-delà de 30 ans⁴⁹³. Hors du champ d'application des dispositions concernant les conditions générales,

⁴⁸⁶ Sur les différents cas de standards minimaux et d'interdictions de modifications dans des conditions générales et pour plus de détails, voir GROTHE, § 202 BGB N 10; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 194 N 69-70 et pp. 195-197 N 73-89; PETERS, § 202 BGB N 16d bb.

⁴⁸⁷ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 206 N 134.

⁴⁸⁸ Pour la nullité partielle: PETERS, § 202 BGB N 19. Pour la nullité: GROTHE, § 202 BGB N 3 et 11 et § 214 BGB N 5; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 206 N 136.

⁴⁸⁹ PIEKENBROCK, p. 426.

⁴⁹⁰ PETERS, § 202 BGB N 28.

⁴⁹¹ HAUG, pp. 173-174 et les références citées en note de base de page 6.

⁴⁹² Jugement du *Bundesgerichtshof* du 18.11.2004 in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Band 161, p. 138, 140.

⁴⁹³ Pour plus de détails, voir PETERS, § 202 BGB N 20-27.

l'interdiction de l'abus de droit constitue bien entendu le cadre duquel les parties ne doivent pas sortir⁴⁹⁴.

c) Conditions générales

337 Le droit des conditions générales ne fixe pas de règles précises comme pour les conventions facilitant la prescription (N 330-333). Les règles générales posent néanmoins des limites aux clauses concernant le cours de la prescription si elles devaient s'avérer insolites et aux délais trop longs s'ils devaient s'avérer inéquitables⁴⁹⁵. Ainsi, le *Bundesgerichtshof* a jugé, dans un arrêt rendu en 2005, à savoir sous l'empire du nouveau droit, que la prolongation par des conditions générales utilisées entre deux sociétés commerciales (entreprise de construction et fournisseurs) du délai de prescription de deux ans à trois ans pour les créances résultant de défauts matériels n'était pas inéquitable au regard des règles sur les conditions générales parce qu'elle ne s'écarterait pas de façon notable de la règle légale. Il a par ailleurs considéré que le § 202 BGB s'appliquait aussi aux délais réglés spécialement. Dans le même arrêt, il a en revanche jugé que la prolongation de deux à dix ans du délai de prescription pour les créances résultant des défauts juridiques était excessive parce qu'elle multipliait par cinq le délai ordinaire prévu par la loi et qu'elle n'était ainsi pas compatible avec l'essence (« *mit wesentlichen Grundgedanken* ») de la règle légale⁴⁹⁶.

338 Les règles du *Handelsgesetzbuch* déjà citées interdisent également des modifications qui rendent la prescription plus difficile par des conditions générales, les permettant toutefois dans des conventions individuelles (voir N 333).

D. La renonciation

a) Règle applicable

339 Selon l'ancien droit allemand, la renonciation à la prescription n'était tolérée qu'une fois la prescription acquise car la renonciation avant l'échéance du délai éludait la réglementation du § 225 BGB⁴⁹⁷. Elle n'avait dès lors qu'une importance très limitée dans la pratique. Toujours est-il que la jurisprudence lui avait tout de même accordé une certaine valeur, étant donné que le débiteur qui soulevait l'exception alors qu'il avait précédemment renoncé à cette dernière commettait un abus de droit (« *unzulässige Rechtsausübung* ») tant et aussi longtemps qu'il donnait à croire au créancier qu'il ne se prévaudrait pas de l'échéance du délai⁴⁹⁸.

340 Le nouveau § 202 BGB semble ne s'appliquer qu'aux conventions et serait en principe inapplicable à la renonciation⁴⁹⁹. Quoi qu'il en soit, l'abrogation du § 225 BGB a rendu la renonciation à la prescription en cours admissible⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 209 N 148.

⁴⁹⁵ Pour plus de détails, voir MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 207-209 N 140-146.

⁴⁹⁶ Jugement du *Bundesgerichtshof* du 05.10.2005 in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Band 164, p. 196, 200-203 et 212-213.

⁴⁹⁷ Concernant l'ancien droit et pour un assouplissement de la jurisprudence, voir HONSELL, *Verzicht*, pp. 105-106.

⁴⁹⁸ Voir par exemple le jugement du *Bundesgerichtshof* in *Neue Juristische Wochenschrift* 1998 p. 902, 903 et le jugement du *Bundesgerichtshof* du 20.06.2006 in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Band 168, p. 134, 141. HAUG, pp. 174 et 176.

⁴⁹⁹ PETERS, § 202 BGB N 5. *Contra*: GROTHE, § 202 BGB N 13 et § 214 BGB N 5; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 184 N 12.

⁵⁰⁰ HEINRICHS, § 202 BGB N 7; MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 184 N 13.

b) Définition

341 La renonciation est comprise comme renonciation à l'exception de prescription⁵⁰¹. Elle est un acte juridique (« *Rechtsgeschäft* »), à savoir une manifestation de volonté unilatérale soumise à réception (« *einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung* »)⁵⁰². Elle ne consiste pas en l'exercice d'un droit formateur⁵⁰³.

c) Conditions

342 Pour être valable, la renonciation faite après l'échéance du délai présuppose que le débiteur sache que la prescription est acquise ou du moins en admette la possibilité⁵⁰⁴. Quel que soit son moment, elle n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut également intervenir au cours d'un procès, par le simple fait de ne pas exciper de la prescription.

d) Effets

343 La renonciation ne vaut pas reconnaissance de dette. Sa portée exacte est définie par la déclaration du débiteur qui renonce. Par exemple, il peut la limiter à une partie de la créance dont il est question⁵⁰⁵.

344 D'un point de vue temporel, la durée de la renonciation est aussi définie par la déclaration du débiteur. Il semble assez unanimement admis que cette durée ne saurait excéder celle de 30 ans que le § 202 alinéa 2 BGB fixe comme limite pour les conventions. Cette durée doit être entendue à compter du point de départ légal du délai de prescription⁵⁰⁶.

345 En cas de renonciation non limitée dans le temps, la créance ne devient pas imprescriptible. Un nouveau délai de prescription, de même durée que celui applicable à l'origine commence à courir⁵⁰⁷, toujours avec la réserve que la durée ne dépasse pas la durée globale de 30 ans⁵⁰⁸. Cette question est toutefois controversée. GROTHE est d'avis que le nouveau droit implique que la renonciation non limitée dans le temps prolonge le délai à une durée de 30 ans⁵⁰⁹.

346 La dernière question qui se pose en relation avec la renonciation est celle de sa révocabilité. Cette dernière est en principe niée⁵¹⁰, bien qu'une possible révocation couplée à l'incombance du créancier d'agir aussitôt soit envisagée⁵¹¹.

501 MANSEL/BUDZIKIEWICZ, p. 184 N 12.

502 GROTHE, § 202 BGB N 13.

503 GROTHE, § 202 BGB N 13 par opposition à l'opinion de VOLKER RIEBLE, § 397 BGB N 62 et 70, in J. VON STAUDINGERS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397-432, Sellier – de Gruyter Berlin 2005.

504 PETERS, § 214 BGB N 30 et les références citées.

505 Pour plus de détails, voir GROTHE, § 202 BGB N 13 et § 214 BGB N 7; PETERS, § 202 BGB N 31-32.

506 MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 184-185 N 14.

507 HEINRICHS, § 202 BGB N 7; PETERS, § 214 BGB N 33c.

508 MANSEL/BUDZIKIEWICZ, pp. 184-185 N 14.

509 GROTHE, § 214 BGB N 8.

510 GROTHE, § 214 BGB N 8.

511 PETERS, § 214 BGB N 33a.

Chapitre II En droit autrichien

Section 1 La prescription en général

A. Le principe

- 347 Les règles générales du droit autrichien de la prescription se trouvent dans la troisième partie de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* consacrée aux dispositions communes du droit des personnes et des droits réels, plus précisément au quatrième chapitre (« *Hauptstück* ») de cette partie regroupant les §§ 1451-1502. La lecture de ces dispositions montre que la codification autrichienne est d'une autre époque, tant au niveau de sa structure que du langage utilisé. Les institutions de la prescription extinctive et de la prescription acquisitive sont traitées dans le même chapitre.
- 348 Le § 1451 ABGB décrit la prescription comme la perte d'un droit qui n'est pas exercé pendant un laps de temps déterminé par la loi. Selon l'ancienne conception de la doctrine qui se basait sur le texte de la loi, la prescription touchait le droit lui-même, tandis que la doctrine plus récente ne la fait porter que sur le droit d'action lié au droit⁵¹². Le droit prescrit se transforme en obligation naturelle et si le débiteur s'exécute, il ne peut réclamer sa prestation en retour à titre d'indu (§ 1432 ABGB). Etant donné que la disposition qui fonde la prescription désigne de façon générale tous les droits (et non seulement les créances) comme susceptibles de se prescrire, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* dresse une liste des droits qui ne sont pas soumis à l'institution, tels les droits de puissance publique (« *Hoheitsrechte* ») de l'Etat, le droit de propriété et les droits personnels (§§ 1456, 1458 et 1459 ABGB), ce qui apparaît aujourd'hui comme une évidence.
- 349 La prescription n'est pas prise en compte d'office (§ 1501 ABGB). L'exception doit faire l'objet d'une manifestation de volonté claire du débiteur pour être prise en compte⁵¹³.
- 350 La prescription ressort du droit matériel, mais n'est en revanche pas considérée comme une institution générale du droit autrichien⁵¹⁴ (pour le droit suisse, voir N 71).

B. Les délais

- 351 Le délai général (= supplétif) de prescription (« *allgemeine Verjährungszeit* ») est fixé à 30 ans par le § 1478 ABGB. Il est porté à 40 ans pour les droits de personnes morales privilégiées (§§ 1485 et 1472 ABGB). Son point de départ est rattaché à un élément objectif, à savoir le moment où le droit aurait pu être exercé (« *objektive Möglichkeit der Rechtsausübung* »). Il faut comprendre ce moment comme le premier terme possible de l'exercice du droit, ce qui implique qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à cet exercice et en particulier que l'action en justice soit possible⁵¹⁵. Ce moment correspond souvent à celui de l'exigibilité.
- 352 A côté de ce délai, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* soumet dans plusieurs dispositions disparates un bon nombre de droits à une prescription de trois ans, dont en particulier les

⁵¹² BYDLINSKI M., § 1451 ABGB N 1; BYDLINSKI P., p. 17 N 42; KOZIOL/WELSER/KLETECKA, p. 225.

⁵¹³ DITTRICH/TADES, Grosse Gesetzesausgabe, § 1501 ABGB E. 1.

⁵¹⁴ BYDLINSKI M., § 1451 ABGB N 3 et les références citées.

⁵¹⁵ Pour plus de détails à ce sujet, voir BYDLINSKI M., § 1478 ABGB N 2; DITTRICH/TADES, Grosse Gesetzesausgabe, § 1501 ABGB E. 30-31.

droits à des prestations individuelles périodiques (intérêts et rentes § 1480 ABGB), les créances liées à divers contrats de la vie courante (notamment en matière de bail et de professions libérales, § 1486 ABGB) et les créances en dommages-intérêts (§ 1489 ABGB, applicable à la fois en matière contractuelle et délictuelle)⁵¹⁶. Pour les créances en dommages-intérêts, le début du délai de trois ans est lié à la connaissance de l'auteur et du dommage, ce qui, comme en droit suisse, a donné lieu à une abondante jurisprudence⁵¹⁷. Dans certains cas, le délai est porté à 30 ans (ou 40 ans) dès la survenance du fait dommageable.

353 A l'instar du droit suisse (voir N 98-119), le droit autrichien de la prescription manque d'unité en ce qui concerne la durée des délais et leur point de départ. A côté de la réglementation de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, qui est déjà relativement complexe, il existe une foule de règles spéciales, tant dans le domaine contractuel qu'en matière de responsabilité civile⁵¹⁸.

C. La prolongation de la durée de la prescription

354 La prolongation de la durée de la prescription s'opère en droit autrichien par la suspension pour les droits des personnes incapables de discernement, des époux et mineurs, des personnes se trouvant au service civil ou militaire ou de manière générale dans les cas de force majeure (« *Hemmung* », §§ 1494-1496 ABGB⁵¹⁹) et par l'interruption en cas de reconnaissance de dette ou d'action en justice correctement introduite (« *Unterbrechung* », § 1497 ABGB). La suspension ou l'interruption d'une prescription acquise n'est plus possible.

355 Ce qui est remarquable, c'est l'introduction par la jurisprudence d'une cause supplémentaire de suspension *sui generis* lors de pourparlers entre les parties. Ce cas de report de l'échéance ne valait à l'origine qu'en matière de litiges relatifs à la circulation routière, mais l'*Oberster Gerichtshof* l'a étendu à l'ensemble du droit privé⁵²⁰. Le report de l'échéance de la prescription (« *Ablaufshemmung* ») permet au créancier d'introduire action rapidement après la fin des pourparlers. Le délai laissé au créancier est un délai raisonnable (de l'ordre de trois mois au maximum)⁵²¹.

Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription

356 Selon le § 1502 ABGB, il ne peut être ni renoncé d'avance à la prescription ni être convenu d'un délai plus long que celui prévu par la loi (« *Der Verjährung kann weder im voraus entsagt, noch kann eine längere Verjährungsfrist, als durch die Gesetze bestimmt ist, bedungen werden* »).

⁵¹⁶ Pour une liste plus détaillée des principaux droits visés, voir KOZIOL/WELSER/KLETECKA, pp. 226-229.

⁵¹⁷ DITTRICH/TADES, Grosse Gesetzesausgabe, § 1489 ABGB E. 70-164.

⁵¹⁸ Pour une liste récente des règles spéciales, voir DITTRICH/TADES, Taschenkommentar, § 1489 ABGB pp. 584-587, § 1490 ABGB et § 1491 ABGB.

⁵¹⁹ Il existe encore d'autres cas prévus par la loi, voir BYDLINSKI M., § 1496 ABGB N 3.

⁵²⁰ Voir les arrêts de l'*Oberster Gerichtshof* in Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, volume 31/1958 n°31, volume 38/1965 n°72, et volume 48/1975 n°33.

⁵²¹ Pour un cas d'application, voir l'arrêt de l'*Oberster Gerichtshof* in Zeitschrift für Verkehrsrecht 43/1998 n°89. Voir aussi BYDLINSKI M., § 1501 ABGB N 2a et les références citées; MADER, pp. 7-9.

A. Les modifications conventionnelles

- 357 Le § 1502 interdit aux parties de prolonger les délais de prescription. De la lettre de cette disposition, la jurisprudence a déduit que les parties avaient la possibilité de les abrégé. Cette autonomie ne connaît guère de limites dans le cadre d'une convention individuelle passée entre deux parties pouvant négocier sur un pied d'égalité; elle est limitée lorsque la clause figure dans des conditions générales et qu'un abrègement excessif constitue un désavantage inéquitable pour le créancier (§ 879 alinéa 3 ABGB, § 6 *Konsumentenschutzgesetz*)⁵²².
- 358 En vigueur depuis le 01.01.2002, le nouveau § 933 ABGB permet aux parties de prolonger ou d'abrégé le délai de prescription des actions en garantie dans la vente qui est de deux ans (il s'agissait d'un délai de péremption avant le 01.01.2002). L'abrègement n'est toutefois pas possible dans un contrat conclu par un consommateur avant que le défaut ne soit découvert, sauf s'il s'agit d'un bien d'occasion, auquel cas le délai est d'un an au moins (§ 9 *Konsumentenschutzgesetz*). Cette même durée minimale s'applique à la prescription des créances du voyageur à l'encontre de l'organisateur du voyage, pour autant que cet abrègement soit stipulé dans une convention individuelle (§ 31f *Konsumentenschutzgesetz*). Il existe également des normes spéciales qui autorisent à prolonger les délais de prescription par convention dans les contrats commerciaux de commission-expédition (« *Speditionsgeschäft* », § 414 *Handelsgesetzbuch*), d'entrepôt (« *Lagergeschäft* », § 423 *Handelsgesetzbuch*) et d'affrètement (« *Frachtgeschäft* », § 439 *Handelsgesetzbuch*).
- 359 Il faut encore signaler que le § 9 *Produkthaftungsgesetz*, inspiré de la directive européenne (N 455), interdit de supprimer ou limiter la responsabilité du fait des produits. Cette loi n'établit pas de règles particulières sur la prescription, si ce n'est un délai de péremption supplétif de dix ans (§ 13 *Produkthaftungsgesetz*), mais renvoie à l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (§ 14 *Produkthaftungsgesetz*). C'est donc le délai de prescription établi par ce dernier à ce sujet qui ne peut être modifié (N 352).
- 360 Lorsque le § 1502 ABGB s'applique, il interdit non seulement de prolonger les délais mais également de convenir d'autres causes de suspension ou d'interruption que celles prévues par la loi. En dehors de ce champ d'application, de telles conventions sont admissibles⁵²³.
- 361 Il faut encore mentionner que la jurisprudence et la doctrine admettent que les parties prolongent ou abrègent les délais de péremption (« *Ausschlussfristen* ») que contient l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*⁵²⁴.

B. La renonciation

- 362 Le texte de la première phrase du § 1502 ABGB est très proche de celui de l'article 141 alinéa 1 CO. Il interdit de renoncer d'avance (« *im voraus* ») à la prescription. L'*Oberster Gerichtshof* a interprété cette disposition comme notre Tribunal fédéral a longtemps compris l'article 141 alinéa 1 CO: l'expression « d'avance » signifie qu'il ne peut être renoncé à la

⁵²² *Oberster Gerichtshof* in Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, volume 73/2000 n°158, en particulier pp. 296-297.

⁵²³ *Oberster Gerichtshof* in Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, volume 56/1983 n°53, en particulier p. 247. Voir aussi DITTRICH/TADES, Grosse Gesetzesausgabe, § 1502 ABGB E. 3; DEHN, § 1502 ABGB N 2.

⁵²⁴ A ce sujet, voir BYDLINSKI M., § 1502 BGB N 2 et les références citées.

prescription avant qu'elle ne soit acquise⁵²⁵. Cela signifie qu'une renonciation anticipée ne lie pas le débiteur et qu'il peut ainsi la révoquer en tout temps⁵²⁶.

363 Cette interprétation rigide ne répond toutefois pas aux besoins de la pratique, si bien que la jurisprudence a dû apporter des correctifs. Le premier consiste à admettre que les pourparlers reportent l'échéance de la prescription (N 355). Le deuxième correctif important se situe au niveau des effets la renonciation anticipée. En effet, l'*Oberster Gerichtshof* a jugé que les principes généraux du droit (« *allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit* ») énoncés dans le préambule de l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* permettent de passer outre une norme écrite si l'application de cette dernière devait les contredire. Il en a déduit que le débiteur qui, d'une façon contraire aux bonnes mœurs, incite le créancier à ne pas interrompre la prescription, ne peut se prévaloir de cette dernière⁵²⁷. Dans un tel cas, le créancier peut se défendre au moyen de la contre-exception du dol (« *Gegeneinrede der Arglist* »). Ainsi, un débiteur qui, sachant que la renonciation qu'il a faite n'est pas valable, en profiterait pour exciper de la prescription, verrait son exception rejetée par le juge. Il s'agit en fait d'un cas d'application de la règle interdisant le « *venire contra factum proprium* » et non pas d'un véritable cas d'astuce⁵²⁸.

364 Il est évident que cette jurisprudence, satisfaisante dans son résultat, l'est moins sur le plan de sa justification. Elle conduit en effet à ne pas appliquer une disposition claire de la loi en occultant des effets à une renonciation qui devrait ne pas en avoir⁵²⁹.

365 Pour cette raison, MADER suggère une réduction téléologique (à ce sujet, voir N 1053-1057) de cette norme, afin de ne l'appliquer qu'à la portion du délai qui n'a pas encore couru⁵³⁰. Quant à VIEHBÖCK, il propose simplement une nouvelle compréhension de la lettre de la loi, à savoir que l'expression « d'avance » signifie « avant que le délai n'ait commencé à courir » et non pas « avant que la prescription ne soit acquise »⁵³¹.

366 Selon le § 1502 ABGB, la renonciation à la prescription acquise est possible sans restriction, même implicitement, sauf si le débiteur ne sait pas que le délai est échu⁵³². La renonciation à la prescription acquise ne peut plus être librement révoquée⁵³³. S'il apparaît clairement que la renonciation à la prescription acquise conduirait à la condamnation du débiteur dans un procès, elle est un acte de disposition et ses effets sont analogues à ceux de la reconnaissance de dette⁵³⁴. L'inverse est également valable, à savoir que la reconnaissance d'une dette dont la

525 Voir les références d'arrêts citées par DITTRICH/TADES, *Grosse Gesetzesausgabe*, § 1502 ABGB E. 1.

526 DITTRICH/TADES, *Grosse Gesetzesausgabe*, § 1502 ABGB E. 14a.

527 Voir l'arrêt topique in *Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen*, volume 47/1974 n°104.

528 MADER, p. 2.

529 Voir l'analyse détaillée et la critique chez MADER, pp. 1-7. Voir aussi KOZIOL/WELSER/KLETECKA, p. 234.

530 Pour les détails, voir MADER, pp. 6-7.

531 VIEHBÖCK, p. 775; sans véritable prise de position: DEHN, § 1502 ABGB N 1. A ce sujet, voir aussi MADER, p. 5.

532 *Oberster Gerichtshof* in *Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen*, volume 63/1990 n°29, en particulier p. 155.

533 DITTRICH/TADES, *Grosse Gesetzesausgabe*, § 1502 ABGB E. 3c.

534 *Oberster Gerichtshof* in *Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen*, volume 63/1990 n°29, en particulier p. 155.

créance correspondante est prescrite constitue en règle générale une renonciation à la prescription acquise⁵³⁵. Il faut encore préciser que la renonciation à la péremption est licite⁵³⁶.

⁵³⁵ *Oberster Gerichtshof* in Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, volume 47/1974 n°28, en particulier p. 140.

⁵³⁶ *Oberster Gerichtshof* in Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, volume 45/1972 n°80, en particulier p. 342. BYDLINSKI M., § 1502 BGB N 2.

Chapitre III En droit français

Section 1 La prescription en général

A. Le principe

- 367 Comme nous l'avons mentionné dans la première partie du présent travail, le Code civil français est l'une des seules codifications à définir explicitement la prescription en son article 2219 (N 14). Comme la codification autrichienne, le droit français de la prescription est très ancien. Il est contenu dans le livre troisième du Code civil français intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », au titre XX. Ce dernier traite à la fois de la prescription extinctive, de la prescription acquisitive et de la possession.
- 368 La prescription extinctive (ou libératoire) du droit français porte sur toutes les actions réelles et personnelles (article 2262 CCF). Sont exclus du champ d'application de la prescription le droit de propriété et certaines actions qui y sont liées⁵³⁷.
- 369 Les effets de la prescription sont contestés en droit français. Selon la thèse « processualiste », la prescription ne serait qu'un moyen de défense du débiteur privant le créancier du droit de poursuivre le débiteur. Selon cette conception, la prescription est une fin de non-recevoir qui conduit au renvoi de l'action sans examen au fond, ainsi que le prévoit l'article 122 du Code de procédure civile. Selon la thèse opposée, dite « substantialiste », la prescription éteint le droit lui-même⁵³⁸. C'est cette dernière thèse qui a été adoptée par la doctrine majoritaire et la jurisprudence⁵³⁹.
- 370 Le Code civil français interdit au juge de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (article 2223 CCF). La jurisprudence a admis que le paiement d'une dette dont la créance correspondante est prescrite est valable et ne peut faire l'objet d'une répétition de l'indu⁵⁴⁰. Il existe en outre une catégorie très spécifique de prescriptions, dont l'effet est de transférer les droits prescrits à l'Etat⁵⁴¹.

B. Les délais

- 371 A l'origine, le Code civil français avait instauré la prescription trentenaire comme délai supplétif uniforme (article 2262 CCF). Cette disposition demeure en vigueur mais des domaines importants ont été soustraits de son champ d'application. Il s'agit principalement (mais pas uniquement⁵⁴²) des obligations entre commerçants ainsi qu'entre commerçants et non-commerçants (article L 110-4 du Code de commerce), de certaines actions en responsabilité contractuelle (article 2270 CCF) ainsi que de toutes les actions en responsabilité civile extra-contractuelle (article 2270-1 CCF) qui se prescrivent par dix ans. Cela fait dire à BÉNABENT qu'il a été instauré un triple droit commun (Code de commerce, responsabilité civile extra-contractuelle, créances contractuelles ou quasi-contractuelles)⁵⁴³. Ce sont les prescriptions

⁵³⁷ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1474.

⁵³⁸ Sur les détails et nuances de la controverse, voir BANDRAC, pp. 21-52.

⁵³⁹ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1504.

⁵⁴⁰ BÉNABENT, N 913.

⁵⁴¹ A ce sujet, voir SOHM-BOURGEOIS, N 444-453.

⁵⁴² Voir TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1478.

⁵⁴³ BÉNABENT, N 894.

ordinaires⁵⁴⁴. Le point de départ du délai n'est pas déterminé dans la loi, mais la jurisprudence l'a fixé au moment de l'exigibilité.

372 A côté de ces délais généraux, le législateur français, lui aussi très imaginaire dans ce domaine, a instauré, soit dans le Code civil français lui-même, soit dans la législation spéciale, des prescriptions raccourcies en fonction de la nature de la créance ainsi que des courtes prescriptions dites présomptives, car fondées exclusivement sur une présomption de paiement. Ces délais varient de cinq ans à deux mois⁵⁴⁵.

C. La prolongation de la durée de la prescription

373 Les mécanismes de prolongation de la durée de la prescription instaurés par le droit français ne divergent pas fondamentalement de ceux du droit suisse par exemple.

374 L'interruption (articles 2242-2250 CCF) résulte soit d'actes de poursuite du créancier contre le débiteur, soit de la reconnaissance de la dette par ce dernier. L'interruption par une demande en justice déploie ses effets pendant toute la durée de l'instance. Il convient ici de relever un cas particulier parmi d'autres⁵⁴⁶, à savoir celui de la prescription de l'action en paiement de la prime ou de l'indemnité d'assurance, dont l'interruption est possible par l'envoi d'un courrier recommandé avec accusé de réception (article L 114-2 du Code des assurances).

375 L'article 2251 CCF dispose que la prescription court contre toute personne, à moins d'une « exception établie par une loi ». En droit français, ces exceptions sont peu nombreuses. Elles bénéficient aux mineurs non émancipés et aux majeurs sous tutelle (article 2252 CCF), aux époux entre eux (article 2253 CCF) et à l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession. La jurisprudence a encore défini d'autres cas pour le créancier qui se trouve dans l'impossibilité d'agir, par exemple pour des raisons juridiques ou en cas de force majeure⁵⁴⁷. Un arrêt de la Cour de cassation de 1938 avait admis qu'en cas de négociations amiables entre les parties, le créancier se trouve dans l'impossibilité morale d'agir⁵⁴⁸. La jurisprudence récente n'admet toutefois plus une telle cause de suspension ou d'interruption⁵⁴⁹.

Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription

A. Les modifications conventionnelles

a) *Modifications prohibées*

376 De l'article 2220 CCF, qui précise qu'« on ne peut, d'avance renoncer à la prescription: on peut renoncer à la prescription acquise », la doctrine et la jurisprudence françaises ont déduit l'inadmissibilité des clauses tendant à supprimer la prescription ou à prolonger le délai de

⁵⁴⁴ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1476.

⁵⁴⁵ Pour l'énumération de ces délais et leur classification (parfois divergente), voir BÉNABENT, N 895-898; MALINVAUD, N 855-856; SOHM-BOURGEOIS, N 52-197; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1479-1486.

⁵⁴⁶ Pour l'ensemble, voir SOHM-BOURGEOIS, N 258-264.

⁵⁴⁷ Pour un résumé de la casuistique, voir SOHM-BOURGEOIS, N 335-347.

⁵⁴⁸ Voir la référence dans TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1497 note de bas de page 2 (p. 1407).

⁵⁴⁹ Voir par exemple l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 05.10.1988 in Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles 1988 II n°188 (p. 102).

prescription⁵⁵⁰. De telles clauses seraient nulles⁵⁵¹. Des règles spéciales peuvent également interdire d'abréger des délais de prescription.

- 377 Une telle disposition se trouve à l'article L 111-2 du Code des assurances qui détermine que certaines dispositions de la loi ne peuvent être modifiées par convention, dont l'article L 114-1 qui fixe à deux ans le délai de prescription pour toutes les actions dérivant du contrat d'assurance. Ce délai de droit impératif court à compter de l'événement qui donne naissance à l'action⁵⁵².
- 378 Dans la vente mobilière conclue entre un professionnel et un consommateur, la prescription de l'action résultant du défaut de conformité est de deux ans à compter de la délivrance du bien, en vertu de l'article L 211-12 du Code de la consommation, introduit par ordonnance du 17.02.2005. Ce délai ne peut être modifié avant que l'acheteur n'ait formulé de réclamation (article L 211-17 du Code de la consommation). Par cette réglementation, le législateur français est même allé au-delà de la directive européenne correspondante qui prévoit que le délai peut être ramené à un an pour les biens d'occasion (N 453).
- 379 En matière de protection des consommateurs, l'article L 132-1 du Code de la consommation, inspiré de la directive européenne correspondante (N 452), interdit les clauses stipulées dans des conditions générales créant à leur détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le chiffre 1 lettre q de l'annexe à cette disposition considère en particulier comme abusive une clause qui aurait pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur, par exemple en l'obligeant à recourir à l'arbitrage ou à un autre mode alternatif de règlement des litiges⁵⁵³. Une telle réglementation pourrait naturellement s'appliquer en matière de prescription également⁵⁵⁴.
- 380 Sauf dans les contrats entre professionnels, l'article 1386-15 CCF interdit les clauses visant à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux, en conformité à la directive européenne correspondante (N 455). Par conséquent, une clause abrégant le délai de prescription de trois ans (article 1386-17 CCF) ou le délai de responsabilité (ou de forclusion) de dix ans (article 1386-16 CCF) tomberait sous le coup de cette interdiction.

b) Modifications admises

- 381 Sauf disposition contraire, les clauses qui visent à abréger les délais de prescription sont généralement admises, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public⁵⁵⁵ et qu'elles ne privent pas le créancier de la réelle possibilité d'agir contre le débiteur; par exemple une réduction d'un délai de cinq ans à un mois a été jugée inadmissible⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1488.

⁵⁵¹ BRUSCHI, p. 316 (avant N 262); SOHM-BOURGEOIS, N 377.

⁵⁵² Pour plus de détails sur la prescription en matière de droit des assurances, voir YVONNE LAMBERT-FAIVRE/LAURENT LEVENEUR, Droit des assurances, 12^e édition, Dalloz Paris 2005, N 286-305-1.

⁵⁵³ Voir également la Recommandation de synthèse n°91-02, point 19, de la Commission des clauses abusives, ainsi que la Recommandation n°79-02 du 30.01.1979 sur les clauses concernant les recours en justice (point 4° de la recommandation) de la même Commission. Voir aussi BÉNABENT, N 892.

⁵⁵⁴ BRUSCHI, N 264; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, N 1489.

⁵⁵⁵ Voir notamment l'arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation du 21.03.1995, in Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles 1995 IV n°92 (pp. 82-83). BRUSCHI, N 259.

⁵⁵⁶ Voir l'arrêt du Tribunal civil de Périgueux du 06.07.1954, in Revue Trimestrielle de Droit civil 53/1955, p. 330 n°65. Voir aussi BRUSCHI, N 263.

- 382 Les parties ont également la faculté de modifier le système des causes d'interruption de la prescription, celui-ci n'étant pas d'ordre public. Elles peuvent supprimer ou ajouter de telles causes, par exemple prévoir qu'une simple lettre de réclamation interrompt la prescription⁵⁵⁷. Ces clauses ne sont toutefois admissibles que si elles n'entraînent pas indirectement un excès de longueur ou de brièveté du délai⁵⁵⁸.
- 383 Après la naissance de l'obligation et en cours de délai, les parties peuvent convenir de causes de suspension complétant celles prévues par la loi⁵⁵⁹.
- 384 En principe, il est aussi admis que les parties conviennent d'un délai préfix (ou de forclusion), correspondant à un délai de péremption conventionnelle au sens étroit du droit suisse de par ses effets (N 554), en lieu et place d'un délai de prescription⁵⁶⁰.

B. La renonciation

- 385 L'interdiction de la renonciation anticipée (N 376) déploie naturellement ses effets non seulement sur les clauses conventionnelles mais aussi sur la renonciation unilatérale par le débiteur. La doctrine et la jurisprudence françaises comprennent l'expression « renonciation anticipée » comme « renonciation avant l'expiration du délai de prescription », étant donné que l'article 2220 CCF semble n'admettre que la renonciation à la prescription acquise.
- 386 La renonciation à la prescription en cours de délai pour la portion du délai qui s'est déjà écoulée n'est que très peu thématisée dans la doctrine. Il faut concéder que la question est probablement moins d'actualité dans un ordre juridique où les délais de prescription sont en règle générale plus longs voire nettement plus longs (prescription trentenaire) que dans nos lois. Dans la doctrine récente, certains auteurs admettent toutefois qu'elle pourrait agir comme cause d'interruption en ayant ainsi un effet sur le passé uniquement, sans qu'il s'agisse à proprement parler d'une renonciation⁵⁶¹. Dans la doctrine française plus ancienne, l'opinion selon laquelle la renonciation à la portion déjà écoulée du délai (ou un « contrat interruptif »⁵⁶²) est licite était largement répandue⁵⁶³; elle était parfois assimilée à une reconnaissance de dette⁵⁶⁴. On retrouve par ailleurs même l'avis de TROPLONG cité à ce sujet dans un arrêt de la Cour d'appel bernoise de 1911 (voir N 1064).

⁵⁵⁷ BRUSCHI, N 260-261; SOHM-BOURGEOIS, N 283-285.

⁵⁵⁸ BRUSCHI, N 262-263.

⁵⁵⁹ Voir notamment l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 13.03.1968 in *Semaine juridique* 1969 II n°15903, complété par un commentaire de R. PRIEUR.

⁵⁶⁰ Voir notamment l'arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 14.10.1987 in *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles* 1987 II n°195 (pp. 109-110). Sur la notion de délai préfix, voir BÉNABENT, N 908.

⁵⁶¹ GHESTIN/BILLIAU/LOISEAU, N 1211; SOHM-BOURGEOIS, N 386 et les références citées, en particulier PAUL ESMEIN, *Les Obligations, Traité pratique de droit civil français (PLANIOL/RIPERT)*, Tome VIII, 2^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris 1954, N 1389bis (p. 806).

⁵⁶² M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code, De la prescription*, Société typographique belge, Bruxelles 1841, pp. 22-23.

⁵⁶³ AUBRY/RAU, *Cours de droit civil français, Tome douzième* (E. BARTIN), 5^e édition, Librairie de la Cour de Cassation Paris 1922, p. 571; G. BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT TISSIER, *Traité théorique et pratique de droit civil, De la prescription*, 4^e édition, Sirey Paris 1924, pp. 77-78; J.-M. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon, Tome septième*, 6^e édition, Maresq Paris 1860, p. 731.

⁵⁶⁴ M. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français, Tome onzième*, 4^e édition, Hauman Bruxelles 1841, pp. 310-311; F. LAURENT, *Principes de droit civil, Tome trente-deuxième*, Bruylant/Marescq Bruxelles/Paris 1878, p. 191.

- 387 L'article 2222 CCF, qui précise que « celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise », doit être compris, en matière de prescription libératoire, en ce sens que la renonciation présuppose la capacité de s'obliger.
- 388 L'article 2221 CCF admet à la fois la renonciation expresse et la renonciation tacite. Les deux formes doivent être faites en connaissance de cause par le débiteur. La renonciation expresse résulte d'un acte juridique (manifestation de volonté non équivoque) dont la nature, unilatérale ou bilatérale, est contestée⁵⁶⁵. La renonciation tacite peut résulter de tout fait, postérieur à l'expiration du délai, impliquant nécessairement et sans équivoque la volonté du débiteur de ne pas se prévaloir de la prescription⁵⁶⁶. En cas de doute, la renonciation ne se présume pas.

Section 3 L'avant-projet de révision

- 389 A l'occasion du bicentenaire du Code civil français, une procédure de réforme partielle du droit des obligations et de la prescription a été lancée. Un avant-projet a été présenté en 2005⁵⁶⁷, qui s'inspire notamment du nouveau droit allemand, des « Principes du droit européen du contrat » de la Commission pour le droit européen du contrat (voir N 457-465) et des principes UNIDROIT (N 472-475).
- 390 Dans cet avant-projet, deux règles concernent les dispositions prises par les parties en relation avec la prescription. Il s'agit premièrement de l'article 2235 qui a la teneur suivante: « On peut renoncer à une prescription acquise. La durée de la prescription extinctive peut être abrégée ou allongée par accord des parties ou de leurs représentants légaux; mais elle ne peut être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ». La deuxième disposition est l'article 2236 qui correspond à l'actuel article 2221 CCF: « La renonciation à la prescription est expresse ou tacite; la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis ».
- 391 C'est naturellement l'alinéa 2 de l'article 2235 de l'avant-projet qui est intéressant, étant donné qu'il permet d'abrégier les délais de prescription jusqu'à une durée d'un an et de les prolonger jusqu'à une durée de dix ans. Selon l'exposé des motifs de PHILIPPE MALAURIE, la volonté est d'assouplir les règles actuelles et de consacrer la liberté à l'égard de la prescription, sauf butoirs dans l'abréviation et l'allongement des délais. Un autre effet désiré de cette règle est de supprimer la liberté des parties, consacrée par la jurisprudence et la doctrine, de modifier les causes de suspension et d'interruption (voir N 382)⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Sur la controverse, voir BRUSCHI, N 250-256.

⁵⁶⁶ Pour un résumé de casuistique, voir SOHM-BOURGOIS, N 389-406.

⁵⁶⁷ Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101-1386) et du droit de la prescription (Articles 2234-2281) du 22.09.2005. Voir aussi PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, p. 75.

⁵⁶⁸ Avant-projet cité en note de bas de page 567, p. 174.

Chapitre IV En droit italien

Section 1 La prescription en général

A. Le principe

- 392 Les règles du *Codice civile* sur la prescription se trouvent en son livre sixième, intitulé « *Della tutela dei diritti* » (protection des droits), plus précisément au titre cinquième, intitulé « *Della prescrizione e della decadenza* » (De la prescription et de la péremption, articles 2934-2969 CCI). Le législateur italien se distingue ainsi des autres par le fait d'avoir édicté des règles générales sur la péremption (articles 2964-2969).
- 393 La réglementation fondamentale du *Codice civile* en matière de prescription ne diverge pas de manière significative de celle des autres codifications. Selon l'article 2934 alinéa 1 CCI, tout droit s'éteint par prescription lorsque son titulaire ne l'exerce pas pendant le laps de temps déterminé par la loi. L'alinéa 2 de cette même disposition précise que sont exclus les droits dont les parties ne peuvent disposer (« *i diritti indisponibili* ») et ceux que la loi mentionne spécialement. Parmi ces droits exclus, on trouve en particulier des actions du droit de la famille, des successions et des obligations mentionnées expressément dans cette disposition, mais aussi de manière générale les droits de la personnalité et ceux liés aux rapports familiaux⁵⁶⁹.
- 394 L'opinion dominante en doctrine veut que la prescription, qui constitue une exception de fond (« *eccezione sostanziale* »), entraîne l'extinction du droit touché⁵⁷⁰. Cela signifie que si l'exception de prescription, qui ne saurait être retenue d'office par le juge (article 2938 CCI), est soulevée, ses effets se produisent au moment de l'échéance du délai⁵⁷¹. Un paiement opéré nonobstant la prescription ne peut être réclamé à titre d'indu (article 2940 CCI).

B. Les délais

- 395 Le délai supplétif instauré par l'article 2946 CCI pour tous les droits est de dix ans. Vu le nombre important de délais spéciaux, il ne s'applique en fait qu'aux créances et au droit de gage⁵⁷². À côté de ce délai, la loi fixe de nombreux autres délais dans le titre cinquième du *Codice civile*, à savoir les courtes prescriptions aux articles 2947-2952 et les prescriptions présomptives (« *delle prescrizioni presuntive* ») aux articles 2954-2956, reprenant ainsi la même distinction que le Code civil français⁵⁷³ (N 372). En matière de responsabilité civile, le *Codice civile* a instauré, comme en droit suisse, un délai de prescription extraordinaire lié à l'éventuelle prescription pénale plus longue du fait de la commission d'un acte punissable (article 2947 alinéa 3 CCI).
- 396 Le point de départ du délai est le moment à partir duquel le titulaire peut faire valoir son droit (article 2935 CCI), moment qui est celui de l'exigibilité en ce qui concerne les créances⁵⁷⁴.

⁵⁶⁹ GALGANO, pp. 355-357. Sur les difficultés et controverses quant à l'objet de la prescription selon le CCI, voir TROISI, art. 2934 CCI N 1.

⁵⁷⁰ TROISI, art. 2934 CCI N 4; VITUCCI, art. 2934 CCI N 6 (p. 23).

⁵⁷¹ TROISI, art. 2938 CCI N 1.

⁵⁷² ROSELLI/VITUCCI, p. 449.

⁵⁷³ ROSELLI/VITUCCI, p. 450.

⁵⁷⁴ TROISI, art. 2935 CCI N 1 et 3.

Pour les droits soumis à une prescription présumptive, le point de départ est réglé spécialement et correspond soit à l'exigibilité pour les prestations périodiques soit au moment de l'exécution de la prestation pour les autres prestations (article 2957 alinéa 1 CCI).

C. La prolongation de la durée de la prescription

- 397 Pour ce qui est de la prolongation de la durée de la prescription, le droit italien connaît lui aussi la suspension (« *sospensione* », articles 2941 et 2942 CCI) et l'interruption (« *interruzione* », articles 2943-2945 CCI).
- 398 Au niveau des causes de suspension, une règle particulière mérite d'être mentionnée, celle de l'article 2941 chiffre 8 CCI, qui suspend la prescription lorsque le débiteur a astucieusement caché l'existence de son droit au créancier, jusqu'à ce que ce dernier ne découvre l'astuce. Il s'agit là d'un tempérament apporté au principe qui veut que l'ignorance d'un droit n'empêche pas la prescription de suivre son cours⁵⁷⁵.
- 399 En plus des actes du créancier en vue de l'exécution judiciaire de son droit (article 2943 alinéas 1 et 2 CCI) et de la reconnaissance de dette du débiteur (article 2944 CCI), le droit italien admet comme cause interruptive, valable en droit des obligations seulement⁵⁷⁶, tout acte à même de mettre le débiteur en demeure (article 2943 alinéa 4 CCI, voir aussi article 1219 CCI), c'est-à-dire tout acte par lequel le créancier manifeste clairement sa volonté de voir son propre droit satisfait, comme par exemple une simple interpellation écrite.

Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription

A. Les modifications conventionnelles

- 400 Concernant le droit italien, nous n'examinerons que le régime général, les règles spéciales liées à la transposition de l'acquis communautaire (N 450-455) ayant déjà été abordées pour le droit allemand (N 327-333), le droit autrichien (N 357-359) et le droit français (N 378-380) à titre d'exemples. Très strict, l'article 2936 CCI déclare nulle toute convention visant à modifier la réglementation légale de la prescription. En toute bonne logique, la jurisprudence a déduit de cette disposition, qui a valeur de principe général, qu'elle interdisait aussi bien l'abrégement que la prolongation conventionnels des délais, ce principe étant toutefois aussitôt tempéré par la possibilité conférée par la loi de convenir d'un délai de péremption plus court, pour autant que l'exercice du droit du créancier ne soit pas rendu excessivement difficile⁵⁷⁷.
- 401 L'interdiction de modifier le régime légal ne s'applique pas qu'aux délais. Il vise également le point de départ de la prescription, les causes de suspension et l'interruption⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ TROISI, art. 2941 CCI N 9.

⁵⁷⁶ TROISI, art. 2943 N 4.

⁵⁷⁷ Voir l'arrêt de la *Corte di cassazione* du 30.03.1955 in *Il Foro Italiano*, Raccolta generale di giurisprudenza 1955 p. 1486, 1490-1491.

⁵⁷⁸ TROISI, ad art. 2936 CCI.

- 402 Il est admis que les parties peuvent indirectement suspendre le cours de la prescription en passant une convention de sursis. Une telle convention n'est pas contraire à l'article 2936 CCI⁵⁷⁹.

B. La renonciation

- 403 L'article 2937 alinéa 2 CCI précise que la renonciation à la prescription n'est possible que lorsqu'elle est acquise (« *solo quando questa è compiuta* »). Une renonciation avant ou pendant l'écoulement du délai serait nulle. Toutefois, dans l'hypothèse d'une renonciation pendant l'écoulement du délai, il est admis que, bien qu'elle soit nulle dans son effet propre, la renonciation puisse, selon les cas, valoir acte interruptif pour cause de reconnaissance de dette⁵⁸⁰.
- 404 La renonciation à la prescription acquise est expresse ou tacite (article 2937 alinéa 3 CCI). Elle est un acte unilatéral pouvant être intégré à une convention. Vu l'effet extinctif de la prescription selon le *Codice civile*, la renonciation a pour effet la reviviscence rétroactive du droit éteint et sa soumission à un nouveau délai de prescription identique au premier. Ces règles ne font pas l'unanimité dans la doctrine et la jurisprudence, mais sont majoritairement admises. Il est parfois postulé que la renonciation fait courir un nouveau délai qui est toujours celui de la prescription décennale⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ A ce sujet et pour plus de détails, voir ROSELLI/VITUCCI, pp. 412-414.

⁵⁸⁰ TROISI, art. 2937 CCI N 1; VITUCCI, art. 2937 CCI N 3.

⁵⁸¹ Pour une présentation des différentes opinions sur la renonciation à la prescription acquise, voir TROISI, art. 2937 CCI N 5.

Chapitre V En droit néerlandais

Section 1 Une nouvelle codification

405 Le nouveau *Burgerlijk Wetboek* néerlandais présente un intérêt pour notre étude dans la mesure où il s'agit d'une codification récente⁵⁸² dont les règles sur la prescription, contenues dans le troisième livre du code intitulé « du droit patrimonial en général », sont entrées en vigueur le 01.01.1992. Toutefois, notre méconnaissance complète de la langue nous empêche d'effectuer une véritable étude sur le sujet en nous référant à la jurisprudence et à la doctrine néerlandaises. Nous nous bornerons par conséquent à décrire le contenu des règles légales générales⁵⁸³.

Section 2 Le droit de la prescription

A. En général

406 Les dispositions sur la prescription (articles 3:306-3:325 BW) se trouvent au titre onzième du livre 3 du *Burgerlijk Wetboek*, intitulé « des actions en justice ». Depuis l'entrée en vigueur du *Burgerlijk Wetboek*, certaines dispositions ont déjà été révisées (article 3:310 BW) ou nouvellement introduites (articles 3:310a et 3:310b BW, entrés en vigueur le 01.05.1995).

407 Ces règles ne présentent pas de différences fondamentales par rapport au système des codifications plus anciennes. En effet, un délai supplétif de 20 ans est instauré par l'article 3:306 BW. Divers autres délais plus courts voire plus longs sont établis aux articles 3:307 à 3:312 BW, un double délai étant prévu pour l'action en exécution d'obligations dont la date d'exécution est indéterminée, pour l'action en répétition de l'indu et pour l'action en réparation de dommages (articles 3:307 alinéa 2, 3:309 et 3:310 BW). Les règles sur le point de départ du délai (articles 3:313-3:315 BW) n'appellent pas de remarque particulière. La suspension est conçue de manière générale comme report de l'échéance de six mois après la fin de la cause de suspension en question (article 3:320 BW). En ce qui concerne l'interruption, il faut mentionner que la loi admet une interpellation écrite comme acte interruptif pour l'action en exécution (article 3:317 alinéa 1 BW). L'interruption est suivie d'un nouveau délai, dont la durée est cependant de cinq ans au plus (article 3:319 alinéa 2 BW). Il est interdit au juge d'appliquer d'office le moyen de la prescription (article 3:322 alinéa 1 BW), mais il lui est possible de refuser de le prendre en compte dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas de dommage tardif⁵⁸⁴.

B. Les modifications apportées par les parties à la prescription

408 Le *Burgerlijk Wetboek* ne contient pas de règle concernant les modifications conventionnelles. Il est cependant admis que les parties peuvent abrégé un délai de prescription, mais

⁵⁸² Pour les détails sur l'histoire de cette codification, voir HONDIUS, pp. 381-385.

⁵⁸³ Dont des traductions en français et en allemand se trouvent dans les ouvrages de HAANAPPEL/MACKAAY et de NIEPER/WESTERDIJK cités dans la bibliographie.

⁵⁸⁴ PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, p. 76 et l'arrêt cité dans sa note de bas de page 24.

pas le prolonger⁵⁸⁵. Des règles spéciales interdisant l'abrègement se trouvent dans la loi elle-même. Par exemple, l'article 6:236 lettre g BW interdit la stipulation dans des conditions générales d'un délai de prescription de moins d'un an pour les droits du consommateur.

409 Pour ce qui est de la renonciation, l'article 3:322 alinéa 3 BW ne l'autorise que si la prescription est acquise. Elle peut être expresse ou tacite (article 3:322 alinéa 2 BW). La seule reconnaissance de l'existence d'une dette ne vaut pas renonciation à la prescription. Cette dernière fait courir un nouveau délai d'au plus cinq ans par analogie avec l'interruption⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ A ce sujet, voir DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, p. 710; STOLKER, BW 3:322 N 5.

⁵⁸⁶ STOLKER, BW 3:322 N 3.

Chapitre VI En droit anglais

Section 1 Un système de conception différente

A. Le principe

- 410 Comme nous l'avons déjà mentionné dans notre première partie (N 83), les pays dont l'ordre juridique obéit au système de la *common law* ont une conception en principe procédurale de la prescription. Néanmoins, il nous semble intéressant de voir comment y sont réglés les problèmes que pose la liberté contractuelle en matière de prescription. A titre d'exemple, nous examinerons les règles du droit anglais.
- 411 Les principales règles édictées sur la prescription, désignée en anglais par « *limitation of actions* » (ou « *time limit* »)⁵⁸⁷, se trouvent dans la loi intitulée *Limitation Act 1980*⁵⁸⁸. Pour les besoins de l'exposé nous traduirons le terme « *limitation* » par prescription. Il faut cependant préciser que ce n'est pas seulement la conception de la prescription qui varie, mais l'ensemble du système juridique. Au moment de comparer des institutions apparentées (prescription et « *limitation* »), il faut garder cela à l'esprit.
- 412 La prescription du droit anglais s'applique aux prétentions (« *claims* »). Bien qu'il s'agisse d'une institution procédurale, la prescription ne doit pas être retenue d'office par le juge, le débiteur devant soulever ce moyen⁵⁸⁹. Sauf exception prévue par la loi, elle ne détruit donc pas la prétention elle-même, mais l'action qui est alors « *statute barred* » (ou « *time barred* »). En effet, les délais sont exprimés par la formulation « *an action ... shall not be brought after the expiration of ... years* ». Dans certains cas, c'est le tribunal lui-même qui est autorisé par la loi à passer outre la prescription acquise s'il juge qu'il est équitable de le faire, comme par exemple en cas de préjudice causé à une personne (homicide ou lésions corporelles, voir les articles 32A et 33 LA1980 posant des critères précis à ce sujet). Cette règle montre bien que la jurisprudence conserve un rôle très important dans le système de la *common law*.

B. Les délais

- 413 Le délai ordinaire de prescription en matière contractuelle (« *on simple contract* ») et de responsabilité civile (« *on tort* ») est de six ans (articles 2 et 5 LA1980). La loi contient toutefois une foule de règles divergentes en relation avec des cas de figure bien précis (toute la première partie du *Limitation Act 1980*, articles 1 à 27, est consacrée aux divers délais⁵⁹⁰). Par exemple, en matière de responsabilité civile pour un préjudice non intentionnel causé à une personne, la créance en réparation se prescrit par trois ans (article 11 alinéa 1 et 4 LA1980), alors que si le dommage est intentionnel, le délai ordinaire de six ans s'applique⁵⁹¹. En plus des délais ordinaires de prescription, la loi instaure parfois un délai dont le rôle s'apparente à un délai de prescription absolu et qui s'intitule « *long-stop provision* ». Pour les actions déri-

⁵⁸⁷ Concernant la différence de conception et les problèmes terminologiques, voir BONELL, pp. 520-521.

⁵⁸⁸ Le texte mis à jour se trouve dans Halsbury's Statutes, 4^e édition, volume 24, réimpression 2006, pp. 743-806.

⁵⁸⁹ O'HARE/BROWNE, p. 54 N 5.001; ZUCKERMAN, p. 910 N 24.4.

⁵⁹⁰ Pour un résumé plus complet, voir DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, p. 701.

⁵⁹¹ ZUCKERMAN, pp. 913-914 N 24.10.

vant du *Consumer Protection Act 1987* sa durée est de dix ans (article 11A alinéa 3 LA1980)⁵⁹². Il est de 30 ans pour les actions relatives à un bien-fonds (ou à l'argent engagé sur un bien-fonds) si le créancier se trouve dans l'incapacité d'agir (« *disability* », article 28 alinéa 4 LA1980).

414 De manière générale, le délai commence à courir au moment où la cause de l'action naît (« *when the cause of action accrues* »), c'est-à-dire le premier instant à partir duquel le créancier peut faire valoir sa prétention. Cette règle connaît de nombreuses exceptions. Par exemple, en matière de préjudice non intentionnel causé à une personne, le délai de trois ans court dès le fait dommageable ou, si elle est postérieure, dès la date de la connaissance de la personne lésée (article 11 alinéa 4 LA1980).

415 On peut affirmer que le système des délais de prescription du droit anglais n'a, quant à sa complexité⁵⁹³, rien à envier aux codifications et lois spéciales d'Europe continentale en la matière, bien au contraire.

C. La prolongation de la durée de la prescription

416 La prolongation de la durée de la prescription est traitée dans la deuxième partie du *Limitation Act 1980*, intitulée « *extension or exclusion of ordinary time limits* ». Dans cette partie également, de nombreuses règles particulières sont établies et il n'y en a guère qui ne connaissent aussitôt des exceptions. Le droit anglais ne prévoit en principe pas de causes de suspension de la prescription⁵⁹⁴.

417 Pour toute personne qui se trouve en incapacité (« *disability* »), c'est-à-dire toute personne mineure ou incapable de discernement, le délai de prescription est de trois ou six ans selon les cas et il court dès la cessation de l'incapacité (article 28 alinéas 1 et 6 ainsi que 38 alinéa 2 LA1980). Il s'agit en fait d'un cas de figure qui se rapproche de l'empêchement. Dans certains cas particuliers réglés à l'article 32 LA1980, la loi introduit une autre forme d'empêchement, que l'on pourrait aussi assimiler à une réglementation spéciale concernant le point de départ du délai. La norme s'intitule « *postponement of limitation period in case of fraud, concealment or mistake* » et prévoit que le délai ne commence pas à courir tant que le créancier n'a pas découvert ou raisonnablement pu découvrir les faits fondant sa créance en raison d'une tromperie, dissimulation ou faute du débiteur.

418 En cas de reconnaissance de dette (« *acknowledgment* ») du débiteur écrite et signée ou alors de paiement partiel de sa part, la loi considère que le droit d'action du créancier s'accroît dès la date de la reconnaissance ou du paiement. Cela constitue en fait un cas de nouveau départ du délai⁵⁹⁵.

D. Une réforme en vue

419 Le système anglais ne permet d'assurer ni la sécurité du droit ni la justice de manière satisfaisante et donne lieu à de nombreux procès en raison des prérogatives étendues des tribunaux en la matière (N 412). Aussi la *Law Commission* a-t-elle proposé une réforme radicale qui va par ailleurs dans le sens des Principes du droit européen du contrat (N 457-465)⁵⁹⁶.

⁵⁹² ZUCKERMAN, pp. 915-916 N 24.12.

⁵⁹³ Voir la liste dans PRIME/SCANLAN, pp. 7-9.

⁵⁹⁴ DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, p. 704.

⁵⁹⁵ ZUCKERMAN, p. 924 N 24.30.

⁵⁹⁶ Pour une description des principaux points de cette réforme, voir ZUCKERMAN, pp. 929-931 N 24.41-24.47.

Section 2 Les modifications apportées par les parties à la prescription

A. Les modifications conventionnelles

420 Comme pour le droit italien (N 400), nous n'examinerons que le régime général. Le *Limitation Act 1980* ne contient aucune règle concernant les modifications conventionnelles. La jurisprudence ne semble pas encore avoir tranché la question. Le silence de la loi peut probablement être interprété comme n'interdisant pas de manière générale les modifications par les parties⁵⁹⁷. Aux yeux de la *Law Commission*, peu de problèmes sont posés par des clauses qui abrégeraient le délai de prescription, pour autant que les dispositions concernant les conditions générales abusives (« *unfair contract terms* ») soient respectées. En revanche, cette même commission estime que la prolongation des délais ne saurait être admise que dans la mesure nécessaire aux parties pour parvenir à un règlement amiable du litige. Finalement cette commission est d'avis qu'un accord visant à modifier le point de départ du délai serait possible⁵⁹⁸.

B. La renonciation

421 La prescription étant un moyen de défense de droit procédural, rien n'empêche le débiteur de ne pas l'opposer au créancier. Il serait même admis que le débiteur puisse renoncer expressément à exciper de la prescription avant qu'elle ne soit acquise, par exemple dans le cadre de pourparlers. Il devrait alors le faire au moyen d'une déclaration claire, sans ambiguïté ni équivoque. De simples pourparlers ne suffiraient par exemple pas à fonder une telle renonciation⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ PRIME/SCANLAN, p. 35.

⁵⁹⁸ A ce sujet, voir PRIME/SCANLAN, pp. 35-36 et le document de la *Law Commission*, *Limitation of Actions*, A Consultation Paper n°151 (1998), pp. 389-391. Du même avis: DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, p. 705.

⁵⁹⁹ A ce sujet, voir O'HARE/BROWNE, p. 54 N 5.001 par référence à un arrêt de la *Court of Appeal* dans la cause *Seechurn v. Ace Insurance S.A.-N.V.* du 06.02.2002, in *Lloyd's Law Report* 2002/2, pp. 390-402, en particulier pp. 397-400. Voir aussi DANNEMANN/KARATZENIS/THOMAS, p. 705.

Chapitre VII En droit matériel international

Section 1 En droit du transport international

- 422 Ainsi que nous l'avons mentionné dans notre partie générale (N 86), il s'agit d'un domaine juridique très technique que nous n'aborderons que brièvement.
- 423 En matière de transport aérien, c'est la Convention de Varsovie de 1929⁶⁰⁰ qui instaure un délai de péremption à son article 29 alinéa 1⁶⁰¹ et renvoie à la *lex fori* pour la supputation des délais. Elle ne contient pas de règles sur l'autonomie de la volonté en matière de prescription.
- 424 Dans le transport maritime, ce sont les conventions de Bruxelles de 1961⁶⁰² et d'Athènes de 1974⁶⁰³ qui posent des règles sur la prescription. La deuxième convention a pour but de remplacer la première. Les deux conventions renvoient en principe à la *lex fori* pour ce qui est de la prolongation des délais de prescription (article 11 chiffre 6 de la première, article 16 chiffre 3 de la deuxième), mais la seconde comporte une disposition réglant explicitement la question de l'autonomie de la volonté en matière de prescription. Il s'agit de son article 16 chiffre 4 qui prévoit que le délai de prescription peut être prorogé par déclaration du transporteur ou par accord entre les parties conclu après la survenance du dommage. Déclaration et accord doivent être consignés par écrit.
- 425 Pour ce qui est du transport ferroviaire, ce sont la Convention de 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires⁶⁰⁴ (article 16 § 1) et ses appendices A (CIV⁶⁰⁵, articles 53-55) et B (CIM⁶⁰⁶, articles 57-58) qui fixent des règles en matière de prescription et de péremption. S'agissant de la prolongation des délais, les articles 55 § 6 CIV et 58 § 5 CIM renvoient à la loi nationale. Ces textes ne contiennent pas de réglementation expresse de l'autonomie de la volonté en matière de prescription mais admettent une réclamation écrite adressée au transporteur comme cause de suspension de la prescription (article 55 § 4 CIV, article 58 § 3 CIM).
- 426 Finalement, pour le transport routier, c'est la Convention de 1956 relative au contrat de transport international de marchandises⁶⁰⁷ par route qui fixe des règles particulières, en ses articles 32 et 39 chiffre 4. Elle n'établit pas non plus de règle expresse pour ce qui a trait à l'autonomie de la volonté des parties en matière de prescription, mais admet aussi la réclama-

⁶⁰⁰ Convention (conclue à Varsovie) du 12.10.1929 pour l'unification de certains règles relatives au transport aérien international, RS 0.748.410, entrée en vigueur pour la Suisse le 07.08.1934.

⁶⁰¹ ATF 108 II 233, 237-238.

⁶⁰² Convention internationale (conclue à Bruxelles) du 29.04.1961 pour l'unification de certaines règles en matière de transport de passagers par mer, RS 0.747.355.1, entrée en vigueur pour la Suisse le 21.04.1966.

⁶⁰³ Convention d'Athènes du 13.12.1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages, RS 0.747.356.1, entrée en vigueur pour la Suisse le 14.03.1988.

⁶⁰⁴ Convention (conclue à Berne) du 09.05.1980 relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF), RS 0.742.403.1, entrée en vigueur pour la Suisse le 01.05.1985.

⁶⁰⁵ Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages, RS 0.742.403.1.

⁶⁰⁶ Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, RS 0.742.403.1.

⁶⁰⁷ Convention (conclue à Genève) du 19.05.1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), RS 0.741.611, entrée en vigueur pour la Suisse le 28.05.1970.

tion écrite adressée au transporteur comme cause de suspension (article 32 chiffre 2). Pour le reste, elle renvoie à la *lex fori*.

Section 2 Dans la vente internationale de marchandises

A. La prescription en général

- 427 Dans le cadre de l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM, N 86), les règles de la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (ci-après: la Convention, CPrVIM) ont été révisées le 11.04.1980⁶⁰⁸. Cette dernière demeure toutefois un traité indépendant de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises.
- 428 La Convention (CPrVIM) n'a pas (encore) été ratifiée par la Suisse mais les tribunaux de ce pays pourraient malgré cela être amenés à l'appliquer, si les règles du droit international privé devaient renvoyer au droit matériel d'un des Etats contractants (article 3 chiffre 1 lettre b CPrVIM)⁶⁰⁹.
- 429 Elle détermine les conditions dans lesquelles les droits et actions réciproques d'un acheteur et d'un vendeur issus d'un contrat de vente internationale d'objets mobiliers corporels ne peuvent plus être exercés en raison de l'expiration d'un certain laps de temps (article 1 chiffre 1 CPrVIM). Les détails du champ d'application sont réglés aux articles 1 à 7 CPrVIM.
- 430 Le délai de prescription fixé par l'article 8 CPrVIM est de quatre ans, délai qui est valable pour toutes les prétentions découlant d'un contrat soumis à la Convention⁶¹⁰. Le délai commence à courir dès l'exigibilité (articles 9 et 10 CPrVIM) et est limité dans tous les cas à dix ans dès son point de départ (article 23 CPrVIM). Toutefois, si l'échéance du délai décennal survient pendant la durée d'une procédure, le débiteur ne peut pas s'en prévaloir (article 25 chiffre 1 *a contrario* CPrVIM).
- 431 Le délai de prescription n'affecte pas un délai (de déchéance) pendant lequel une partie doit donner notification à l'autre ou accomplir tout acte, autre que l'ouverture d'un procès, sous peine de ne pouvoir exercer son droit (article 1 chiffre 2 CPrVIM). Un tel délai ressort par exemple de l'article 39 chiffre 2 CVIM pour l'avis des défauts (délai de deux ans)⁶¹¹.
- 432 La prescription est interrompue, c'est-à-dire qu'elle cesse de courir⁶¹², par tout acte du créancier tendant à faire valoir sa prétention en justice ou par un arbitrage (articles 13 et 14 CPrVIM, avec des cas particuliers réglés aux articles 15-19) ou encore par la reconnaissance du débiteur (article 20 CPrVIM). Il n'y a bien entendu pas de causes de suspension « classiques » qui sont prévues par la convention vu son champ d'application, mais en cas de force majeure, un report d'échéance d'un an est accordé au créancier dès la cessation des circonstances qui l'empêchaient d'agir (article 21 CPrVIM)⁶¹³.

⁶⁰⁸ Pour le texte français de cette convention, voir HEUZÉ, annexe 5 (pp. 472-481).

⁶⁰⁹ BRUNNER, CISG 4 N 18; KOLLER T., p. 42; MAGNUS, VerjährungsÜbk N 4.

⁶¹⁰ MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 9 N 2.

⁶¹¹ Voir MAGNUS, CISG 39 N 71. Pour les problèmes posés par ce délai en conflit avec le droit suisse, voir KOLLER T., pp. 42-48.

⁶¹² A ce sujet, voir KRAPP, p. 312.

⁶¹³ Pour des exemples, voir MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 21 N 2.

433 Sauf éventuelle réserve expresse d'un Etat contractant, le moyen tiré de la prescription n'est pris en considération que s'il est invoqué par la partie intéressée (articles 24 et 36 CPrVIM; aucun Etat n'a pour l'heure fait une telle réserve⁶¹⁴).

B. Les modifications apportées par les parties à la prescription

a) Modifications conventionnelles

434 La première faculté de modification que la Convention donne aux parties est de pouvoir se soustraire totalement à ses règles (article 3 chiffre 2 CPrVIM). Les parties doivent le faire expressément. Dans un tel cas, c'est la loi nationale désignée par les parties ou par le droit international privé du for qui aura vocation à s'appliquer⁶¹⁵.

435 Les parties peuvent également raccourcir le délai de prescription quadriennal lorsqu'elles ont prévu de soumettre leurs différends éventuels à l'arbitrage (article 22 chiffre 3 CPrVIM)⁶¹⁶. La Convention ne tolère un tel abrègement que si le droit matériel applicable au contrat le considère comme licite.

436 Finalement, les parties peuvent également convenir d'une clause de péremption, une telle cause ne tombant pas sous le champ d'application de la convention (voir N 431)⁶¹⁷.

437 En revanche, les parties n'ont pas la possibilité de prolonger conventionnellement le délai de prescription ou de l'abrèger si elles n'ont pas soumis leurs différends à l'arbitrage (article 22 chiffre 1 CPrVIM). De cette interdiction découle l'impossibilité pour les parties de régler différemment les modalités de l'interruption ou du report de l'échéance⁶¹⁸. Cette réglementation stricte a été voulue dans un but de protection du débiteur. Si les parties veulent soumettre leurs rapports à la Convention, elles doivent se conformer à toute sa réglementation.

b) Renonciation

438 Bien qu'elle ne soit pas expressément désignée comme telle, c'est la renonciation qui est visée par l'article 22 chiffre 2 CPrVIM. Selon cette disposition, « le débiteur peut à tout moment, pendant le cours du délai de prescription, prolonger ce délai par une déclaration écrite adressée au créancier. Cette déclaration peut être renouvelée ».

439 La renonciation en tant qu'acte unilatéral du débiteur n'est donc licite qu'une fois que le délai a commencé à courir et est soumise à la forme écrite. Par conséquent, le fait de mener des pourparlers ne peut pas être considéré comme une renonciation à la prescription en cours du débiteur⁶¹⁹. La règle de l'article 22 chiffre 2 CPrVIM doit naturellement permettre un éventuel règlement amiable d'un litige sans contrainte de temps. La durée maximale de la renonciation est celle imposée par l'article 23 CPrVIM, à savoir le délai de dix ans⁶²⁰.

⁶¹⁴ MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 36 N 2.

⁶¹⁵ HEUZÉ, pp. 435-436; MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 3 N 4.

⁶¹⁶ Critique quant à cette règle: HEUZÉ, p. 436.

⁶¹⁷ MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 22 N 2.

⁶¹⁸ HEUZÉ, p. 436.

⁶¹⁹ GIRSBERGER D., p. 174.

⁶²⁰ MÜLLER-CHEN, VerjÜbk 22 N 3.

Chapitre VIII En droit européen

Section 1 Délimitation

- 440 Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser ce que nous comprenons sous ce titre. En effet, il n'existe pas (encore) de code civil européen qui serait valable pour tous les Etats membres de l'Union européenne. Dès lors, le droit européen des obligations ou des contrats peut désigner deux catégories très différentes de « règles ».
- 441 La première catégorie comprend les dispositions du Traité de l'Union européenne ainsi que les directives et règlements (droit dérivé) que l'Union a édictés et qui ont des incidences sur des domaines particuliers du droit des obligations ou des contrats⁶²¹. Aucun de ces textes ne concerne spécifiquement le droit de la prescription ou n'établit de règles matérielles concernant la prescription en général dans le sens d'une codification. Cependant, certaines règles ont une influence sur la liberté contractuelle des parties en matière de prescription. Nous les étudierons dans la deuxième section du présent chapitre (N 450-455), tout en précisant que la transposition de ces règles a déjà été traitée à titre exemplatif dans les chapitres consacrés aux droits allemand, autrichien et français.
- 442 La seconde catégorie concerne non des règles édictées par l'Union européenne mais établies par des groupes de travail formés de juristes de plusieurs nationalités précisément dans un but d'harmonisation et/ou d'unification du droit privé des Etats membres. Plusieurs groupes de travail ont été créés de leur propre impulsion, dont les principaux sont les suivants⁶²²:
- 443 - La Commission pour le droit européen du contrat (dite Commission « LANDO ») qui a « codifié » les « Principes du droit européen du contrat » (N 457-465).
- 444 - L'Académie des privatistes européens, qui a rédigé un avant-projet de Code européen des contrats (N 466-471).
- 445 - Le *Working Group on European Trust Law* qui est l'auteur des *Principles of European Trust Law*⁶²³.
- 446 - Le groupe de travail du professeur allemand CHRISTIAN VON BAR, qui a travaillé sur l'étude comparative des règles de la responsabilité civile des Etats membres de l'Union européenne⁶²⁴, notamment en matière de prescription⁶²⁵.
- 447 - Le *European Group on Tort Law* également désigné par « Groupe de Tilburg/Vienne », qui, sous l'égide du *European Centre of Tort and Insurance Law*, a lui aussi concentré ses recherches sur l'étude comparative du droit de la responsabilité civile afin d'en fa-

⁶²¹ Les textes correspondants sont facilement accessibles dans les ouvrages édités par AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO (cité dans la bibliographie) et ULRICH MAGNUS, *Droit européen des obligations, Règlements et Directives* (édition trilingue), Sellier Munich 2002.

⁶²² A ce sujet, voir SCHULZE/SCHULTE-NÖLKE, pp. 12-13.

⁶²³ D.J. HAYTON/S.C.J.J. KORTMANN/H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Kluwer Deventer 1999.

⁶²⁴ Travaux publiés en allemand et en anglais dans les ouvrages suivants: CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band I, C.H. Beck Munich 1996 et Band II, C.H. Beck Munich 1999 (CHRISTIAN VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Volume One, Clarendon Press Oxford 1998 et Volume Two, University Press Oxford 2000).

⁶²⁵ CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Band II, C.H. Beck Munich 1999, pp. 582-597.

voriser l'unification⁶²⁶. Il a établi des principes de droit européen de la responsabilité civile⁶²⁷.

- 448 - Le *Study Group on a European Civil Code*, qui a succédé à la « Commission LANDO » (N 443) et qui entend poursuivre les travaux en vue de l'« *Europeanisation of private law* », en particulier dans l'optique du Cadre Commun de Référence (N 456). Ce groupe d'étude a commencé à publier ses recherches en 2006 dans la collection *Principles of European Law*, mais n'a pas encore traité le droit de la prescription en général. Sur ce sujet, il s'inspirera des Principes du droit européen du contrat⁶²⁸ (N 457-465).
- 449 Pour notre étude, les travaux des deux premiers groupes présentent un intérêt particulier, étant donné que ces groupes ont établi des règles générales sur la prescription qui touchent également la liberté contractuelle des parties en cette matière. Nous leur consacrerons donc les deux dernières sections du présent chapitre. Le chapitre suivant présentera des principes analogues, mais ayant une valeur internationale et non seulement européenne, les principes UNIDROIT (N 472-475).

Section 2 Le droit communautaire

- 450 Il n'est pas possible d'établir ou d'étudier de manière générale les règles qui pourraient avoir une influence sur l'autonomie des parties en matière de prescription dans tout le droit communautaire. L'approche communautaire du droit est en effet pointilliste (« *Teilrechtsordnung* »)⁶²⁹; elle fixe des règles impératives ou des standards minimaux et laisse aux Etats membres le soin d'intégrer les règles dans la systématique de leurs ordres juridiques. Cela ne signifie pas pour autant que l'harmonisation en cours ne répond pas à un concept et qu'elle serait purement arbitraire⁶³⁰.
- 451 Le droit communautaire pouvant avoir une influence sur le sujet qui nous intéresse se rattache avant tout au droit des contrats, mais pas seulement. Le but premier de l'harmonisation est la réalisation du marché commun, ceci par le biais de règles imposées aux entreprises dans un but de protection des consommateurs. Chacune des directives que nous mentionnons a un champ d'application bien précis, dont nous renonçons à donner ici tous les détails, en précisant toutefois que les contrats visés sont ceux liant un consommateur et un professionnel.

A. En matière contractuelle

- 452 La Directive de 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁶³¹ vise à protéger le consommateur de toute clause instaurant un déséquilibre significatif entre ses obligations et celles du professionnel avec lequel il passe un contrat (article 3 chiffre 1). L'annexe à cette directive mentionne à titre exemplatif une série de clauses

⁶²⁶ A ce jour, dix ouvrages ont été publiés par ce groupe dans la collection *Unification of Tort Law* sur les différents aspects de la responsabilité civile.

⁶²⁷ Publiés et commentés dans l'ouvrage *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary* (traduction en plusieurs langues), Springer Vienne 2005.

⁶²⁸ A ce sujet, voir la préface du premier volume des *Principles of European Law*, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, prepared by CHRISTIAN VON BAR, Sellier, Bruylant et Stämpfli, Munich 2006.

⁶²⁹ RIESENHUBER, pp. 55-56.

⁶³⁰ RIESENHUBER, pp. 56-58 et en particulier pour le droit des contrats pp. 211-235.

⁶³¹ Le texte mis à jour de cette directive avec les références officielles se trouve dans l'ouvrage d'AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, pp. 64-83.

susceptibles d'instaurer un tel déséquilibre. En son chiffre 1 lettre q elle explique qu'une clause ayant pour objet de supprimer ou d'entraver l'exercice (par le consommateur) d'actions en justice peut être déclarée abusive. Cette règle peut bien entendu s'appliquer à une clause concernant la durée du délai de prescription ou à une clause de péremption. Dans le droit d'application des Etats membres, on retrouve logiquement des règles correspondant à cette directive de par leur contenu, par exemple en droit allemand (N 330-333) et autrichien (N 357), ou même de par leur formulation, par exemple en droit français (N 379).

453 La Directive de 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁶³² a précisément pour but de fixer des standards minimaux pour la prescription des actions, ainsi que le précisent les chiffres 16 à 18 de son préambule. L'article 5 chiffre 1 de cette directive oblige les Etats membres à prévoir que les actions en garantie du consommateur (droit à la mise en état, à la réparation, au remplacement du bien vendu ou alors droit à la réduction du prix de vente ou à la résolution du contrat, selon l'article 3 chiffre 2 de la directive) ne soient pas soumises à un délai de prescription de moins de deux ans dès la délivrance du bien vendu. Les parties n'ont pas la faculté de déroger à cette durée avant qu'un éventuel défaut ait été signalé au vendeur, si ce n'est dans la vente de biens d'occasion où elle peut être ramenée à un an (article 7 chiffre 1 de la directive). Le contenu normatif de cette directive a été repris dans le droit des Etats membres, comme par exemple en droit allemand (N 327), autrichien (N 358) et français (N 378).

454 Dans la mesure où une convention touchant à la prescription peut dans certains cas constituer une limitation de la responsabilité (pour la conception en droit allemand à ce sujet, voir N 333), on ne peut exclure que l'article 5 chiffre 3 de la Directive de 1990 sur les vacances, voyages et circuits à forfait⁶³³ puisse avoir une influence indirecte sur une clause en matière de prescription. Cet article interdit aux parties de déroger par clause contractuelle aux articles qui fixent des standards minimaux en matière de responsabilité de l'organisateur du voyage (article 5 chiffres 1 et 2 de la directive). Il n'est certes pas possible de déduire un quelconque délai de cette disposition, mais le législateur allemand a par exemple fixé le délai de prescription minimal à un an (N 327), le législateur autrichien également (N 358). Le droit français n'a prévu aucun délai de prescription particulier, ni même de règle interdisant les clauses limitatives de responsabilité⁶³⁴. Le législateur suisse, qui a transposé cette directive de manière autonome, n'a pas non plus fixé de délai de prescription (N 752).

B. En matière de responsabilité civile

455 Concernant la responsabilité civile, il existe des règles dans la Directive de 1985 en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁶³⁵. La directive prévoit un délai de prescription de trois ans et un délai de péremption de dix ans pour l'action contre le producteur en réparation du dommage causé par un produit défectueux (articles 10 chiffre 1 et 11). Une clause qui abrégait ces délais ou supprimerait la garantie au profit du producteur reviendrait à limiter sa responsabilité, ce que l'article 12 de la directive n'admet précisément pas. Comme nous l'avons fait pour les autres directives étudiées, nous renvoyons par exemple aux droits

⁶³² Le texte de cette directive avec les références officielles se trouve dans l'ouvrage d'AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, pp. 180-205.

⁶³³ Le texte mis à jour de cette directive avec les références officielles se trouve dans l'ouvrage d'AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, pp. 42-63.

⁶³⁴ A ce sujet, voir la Loi n°92-645 du 13.07.1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjour et le Décret n°94-490 du 15.06.1994 pris en application de la loi précitée.

⁶³⁵ Le texte mis à jour de cette directive avec les références officielles se trouve dans l'ouvrage d'AMSTUTZ/PICHONNAZ/PROBST/WERRO, pp. 332-349.

allemand (N 329), autrichien (N 359) et français (N 380) en ce qui concerne la transposition de cette règle.

C. Vers une unification du droit privé européen ?

456 Il faut encore ajouter que la perspective d'une unification du droit privé des Etats membres de l'Union européenne se concrétise peu à peu. En effet, la Commission européenne a pris conscience des difficultés liées au manque de clarté et de cohérence du droit communautaire des contrats. Elle a par conséquent adopté un plan d'action le 12.02.2003⁶³⁶ et décidé l'élaboration d'un Cadre Commun de Référence qui est censé être une sorte de boîte à outils remplissant plusieurs fonctions. Selon la Communication du 11.10.2004 de la Commission au Parlement Européen et au Conseil⁶³⁷, ce Cadre Commun de Référence aura en particulier pour but de définir avec précision les termes juridiques, d'énoncer des principes fondamentaux et de présenter des modèles cohérents de règles de droit des contrats inspirés de l'acquis communautaire. Selon l'annexe 1 de cette même communication, le Cadre Commun de Référence devra aussi contenir des règles et modèles concernant la prescription. Les travaux d'élaboration ont été confiés à plusieurs groupes ou institutions, dont le *Study Group on a European Civil Code* (N 448). Selon l'intention de la Commission européenne, un premier projet aurait dû voir le jour en 2007 et l'adoption du Cadre Commun de Référence était prévue pour 2009. Dans une résolution du 23.03.2006, le Parlement Européen a en outre réitéré sa volonté de voir les travaux en cours servir de base à une véritable harmonisation du droit civil qui respecterait néanmoins les différents systèmes et traditions juridiques⁶³⁸. La Commission est toutefois d'avis que le Cadre Commun de Référence n'est pas destiné à assurer une harmonisation à grande échelle du droit privé ou à se transformer en un code civil européen⁶³⁹.

Section 3 Les Principes du droit européen du contrat

457 Les Principes du droit européen du contrat (PECL)⁶⁴⁰ de la Commission « LANDO » ont été établis dans le but d'harmoniser le droit des obligations en Europe⁶⁴¹.

458 Il peut sembler saugrenu de se pencher sur des principes qui n'ont pas force de loi. L'étude des Principes du droit européen du contrat se justifie cependant pour plusieurs raisons. En effet, ils doivent servir de fondement pour une législation européenne⁶⁴². Ils constituent déjà à l'heure actuelle un modèle pour le développement des législations nationales, à l'instar de ce qui s'est fait en Allemagne (N 309) et des projets français (N 389) et anglais (N 419). En ou-

⁶³⁶ Voir la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 15.03.2003 intitulée « Un droit européen des contrats plus cohérent, Un plan d'action », disponible sur le site internet Eur-Lex sous la référence COM/2003/0068 final.

⁶³⁷ Document disponible sur le site internet Eur-Lex sous la référence COM/2004/0651 final.

⁶³⁸ Document disponible sur le site internet du Parlement européen sous la référence P6_TA(2006)0109.

⁶³⁹ Voir le Deuxième rapport de la Commission sur l'état d'avancement du Cadre Commun de Référence, du 25.07.2007, disponible sur le site internet Eur-Lex sous la référence COM/2007/0447 final, point 6 (conclusions).

⁶⁴⁰ Le texte anglais original de la troisième partie se trouve dans l'ouvrage édité par LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN cité dans la bibliographie.

⁶⁴¹ Pour les détails sur la genèse de ces principes, voir la préface de OLE LANDO dans l'ouvrage de ROUHETTE, pp. 7-11.

⁶⁴² ROUHETTE, p. 23.

tre, ils peuvent d'ores et déjà être choisis par les parties comme droit applicable et de ce fait être appliqués par les tribunaux, d'autant plus que certaines conventions renvoient expressément à de tels principes, comme par exemple l'article 7 alinéa 2 CVIM ou l'article 7 CPrVIM⁶⁴³.

A. La prescription en général

- 459 Les règles sur la prescription sont contenues au chapitre 14, intitulé « Prescription ». Selon l'article 14:101 PECL, ce sont les créances qui sont soumises à la prescription. Cette dernière est conçue comme institution de droit matériel et n'éteint pas le droit qu'elle touche (article 14:501 PECL). Le délai « de droit commun » est de trois ans (article 14:201 PECL), allongé à dix pour les créances constatées en justice (article 14:202 PECL). Le cours de la prescription est suspendu de manière générale en cas d'ignorance et ainsi rattaché à un élément subjectif (N 460). L'article 14:307 PECL prévoit un délai maximal de dix ans (30 ans en cas de dommage à la personne) dès le point de départ du délai. Ce dernier est fixé au moment où le débiteur doit s'exécuter ou, pour les créances en dommages-intérêts, à la date du fait générateur de cette créance (article 14:203 PECL).
- 460 Les Principes du droit européen du contrat prévoient de nombreuses causes de suspension (articles 14:301-14:307 PECL), dont certaines méritent d'être mentionnées. Le cours du délai de prescription est ainsi suspendu aussi longtemps que le créancier ignore et ne pouvait pas raisonnablement connaître l'identité du débiteur ou les faits générateurs de la créance (article 14:301 PECL). Il y a également suspension pendant toute la durée d'une procédure judiciaire ou arbitrale (article 14:302 PECL). En cas de négociations, l'article 14:304 PECL prévoit un report d'échéance d'un an à compter de la dernière communication faite dans le courant des négociations.
- 461 En matière d'interruption, les Principes du droit européen du contrat reprennent les deux actes interruptifs traditionnels que sont la reconnaissance de dette (article 14:401 PECL) et la tentative d'exécution (article 14:402), ce dernier cas étant toutefois limité à la situation dans laquelle le créancier est au bénéfice d'un jugement ou de tout autre acte exécutoire.

B. Les modifications apportées par les parties à la prescription

- 462 La section 6 du chapitre 14 des Principes du droit européen du contrat est intitulée « modification par accord des parties » et comporte un seul article (article 14:601 PECL). Comme les règles en matière de prescription sont relativement succinctes et qu'un seul délai est prévu, la Commission était d'avis qu'il fallait laisser le plus de liberté possible aux parties pour régler leurs rapports réciproques⁶⁴⁴. Ainsi, l'article 14:601 alinéa 1 PECL précise que « les règles relatives à la prescription peuvent être modifiées par accord des parties qui peuvent en particulier abréger ou allonger les délais ». Cette vaste liberté de principe correspond à une tendance récente que l'on peut observer aussi sur le plan international⁶⁴⁵ (voir aussi N 475).
- 463 L'article 14:601 alinéa 2 PECL ne fait qu'établir des limites à l'intérieur desquelles la liberté des parties doit être exercée. La durée maximale du délai est fixée à 30 ans, sa durée minimale à un an.
- 464 Hors de ces limites, les parties peuvent librement modeler le délai de prescription ou même supprimer ou ajouter des cas de suspension. Il ressort de cette grande liberté que le débiteur a également la faculté de renoncer à la prescription en cours, pourvu que la durée de 30 ans ne

⁶⁴³ A ce sujet, voir BRUNNER, *Einleitung CISG* N 17; RIESENHUBER, pp. 44-51.

⁶⁴⁴ ROUHETTE, p. 556.

⁶⁴⁵ BONELL, p. 524.

soit pas dépassée. Une limite est également posée en matière de conditions générales par l'interdiction des clauses abusives (article 4:110 PECL).

- 465 La large liberté laissée aux parties est motivée par la Commission par le fait que le régime de la prohibition des modifications est de toute manière susceptible d'être contourné et par le fait que le délai de droit commun est bref. Toujours selon la Commission, les modifications conventionnelles n'affectent pas l'intérêt général⁶⁴⁶.

Section 4 L'avant-projet de Code européen des contrats

- 466 Les Principes du droit européen du contrat ne doivent pas être confondus avec l'avant-projet de Code européen des contrats (CEC) qui est lui un projet de loi uniforme pour tous les Etats membres de l'Union européenne. Il a vu le jour sous l'égide de l'Académie des privatistes européens et a été rédigé par le professeur GANDOLFI, coordinateur du groupe de travail. Le projet a été établi en prenant pour base le livre IV du *Codice civile* ainsi qu'un projet de code anglais des contrats (*contract code*) établi par HARVEY MCGREGOR pour la *Law Commission* anglaise entre 1966 et 1972⁶⁴⁷.

A. La prescription en général

- 467 La réglementation de l'avant-projet de Code européen des contrats sur la prescription est relativement brève et simple (articles 134 et 136 CEC, l'article 135 étant consacré à la déchéance). Construite selon le modèle du *Codice civile* (N 392-404), la prescription « comporte pour le créancier inerte une forclusion définitive dans l'exercice d'un droit disponible, dérivé d'un contrat » (article 134 chiffre 1 CEC). Elle ne doit toutefois pas être prise en compte d'office par le juge (article 134 chiffre 3 CEC). Le délai supplétif est de dix ans, son point de départ fixé au moment où le créancier peut faire valoir son droit (article 134 chiffres 2, 4 et 8 CEC).
- 468 Les causes d'interruption sont l'action en justice ou la sommation extrajudiciaire du créancier pour faire valoir son droit ou alors la reconnaissance de dette du débiteur. Dans ces cas, un nouveau délai commence à courir (article 134 chiffre 6 CEC). Le CEC prévoit en outre des causes de suspension usuelles (article 134 chiffre 7 CEC).

B. Les modifications apportées par les parties à la prescription

- 469 Les parties peuvent, par un accord passé lorsqu'elles décident d'entreprendre des tractations en vue d'une composition à l'amiable, provoquer la suspension de la prescription (article 134 chiffre 7 CEC).
- 470 Elles ont en outre la faculté de réduire conventionnellement le délai supplétif de dix ans, mais pas les autres délais (article 134 chiffre 5 CEC).
- 471 Mis à part ces deux types de modifications, toute autre convention visant à modifier la réglementation légale de la prescription est prohibée, sous réserve d'autres dispositions du droit communautaire (article 134 chiffre 5 *in fine* CEC). En ceci, l'avant-projet de Code euro-

⁶⁴⁶ ROUHETTE, pp. 555-556.

⁶⁴⁷ Le texte est publié dans l'ouvrage HARVEY MCGREGOR, *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffrè Milan 1993.

péen des contrats se rapproche de la réglementation des codes traditionnels (ancien droit allemand, droits français, italien et suisse)⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ GANDOLFI, p. 293.

Chapitre IX Dans les principes UNIDROIT

Section 1 Les principes UNIDROIT

- 472 Comme les Principes du droit européen du contrat, les principes UNIDROIT n'ont pas été édictés par des Etats ni fixés dans une convention internationale, mais établis par un groupe de travail sous l'égide de l'*International Institute for the Unification of Private Law*, sis à Rome. Selon leur préambule, ces principes sont à la disposition des parties pour régler leurs relations commerciales internationales. Elles peuvent décider de s'y soumettre expressément. Les principes peuvent également être appliqués lorsque les parties à un contrat international n'ont opéré aucune élection de droit ou lorsqu'elles se sont référées à la *lex mercatoria*.

Section 2 La prescription en général

- 473 La première version des principes UNIDROIT ne contenait pas de règles sur la prescription⁶⁴⁹. Dans la deuxième version augmentée de 2004⁶⁵⁰, des règles sur la prescription ont également été établies, au chapitre 10, intitulé « *Limitation Periods* » (articles 10.1-10.11).
- 474 La réglementation adoptée est relativement brève. La prescription n'éteint pas le droit touché et n'est pas retenue d'office (article 10.9 UNIDROIT). Le délai ordinaire est de trois ans dès le jour suivant celui où le créancier connaît ou devrait connaître les faits lui permettant d'exercer son droit (article 10.2 alinéa 1 UNIDROIT). Le délai supplétif est de dix ans dès le moment où le droit peut être exercé (article 10.2 alinéa 2 UNIDROIT). La reconnaissance fait courir un nouveau délai (article 10.4 UNIDROIT), tandis que les actes du créancier en vue de l'exécution, de l'arbitrage ou d'autres moyens analogues de résoudre un litige suspendent le cours de la prescription jusqu'à la décision finale (articles 10.5 - 10.7 UNIDROIT). Les cas de force majeure, de décès ou d'incapacité du créancier entraînent un report d'échéance d'une année (article 10.8 UNIDROIT).

Section 3 Les modifications apportées par les parties à la prescription

- 475 C'est l'article 10.3 UNIDROIT qui règle les modifications conventionnelles de la prescription. Il pose le principe général de la liberté contractuelle en cette matière, (article 10.3 alinéa 1 UNIDROIT), comme les Principes du droit européen du contrat (N 462). Vu que les principes ont vocation à régler les rapports entre commerçants internationaux, un besoin de protection particulière n'existe en effet pas⁶⁵¹. Toutefois, des limites sont fixées à cette liberté (article 10.3 alinéa 2 lettres a-c UNIDROIT). Ainsi, les parties ne peuvent ni abréger le délai ordinaire à moins d'un an ni abréger le délai supplétif à moins de quatre ans. L'allongement du délai supplétif à une durée de plus de 15 ans est également exclu. La modification peut se

⁶⁴⁹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 1994.

⁶⁵⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome 2004.

⁶⁵¹ UNIDROIT 2004, p. 319.

faire avant ou après que le délai a commencé à courir. La renonciation à l'exception de prescription est possible également après qu'elle est acquise⁶⁵².

⁶⁵² UNIDROIT 2004, p. 320.

Troisième partie: les modifications conventionnelles de la prescription en droit suisse

Der Mensch hat aber offensichtlich einen Zeitsinn entwickelt, und zwar so, dass er in gewisser Weise über die Zeit verfügen kann. Denn seine Vorstellungen von zukünftigen Geschehnissen leiten ihn, er kann mit dem Begriff der Möglichkeit etwas anfangen, und seine im Gedächtnis gespeicherte Erfahrung sagt ihm, wie er auf eine unerwartete Situation reagieren kann, d.h. er lernt aus der Vergangenheit für die Zukunft – er könnte die Zukunft gar nicht bewältigen, wenn er die Vergangenheit nicht hätte.

KLAUS KORNWACHS
(dans l'ouvrage Logik der Zeit –
Zeit der Logik, Eine Einführung in
die Zeitphilosophie, 2001)

Chapitre I L'autonomie de la volonté

Section 1 En général

- 476 L'expression « autonomie de la volonté » ne peut être utilisée sans une précision préalable. Elle ne consiste pas en la description d'une réalité sociale. Cette expression est d'ailleurs largement rejetée par les sciences sociales actuelles. Nous l'emploierons donc uniquement dans le sens traditionnel que lui donne la science juridique, à savoir celui d'un principe (ou d'une proposition) normative⁶⁵³. Comprise ainsi, l'autonomie de la volonté domine tout le droit privé⁶⁵⁴. Elle exprime la règle qui veut que l'individu puisse lui-même déterminer les relations juridiques qui le concernent. L'autonomie de la volonté comprend la liberté contractuelle, la liberté personnelle, la libre propriété et la liberté de tester⁶⁵⁵.
- 477 La liberté contractuelle est, quant à elle, la reconnaissance de la faculté de l'être humain de passer des accords privés ayant un effet juridiquement obligatoire⁶⁵⁶, c'est-à-dire la faculté de s'obliger par sa volonté individuelle⁶⁵⁷. Une de ses composantes est le libre choix de l'objet du contrat (« *Inhaltsfreiheit* »)⁶⁵⁸, dans les limites de la loi. En effet, selon l'article 19 alinéa 2 CO, « la loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité ». Quant à l'article 20 alinéa 1 CO, il dispose que « le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ».

Section 2 En droit de la prescription

A. La naissance des règles de la partie générale du Code des obligations

- 478 Dans la partie générale de notre code, les articles qui ont trait expressément à l'autonomie de la volonté en matière de prescription sont au nombre de deux, à savoir les articles 129 et 141 CO. La première des deux règles générales (article 129 CO) a connu une genèse mouvementée, tandis que la deuxième (article 141 CO) n'a, en tout cas dans un premier temps, pas soulevé de difficultés particulières. Nous désirons retracer la naissance de ces deux règles, dans leurs versions allemandes et françaises. Nous ne mentionnerons que brièvement l'histoire du texte italien (N 526-528).

a) Code fédéral des obligations de 1881

- 479 Les premiers projets de droit des obligations sont ceux du Professeur MUNZINGER de 1869 et 1871⁶⁵⁹. Celui de 1871 est généralement désigné comme le premier projet, car celui de 1869

⁶⁵³ A ce sujet, voir CHRISTOPHE GRZEGORCZYK, Trois modèles de l'homme juridique, in *L'image de l'homme en droit*, Editions universitaires Fribourg 1990, pp. 221-223.

⁶⁵⁴ VON TUHR/PETER, p. 248.

⁶⁵⁵ ENGEL, PG, p. 96.

⁶⁵⁶ KRAMER, BK, OR 19/20 N 17.

⁶⁵⁷ ENGEL, PG, pp. 94 et 97.

⁶⁵⁸ ENGEL, PG, pp. 103-104; KRAMER, BK, OR 19/20 N 48.

⁶⁵⁹ Sur l'histoire de ces projets, voir FASEL, thèse, pp. 87-89; sur leur contenu, FASEL, thèse, pp. 144-150.

était incomplet. Dans les deux textes, rédigés en langue allemande seulement, on trouvait les deux règles suivantes⁶⁶⁰:

480	§ 203 (§ 199 dans le projet de 1871) Die Verjährbarkeit einer Forderung kann nicht im Voraus durch Privatverfügung ausgeschlossen oder auch nur durch eine längere Verjährungsfrist erschwert werden. Dagegen ist eine Abkürzung derselben zulässig (dans le projet de 1871, la dernière phrase constitue un deuxième alinéa dont la teneur est simplement: Eine Abkürzung der Verjährungszeit ist zulässig).
481	§ 212 (§ 211 dans le projet de 1871) Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung Verzicht geleistet werden.

482 Après la mort de MUNZINGER en 1873, c'est le zurichois HEINRICH FICK qui a été chargé de poursuivre les travaux, avec l'instruction de se baser sur les travaux de MUNZINGER et de la commission qui avait examiné ses projets en 1869 et 1872. Un projet, le deuxième, a été présenté en 1875. Il a été traduit en français par le genevois GUSTAVE FICK à la demande du Conseil fédéral. Les deux dispositions concernant l'autonomie de la volonté n'ont subi aucune modification dans ce projet par rapport au premier. Nous en donnons toutefois la lettre, car il s'agit de la première traduction française⁶⁶¹:

483	Artikel 187 Die Verjährbarkeit einer Forderung kann nicht im Voraus durch Privatverfügung ausgeschlossen oder auch nur durch eine längere Verjährungsfrist erschwert werden. Eine Abkürzung der Verjährungszeit ist zulässig.	Article 187 On ne peut, d'avance, renoncer à la prescription, ni même en prolonger le terme. En revanche, on peut abrégé valablement, la durée de la prescription.
484	Artikel 201 Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung Verzicht geleistet werden.	Article 201 On peut renoncer à la prescription acquise.

485 Ce projet a été soumis à une commission ayant siégé en mai, septembre et octobre 1876 et qui a décidé certaines modifications. Dans le projet de cette commission (troisième projet, publié en 1877), la deuxième disposition s'est vu adjoindre un deuxième alinéa concernant l'interdiction pour le juge de prendre en compte d'office la prescription (§ 201), tandis que la première a été adaptée pour devenir plus restrictive⁶⁶²:

486	Artikel 187 Die Verjährbarkeit einer Forderung kann nicht zum Voraus durch Privatverfügung ausgeschlossen, verlängert oder abgekürzt werden.	Article 187 On ne peut pas renoncer à la prescription, en diminuer ou en prolonger la durée, par une convention privée faite à l'avance.
487	Artikel 201 Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung Verzicht geleistet werden. Der Richter kann die Einrede der Verjährung nicht von Amtswegen ergänzen.	Article 201 On peut renoncer à la prescription acquise. Le juge ne peut suppléer d'office à l'exception de prescription.

⁶⁶⁰ Textes facilement accessibles chez FASEL, *Materialien*, pp. 541, 542, 583 et 585. Voir aussi les projets publiés indiqués dans la bibliographie.

⁶⁶¹ Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change, Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission, 22-28.10.1869 et 06-13.10.1872, Partie générale, Berne mai 1876 (cité dans la bibliographie), pp. 61 et 65. Le texte allemand est facilement accessible chez FASEL, *Materialien*, pp. 728 et 730.

⁶⁶² Loi fédérale concernant le droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change, Projet élaboré sur les bases arrêtées par une commission, 16-21.05.1876 et 18.09-07.10.1876 (cité dans la bibliographie), pp. 61 et 65. Le texte allemand est facilement accessible chez FASEL, *Materialien*, pp. 895 et 897.

- 488 Les raisons exactes de la modification de la première disposition ne sont pas connues. L'article 187 a été discuté lors d'une séance de l'après-midi du 20.05.1876 à Zurich. La commission n'a cependant tenu qu'un procès-verbal très sommaire duquel ressort seulement que les articles 187-189 « *wurden geändert* », avec un renvoi au texte tel que décidé⁶⁶³.
- 489 Ce projet a été soumis à une large procédure de consultation et ensuite retravaillé en profondeur par une commission élargie, en raison des nombreuses remarques et critiques des diverses prises de position⁶⁶⁴. Cette commission (plénière) a siégé en septembre 1877 ainsi que septembre et octobre 1878 pour débattre de la partie générale, tandis qu'une commission restreinte (de rédaction) a retravaillé entre-temps l'ensemble du projet, en janvier 1878 concernant les dispositions sur la prescription.
- 490 Le projet de partie générale qui est né de ces travaux, le quatrième, a été imprimé en décembre 1878 et, avec quelques corrections supplémentaires, en janvier 1879 (mais toujours daté de 1878⁶⁶⁵). Les textes français et allemand ont été simultanément établis comme deux textes originaux. Ce projet a été repris en 1879 comme projet du Département fédéral de justice et police, après l'achèvement des travaux de la commission de rédaction pour l'ensemble du projet (partie générale et spéciale). Celui-ci a été soumis tel quel aux Chambres fédérales, accompagné par le message du Conseil fédéral, en novembre 1879.
- 491 Ce projet a amené des modifications aux dispositions qui nous intéressent. La première disposition a été profondément remaniée et augmentée. La deuxième disposition a été amputée de son deuxième alinéa, ce dernier formant un article distinct. Identique dans les projets de la commission et du Département, à l'exception de la numérotation, la teneur des deux règles ici concernées était la suivante⁶⁶⁶:

492	Artikel 158 (du projet 1878, article 155 du projet du Département) Durch Privatverfügung kann nicht bestimmt werden, dass ein unverjährbares Forderungsrecht verjährbar oder ein verjährbares Forderungsrecht unverjährbar sein solle. Die zehnjährige Verjährung kann durch Privatverfügung abgekürzt, aber nicht verlängert werden. Die in den Artikeln 153 und 154 [der Inhalt dieser	Article 158 (du projet 1878, article 155 du projet du Département) On ne peut, par convention particulière, rendre prescriptible une action imprescriptible, ni rendre imprescriptible une action prescriptible. La prescription de dix ans peut, par convention particulière, être abrégée, mais non prolongée. Les courtes prescriptions indiquées aux articles

⁶⁶³ Ce procès-verbal porte le titre « Commission für Berathung des Entwurfs eines Schweiz. Obligationenrechts, Protokoll, 16.-21.05.1876, Zürich ». Il est rédigé en ancienne écriture manuscrite allemande (« *Kurrentschrift* »), difficilement lisible. Il se trouve aux Arch. féd. E. 22, volume 2063 « OR, IV, Der 3. Entw. Eines schweiz. OR von 1877, a. Materialien zum 3. Entw. ».

⁶⁶⁴ A ce sujet, voir Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 134-137. Les différentes prises de position manuscrites ou imprimées sont conservées aux Arch. féd. E. 22, volume 2067 « OR, IV, Der 3. Entw. Eines schweiz. OR von 1877, b. Eingaben zum 3. Entw. ».

⁶⁶⁵ Les deux exemplaires se trouvent aux Arch. féd. E. 22, volume 2083 « Sitzung der Redaktionskomm. V. 03.-12.01.1879 » sous le fascicule « Redaktionsvorschläge, Textentwürfe ».

⁶⁶⁶ Les textes français et allemand du projet de la commission sont tirés du document « Loi fédérale sur les obligations, Partie générale, Projet élaboré d'après les décisions prises par la Commission en septembre 1877 et en septembre/octobre 1878 » (cité dans la bibliographie), pp. 46 et 52. Les textes français et allemand du projet du Département sont tirés du document « Loi fédérale sur les Obligations et le Droit commercial, Projet présenté par le Département fédéral de Justice et Police sur la base des délibérations d'une Commission préconsultative » (cité dans la bibliographie), pp. 44 et 50 (le texte allemand se trouve aussi chez FASEL, Materialien, pp. 1074 et 1077, sous le titre « Entwurf 1879 »). Ce texte a été soumis tel quel aux Chambres fédérales, sans nouvelle réimpression. Il n'est pas publié dans la Feuille fédérale.

	Bestimmungen entspricht ungefähr demjenigen des Artikels 128 OR] angeordneten kürzeren Verjährungen können durch Privatverfügung weder verlängert noch abgekürzt werden. Andere kürzere Verjährungen können, sofern darüber keine besondere gesetzliche Bestimmung getroffen ist, durch Privatverfügung verkürzt, verlängert oder gänzlich ausgeschlossen werden. Jedoch ist eine solche Privatverfügung ungültig, soweit dadurch die zehnjährige Verjährung verlängert oder ausgeschlossen würde.	153 et 154 [la matière réglée par ces articles correspond plus ou moins à l'article 128 CO] ne peuvent être ni abrégées ni prolongées par convention particulière. Les autres courtes prescriptions peuvent être abrégées, prolongées ou même exclues par convention particulière, si la loi n'en a statué autrement. Toutefois une telle convention ne serait pas valable, si elle devait avoir pour résultat de prolonger ou d'exclure la prescription de dix ans.
493	Artikel 180 (du projet 1878, article 177 du projet du Département) Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung Verzicht geleistet werden.	Article 180 du projet 1878 (article 177 du projet du Département) On peut renoncer à la prescription acquise.
494	Lors de la première lecture par la commission plénière les 28 et 29.09.1877, ces dispositions n'avaient pas été modifiées par rapport au troisième projet ⁶⁶⁷ . En revanche, la commission de rédaction, dans ses travaux des 03-13.01.1878, a décidé d'introduire la rédaction de la première disposition ⁶⁶⁸ . Elle l'a fait sur la suggestion du Professeur FICK, qui a soumis à la commission de rédaction au début de 1878 des propositions concernant plusieurs articles et en particulier celui qui nous intéresse. Le texte qu'il a proposé correspond, à quelques détails rédactionnels près, à celui retenu par la commission de rédaction respectivement dans le projet définitif (N 492). Il a par ailleurs aussi présenté ses motifs à ce sujet, que nous rendons ici dans leur intégralité ⁶⁶⁹ :	
495	« <i>Motive: Abkürzung der ordentl. Zinsung ist überall statthaft, Dresd. Entwurf 409 und sächs. Gesetzbuch 152. Dagegen ist es Bedürfniss in den Fällen des Artikels 186 [la matière réglée par cet article correspond plus ou moins à l'article 128 CO] die Verlängerung auszu-schliessen, weil man die Leute an rasche Abwicklung gewöhnen will. Die Abkürzung auszu-schliessen ist aber namentlich rathsam bei Darlehenszinse und Dividende. Bei andern kürzern Verjährungen, wie namentlich denen des Artikels 261, 262, 351 [ces dispositions régleraient la prescription des actions en garantie dans la vente et dans le contrat « d'ouvrage »] ist Abänderung durch Privatwillkür zuzulassen, weil in diesen Garantiefrieten stecken, die jedenfalls verlängert oder verkürzt werden können.</i> »	
496	A l'instar de la commission plénière lors de ses séances des mois de septembre et octobre 1878 ⁶⁷⁰ , la commission de rédaction n'est plus revenue sur cette disposition lors de ses travaux ultérieurs, poursuivis jusqu'à l'établissement du projet du Département en 1879.	
497	Sur la base du projet du Département, les deux Chambres fédérales ont procédé à une première lecture en 1880, le Conseil des Etats en tant que première chambre saisie. Il est malheureusement impossible d'avoir des renseignements précis sur le contenu des débats aux Chambres fédérales à cette époque, le Bulletin officiel de leurs délibérations complètes n'ayant été établi qu'à partir de 1891.	

⁶⁶⁷ Le procès-verbal correspondant, tenu en langue française, se trouve aux Arch. féd. E. 22, volume 2070 « Sitzung der Gesamtkommission vom 12-29.09.1877 in Basel, Protokoll der Beratungen ».

⁶⁶⁸ Voir le document « Projet d'une Loi fédérale sur les Obligations, Partie générale, Décisions de la Commission de rédaction, 03-13.01.1878 » (cité dans la bibliographie), p. 45 (art. 148).

⁶⁶⁹ Voir le document imprimé intitulé « Redaktions-Vorschläge von Hrn. Profess. Dr. Fick », daté à la main de janvier 1878, p. 13. Ce document est conservé aux Arch. féd. E. 22, volume 2071 « Sitzung der Redaktionskommission vom 03.-13.01.1878 ».

⁶⁷⁰ A ce sujet, voir le procès-verbal qui a été tenu, Arch. féd. E. 22, volume 2078 « Protokoll über die Verhandlungen der Commission in Luzern vom 16.09 bis 09.10.1878 ».

498 Il nous est cependant possible de dire que le Conseil des Etats a décidé de modifier la première disposition qui nous intéresse lors de sa première lecture (terminée par un arrêté du 18.06.1880). Nous pouvons également dire que c'est sur la base des observations de sa Commission qu'il a adopté cette modification. En effet, lors des travaux de cette commission, c'est dans un premier temps le Conseiller aux Etats STEHLIN qui a suggéré de « supprimer tout cet article et le remplacer par la disposition unique que les conventions particulières ne peuvent modifier en rien les délais légaux de la prescription *quia jus publicum privatorum pactis mutari non potest* ». Il a été suivi sur ce point par le Conseiller aux Etats CORNAZ qui voulait simplement biffer les trois derniers alinéas de cette disposition⁶⁷¹. La Commission entière s'est ralliée à cette opinion, soumise telle quelle au plénum, en argumentant que « la prescription a essentiellement un caractère de droit public et ne peut par conséquent pas être abandonnée aux convenances des parties »⁶⁷². Le texte ressorti de la première lecture du Conseil des Etats a donc pris la teneur suivante⁶⁷³:

499	Artikel 155 Die in diesem Kapitel erwähnten allgemeinen Verjährungsfristen unterliegen keiner Aenderung durch Privatvertrag.	Article 155 Les termes généraux de prescription mentionnés dans cet article ⁶⁷⁴ ne peuvent être modifiés par les conventions particulières.
500	Artikel 177 Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung Verzicht geleistet werden.	Article 177 On peut renoncer à la prescription acquise.

501 Dans sa première lecture, close par un arrêté du 18.12.1880, le Conseil national a suivi cette proposition, après que sa propre commission l'eut approuvée⁶⁷⁵. Comme il était apparu au cours de la première lecture par les deux Chambres fédérales que plusieurs parties devaient être retravaillées en profondeur, notamment celle sur la prescription, le projet a été retourné au Conseil fédéral à cet effet et a subi de profondes modifications rédactionnelles⁶⁷⁶.

502 C'est le Département fédéral de justice et police qui a revu l'ensemble du projet et l'a fixé dans un document du 19.01.1881⁶⁷⁷. La partie sur la prescription a donc aussi été entièrement retravaillée, mais réimprimée à part dans un document du 24.01.1881. Ce document a été repris tel quel par le Conseil fédéral et soumis, daté du 05.02.1881, à la Commission du Conseil des Etats. Dans cette nouvelle proposition du Département (et du Conseil fédéral), la première disposition a simplement repris les décisions des Chambres fédérales avec une rédaction plus moderne. Quant à la deuxième disposition, elle s'est vu adjoindre une deuxième phrase

⁶⁷¹ Loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, Observations et propositions des membres de la Commission du Conseil des Etats, composée de MM. HOFFMANN, SAHLI, NAGEL, ESTOPPEY, HETTLINGEN, FISCHER, CORNAZ, WESSEL, RESPINI, STEHLIN et RIETER (cité dans la bibliographie), p. 10.

⁶⁷² Rapport de la Commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, du 31.05.1880, FF 1880 III 139, 152.

⁶⁷³ Texte tiré du document « Code des obligations et de commerce, tableau synoptique des décisions prises par les Chambres fédérales lors des délibérations de 1880 et 1881 » (cité dans la bibliographie).

⁶⁷⁴ Cette erreur manifeste de traduction a été corrigée par la suite.

⁶⁷⁵ Procès-verbal manuscrit (en français) de la Commission du Conseil national, Séance du 20.08.1880, p. 35. Ce document se trouve aux Arch. féd. E. 22, volume 2092 « Nationalrätliche Kommission 1880 ». Voir aussi le Rapport de la Commission du Conseil national sur le projet de code suisse des obligations et de commerce, novembre 1880, FF 1881 I 195, 205-206.

⁶⁷⁶ SCHNEIDER/FICK, p. 18.

⁶⁷⁷ Propositions du Département fédéral de Justice et Police du 19.01.1881 présentées à la Commission du Conseil des Etats relativement aux décisions des deux Conseils des 18.06 et 18.12.1880 (cité dans la bibliographie).

contenant trois règles concernant les effets de la renonciation entre débiteurs solidaires, entre débiteurs d'une dette indivisible et entre le débiteur principal et la caution⁶⁷⁸:

503	Artikel 154 Die in diesem Kapitel festgesetzten Verjährungsfristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden.	Article 154 Les délais de prescription fixés dans le présent chapitre ne peuvent être modifiés par convention.
504	Artikel 164 Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden. Wird ein solcher Verzicht von einem Solidarschuldner erklärt, so schadet derselbe den übrigen Solidarschuldnern nicht; dasselbe findet statt bei mehreren Schuldner einer untheilbaren Leistung, wie bei dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen.	Article 164 On peut renoncer à la prescription acquise. Si cette renonciation est faite par un débiteur solidaire, elle n'a pas d'effet vis-à-vis des autres débiteurs solidaires; il en est de même lorsqu'il y a plusieurs débiteurs d'une dette indivisible, ainsi que pour le débiteur principal vis-à-vis des cautions.

505 Etant donné que cette nouvelle proposition du Département et du Conseil fédéral n'a pas été accompagnée de motifs, il ne nous est malheureusement pas possible de savoir pourquoi ces précisions ont été apportées. Tout au plus nous est-il permis d'émettre une supposition à ce sujet: dans son projet original, le Département avait prévu une disposition, l'article 184 alinéa 2, qui prévoyait que « la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ne l'est point, par cela même, contre les autres ». Or, le Conseil national avait décidé, en première lecture, de remplacer ce texte par le suivant: « Néanmoins, la prescription interrompue à l'égard de l'un des débiteurs solidaires l'est également à l'égard des autres », règle qui ne repose sur aucune autre idée que celle d'avantager le créancier⁶⁷⁹. C'est peut-être pour éviter une interprétation extensive de cette nouvelle règle également en cas de renonciation à la prescription qu'une restriction a été apportée, avec validité aussi pour la dette indivisible et le cautionnement. Comme nous l'avons déjà indiqué, il ne s'agit là que d'une hypothèse⁶⁸⁰. Par ailleurs, la règle décidée par le Conseil national se retrouvera à l'article 155 CFO.

506 La nouvelle proposition du Conseil fédéral a été approuvée par les deux Chambres fédérales, sans que des modifications ne lui soient apportées en deuxième lecture, close par le Conseil des Etats le 17.02.1881 et par le Conseil national le 03.03.1881. Suite à l'élimination des quelques divergences qui subsistaient encore, le texte a été revu par la commission de rédaction entre mi-mars et mi-mai 1881⁶⁸¹. Concernant les dispositions sur l'autonomie de la volonté en droit de la prescription, seule une petite modification a encore été apportée en commission de rédaction: la deuxième partie de l'article concernant la renonciation a été divisée en deux phrases distinctes dans la version allemande.

507 Sous réserve de cette petite modification, le texte définitif du Code fédéral des obligations correspondra donc à la deuxième proposition du Conseil fédéral⁶⁸²:

508	Artikel 148 aOR Die in diesem Kapitel festgesetzten Verjährungs-	Article 148 CFO Les délais de prescription fixés dans le présent

⁶⁷⁸ Le texte est tiré des documents des 24.01 et 05.02.1881 cités. Ces documents imprimés se trouvent aux Arch. féd. E. 22, volume 2096 « Akten der B'Vers. 16.11.1880-08.03.1881 ».

⁶⁷⁹ CORBOZ, pp. 60-61.

⁶⁸⁰ A titre d'indice dans ce sens, voir le document « Code des obligations et de commerce, Propositions du Département fédéral de Justice et Police du 19.01.1881 présentées à la Commission du Conseil des Etats relativement aux décisions des deux Conseils des 18.06 et 18.12.1880 » (cité dans la bibliographie), p. 9. Dans le même sens: SPIRO I, p. 551 note de bas de page 10.

⁶⁸¹ A ce sujet, voir le Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le code des obligations, du 28.05.1881, FF 1881 III 13, 14.

⁶⁸² Texte français, RO 4 97, 127 et 130, texte allemand, AS 5 635, 664 et 666.

	fristen können durch Vertrag nicht abgeändert werden.	chapitre ne peuvent être modifiés par convention.
509	Artikel 159 aOR Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden. Wird ein solcher Verzicht von einem Solidarschuldner erklärt, so schadet derselbe den übrigen Solidarschuldnern nicht. Dasselbe findet statt bei mehreren Schuldner einer untheilbaren Leistung und bei dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen.	Article 159 CFO On peut renoncer à la prescription acquise. Si cette renonciation est faite par l'un des débiteurs solidaires ou par l'un des codébiteurs d'une dette indivisible, elle n'est pas opposable aux autres; de même, la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas opposable à la caution.

b) Adaptation du droit des obligations au Code civil

510 Lorsqu'il a fallu adapter le Code fédéral des obligations au Code civil en cours d'élaboration, un premier projet a été établi en 1904 par EUGEN HUBER qui l'a accompagné d'un rapport explicatif. Dans ce projet, établi uniquement en langue allemande sous cette forme, les deux articles 148 et 159 du CFO sont devenus les articles 1143 et 1154, sans modifications particulières, si ce n'est que le mot « Gesetz » a remplacé le mot « Kapitel » qui se trouvait à l'article 148 CFO et que les deux dernières phrases de l'article 159 CFO sont devenues les alinéas 2 et 3 de l'article sur la renonciation. On voit aussi apparaître les deux notes marginales correspondantes. Un texte français a été établi, sans qu'il ne corresponde au texte du projet HUBER. Il a simplement repris plus ou moins tel quel le texte du Code fédéral des obligations avec les seules modifications rendues nécessaires par le Code civil en devenir, en reprenant néanmoins les notes marginales du projet HUBER⁶⁸³.

511 Le projet HUBER a fait l'objet de délibérations d'une commission présidée par le Conseiller fédéral BRENNER. Les articles faisant l'objet de notre étude ont été examinés dans une séance du 27.09.1904, sans modification aucune⁶⁸⁴. Le texte a donc été soumis tel quel aux Chambres fédérales en 1905 avec le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale (articles 1154 et 1165 du projet), qui ne contient par ailleurs aucune remarque particulière concernant les règles dont il est ici question⁶⁸⁵. Le texte des règles est le suivant⁶⁸⁶:

512	Artikel 1143 (du projet Huber, article 1154 du projet soumis aux Chambres fédérales) Unabänderlichkeit der Fristen Die in diesem Gesetze aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.	Article 1154 (du projet soumis aux Chambres fédérales, le projet Huber n'existe pas en français, voir N 510) Délais soustraits à la convention des parties Les délais de prescription fixés dans le présent Code ne peuvent être modifiés par convention.

⁶⁸³ Pour les raisons de cette manière de procéder, voir Bericht über die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und über die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuche, 1904 (cité dans la bibliographie), pp. 12 et 14. Un texte français imprimé qui pourrait correspondre à celui mentionné dans ce rapport se trouve aux Arch. féd. E. 22, volume 2105 « BG vom 30.03.1911 betr. Die Ergänzung des schweiz. Zivilgesetzbuches, 1900-1904 », sans aucune datation ni indication (ce qui rend une affirmation difficile), portant simplement le titre Loi fédérale destinée à compléter le code civil suisse (droit des obligations). Les deux dispositions qui nous intéressent se trouvent aux pp. 39 et 41-42.

⁶⁸⁴ Protokoll der Expertenkommission für die Anpassung und Revision des Obligationenrechts und für die Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (cité dans la bibliographie), Séance du 27.09.1904, p. 47.

⁶⁸⁵ Message CF 03.03.1905, FF 1905 II 1, 16.

⁶⁸⁶ Entwurf 1904 zum Obligationenrecht von Prof. EUGEN HUBER (cité dans la bibliographie), pp. 41 et 44. Texte soumis aux Chambres fédérales: texte français, FF 1905 II 67, 103 et 105-106, texte allemand BBl 1905 II 77, 114 et 117. Voir aussi FASEL, Materialien, pp. 1515 et 1517.

513	Artikel 1154 (du projet Huber, article 1165 du projet soumis aux Chambres fédérales) Verzicht auf die Verjährung Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden. Wird ein solcher Verzicht von einem Solidarschuldner erklärt, so schadet er den übrigen Solidarschuldnern nicht. Dasselbe findet statt bei mehreren Schuldern einer unteilbaren Leistung und bei dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen.	Article 1165 (du projet soumis aux Chambres fédérales) Renonciation à la prescription On peut renoncer à la prescription acquise. Si cette renonciation est faite par l'un des codébiteurs solidaires, elle n'est pas opposable aux autres. Il en est de même si elle émane de l'un des codébiteurs d'une dette indivisible, et la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas opposable à la caution.
514	Les Chambres fédérales ont toutefois décidé de repousser les travaux de révision du droit des obligations et de ne les poursuivre que lorsque le Code civil serait achevé. Pour cette raison, ce n'est qu'en 1908 que les travaux de révision ont été repris dans le cadre d'une commission élargie⁶⁸⁷.	
515	Lors des discussions de cette commission concernant ce projet, VIRGILE ROSSEL a fait savoir qu'il trouvait le texte de la première disposition « bien général, puisqu'il s'applique à tous les délais quelconques prévus dans le code », sans pour autant faire de proposition à ce sujet. Le membre de la commission E. ISLER a, quant à lui, soutenu la remarque de VIRGILE ROSSEL, argumentant, en prenant pour exemple l'action en garantie des héritiers selon l'article 637 CC, que « <i>eine Spezialisierung nach Antrag Rossel sehr am Platz [wäre]</i> ». EUGEN HUBER a alors déclaré, par rapport à la remarque d'ISLER, qu'il serait cherché une formulation identique à celle du droit de l'époque (le Code fédéral des obligations) et qui ne concernerait que le paragraphe (« <i>Abschnitt</i> ») correspondant du nouveau code⁶⁸⁸.	
516	Pour ce qui est de la deuxième disposition, son contenu a en quelque sorte été discuté en même temps que la première. En effet, le membre de la commission A. BRÜSTLEIN a sollicité qu'il soit précisé « <i>dass ein Versprechen zulässig sei, eine künftig ablaufende Verjährungsfrist nicht geltend zu machen</i> ». Le membre de la commission W. BURCKHARDT lui a alors rétorqué que cette formulation signifierait le renversement de la règle de l'article 1154. La question semble ne pas avoir été discutée plus longuement par la commission.	
517	Dès lors, les deux dispositions ont pris la teneur suivante dans le projet soumis par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale en 1909⁶⁸⁹:	
518	Artikel 1154 Unabänderlichkeit der Fristen Die in diesem Abschnitt aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.	Article 1154 Délais soustraits à la convention des parties Les délais de prescription fixés dans le présent chapitre ne peuvent être modifiés conventionnellement.
519	Artikel 1165 Verzicht auf die Verjährung Auf die Verjährung kann nach ihrer Vollendung Verzicht geleistet werden. Wird ein solcher Verzicht von einem Solidarschuldner erklärt, so schadet er den übrigen Solidarschuldnern nicht. Dasselbe findet statt bei mehreren Schuldern	Article 1165 Renonciation à la prescription Il est loisible de renoncer à la prescription acquise. Si cette renonciation est faite par l'un des codébiteurs solidaires, elle n'est pas opposable aux autres. Il en est de même si elle émane de l'un des codé-

⁶⁸⁷ Message CF 01.06.1909, FF 1909 III 747, 747-749.

⁶⁸⁸ Concernant ces interventions, voir Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Expertenkommission, Mai 1908/Oktobre 1908/März 1909 (cité dans la bibliographie), Séance du 09.05.1908, pp. 9-10.

⁶⁸⁹ Texte français FF 1909 III 779, 817 et 819-820, texte allemand BBl 1909 III 725, 795 et 798.

einer unteilbaren Leistung und bei dem Hauptschuldner gegenüber dem Bürgen.	biteurs d'une dette indivisible; la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas non plus opposable à la caution.

520 Il apparaît que le texte français de la deuxième disposition a été légèrement remanié par rapport au projet de 1905, tandis que le texte allemand des deux articles n'a pas subi d'autre modification que celle décidée en commission.

521 Lors de la discussion du projet par la Commission du Conseil national, A. BRÜSTLEIN, qui en faisait également partie, a réitéré sa proposition légèrement différemment. Il a demandé à ce que les mots « *nach ihrer Vollendung* » soient biffés de l'article 1165. Le membre de la Commission HÄBERLIN a alors suggéré que la disposition soit formulée ainsi: « *Auf die Verjährung kann nicht im voraus Verzicht geleistet werden* ». A. BRÜSTLEIN a retiré sa proposition au profit de cette dernière, qui a été admise par la Commission⁶⁹⁰ et reprise dans le texte soumis ensuite au plénum du Conseil national, avec une formulation légèrement différente, à savoir « *Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden* », en français « Est nulle toute renonciation anticipée à la prescription »⁶⁹¹. Les représentants du peuple n'ont toutefois pas discuté spécifiquement de cette question et approuvé cette modification. Tout au plus peut-on souligner que de l'avis exprimé devant le plénum par les deux rapporteurs, VIRGILE ROSSEL en français et EUGEN HUBER en allemand, il ne s'agissait là que d'une modification de pure forme⁶⁹².

522 Lorsqu'elle s'est à son tour attelée à la tâche, la Commission du Conseil des Etats a implicitement admis la modification décidée par le Conseil national et a simplement souhaité que l'article 1165 soit revu ultérieurement par la commission de rédaction⁶⁹³, si bien que le texte soumis au plénum du Conseil des Etats avait la même teneur que celui soumis au Conseil national, à l'exception d'un détail de rédaction au deuxième alinéa de la deuxième disposition (le mot « *solcher* » ayant été retranché de la version allemande). Les représentants des cantons n'ont pas plus que ceux du peuple discuté particulièrement de cette disposition⁶⁹⁴.

523 Suite aux délibérations des Chambres fédérales, le texte complet du projet a encore été revu par la commission de rédaction qui lui a appliqué une autre numérotation que celle initialement prévue⁶⁹⁵. Lors de cette ultime relecture, seuls les alinéas 2 et 3 de la deuxième disposition ont subi des changements d'ordre rédactionnel, au demeurant fort judicieux. On relèvera aussi que la note marginale de la première disposition a été reformulée pour la version française, modification à notre avis pas très heureuse (« Délais péremptoires » en lieu et place de « Délais soustraits à la convention des parties »). Les deux règles du Code fédéral des obligations sont donc devenues les articles 129 et 141 CO⁶⁹⁶:

524	Artikel 129 OR Unabänderlichkeit der Fristen Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungs-	Article 129 CO Délais péremptoires Les délais de prescription fixés dans le présent

⁶⁹⁰ Concernant les délibérations de la Commission du Conseil national, voir Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Kommission des Nationalrates 1909 (cité dans la bibliographie), Séance du 08.09.1909, Art. 1138-1166.

⁶⁹¹ BO CN 1909, pp. 538 et 540.

⁶⁹² BO CN 1909, pp. 542 et 544 (pour l'avis des rapporteurs) et p. 550 (pour le vote du plénum).

⁶⁹³ Revision des schweizerischen Obligationenrechts, Protokolle der Kommission des Ständerates 1910 (cité dans la bibliographie), Séance du 02.03.1910, Art. 1138-1166.

⁶⁹⁴ BO CE 1910, p. 182 (texte soumis au Conseil des Etats) et p. 184 (délibération).

⁶⁹⁵ Voir le Rapport de la commission de rédaction du Droit des obligations à l'Assemblée fédérale, du 14.03.1911, FF 1911 I 695, 697-700.

⁶⁹⁶ Première publication en français RO 1911 321, 357 et 360-361, en allemand AS 1911 317, 355 et 358.

	fristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden.	titre ne peuvent être modifiés conventionnellement.
525	Artikel 141 OR Verzicht auf die Verjährung ¹ Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden. ² Der Verzicht eines Solidarschuldners kann den übrigen Solidarschuldnern nicht entgegengehalten werden. ³ Dasselbe gilt unter mehreren Schuldern einer unteilbaren Leistung und für den Bürgen beim Verzicht des Hauptschuldners.	Article 141 CO Renonciation à la prescription ¹ Est nulle toute renonciation anticipée à la prescription. ² La renonciation faite par l'un des codébiteurs solidaires n'est pas opposable aux autres. ³ Il en est de même si elle émane de l'un des codébiteurs d'une dette indivisible; et la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas non plus opposable à la caution.
526	Pour être complet, il ne faut pas oublier de préciser que notre loi existe aussi en langue italienne. La première traduction du droit des obligations suisse avait été effectuée par le Professeur SERAFINI de Pise lors de l'élaboration du Code fédéral des obligations⁶⁹⁷. Le texte italien du Code des obligations a été établi en parallèle avec les textes allemand et français dès 1905⁶⁹⁸. Le texte italien des articles 129 et 141 CO publié au Recueil systématique a, quant à lui, la teneur suivante:	
527	Articolo 129 Invariabilità dei termini I termini a prescrivere stabiliti nel presente titolo non si possono modificare per disposizioni delle parti.	
528	Articolo 141 Rinuncia alla prescrizione ¹ La rinuncia preventiva alla prescrizione è nulla. ² La rinuncia fatta da un debitore solidale non è opponibile agli altri debitori solidali. ³ Lo stesso vale fra più debitori di una prestazione indivisibile e per il fideiussore in caso di rinuncia fatta dal debitore principale.	
529	Les articles 129 et 141 CO n'ont à ce jour subi aucune modification et aucun projet allant dans ce sens n'est en cours actuellement. Il faut toutefois mentionner que les numéros d'alinéas ont été introduits postérieurement à la publication au Recueil officiel, à savoir lors de l'établissement du premier Recueil systématique⁶⁹⁹.	
530	Nous reviendrons ultérieurement sur la signification à donner à la modification de l'article 159 CFO par la Commission du Conseil National (N 1023-1031).	

B. Le principe

- 531 Comme nous l'avons déjà exposé, l'institution de la prescription n'est pas inhérente au droit privé (N 60). Lorsqu'il l'érige au rang de droit positif, le législateur obéit à des impératifs qui n'ont pas trait à la technique juridique; il poursuit un but d'intérêt public (N 63-67) dont nous avons décrit le fondement (N 60-62): garantir la paix sociale et la sécurité du droit.
- 532 Dans son message relatif au projet de Code fédéral des obligations, le Conseil fédéral a expliqué que la fixation de la durée des délais de prescription était en soi arbitraire⁷⁰⁰. Cette allégation comporte certes une part de vérité, tant il est vrai qu'il ne s'agit pas là d'une science exacte. Le message du Conseil fédéral précise cependant que les délais doivent être

⁶⁹⁷ SCHNEIDER/FICK, p. 18.

⁶⁹⁸ Rapport de la commission de rédaction du Droit des obligations à l'Assemblée fédérale, du 14.03.1911, FF 1911 I 695, 697.

⁶⁹⁹ RS 1848-1947, 1^{er} volume, p. X (note VI.4).

⁷⁰⁰ Message CF 27.11.1879, FF 1880 I 115, 154; dans le même sens: ATF 72 II 405, 415.

adaptés aux rapports juridiques qu'ils concernent. Ils ne doivent être ni trop longs ni trop courts⁷⁰¹.

- 533 Ces considérations s'appliquent à notre avis à tout le droit de la prescription. La loi se doit d'instaurer une réglementation de base de la prescription appropriée aux rapports juridiques qu'elle veut régler. Des limites inhérentes à la matière sont donc posées à la liberté du législateur. Usant de la sienne, ce dernier a choisi de restreindre celle des parties.
- 534 Dans la doctrine, la plupart des auteurs ne traitent de l'autonomie de la volonté en matière de prescription qu'en relation avec les délais et la renonciation. A juste titre, certains auteurs voient dans les articles 129 et 141 CO l'énoncé partiel d'un principe plus général, celui de la suppression de l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne tout le droit de la prescription⁷⁰².
- 535 Le principe est simple: la prescription ne se négocie pas. Notons toutefois que KOLLER est de l'avis, que nous rejetons, que le droit de la prescription est largement dispositif⁷⁰³. La même opinion erronée a été exposée par le Tribunal de cassation de Saint-Gall⁷⁰⁴.
- 536 Les raisons invoquées pour justifier cette limitation de la liberté des parties sont évidentes. Le législateur a voulu empêcher que les parties puissent réduire à néant l'institution de la prescription en obligeant le débiteur à renoncer à sa protection, eu égard à l'intérêt public en jeu⁷⁰⁵. Cette affirmation mérite d'être nuancée: dans certaines situations, c'est le créancier qui est la partie la plus faible, comme par exemple dans le cas d'un lésé ou d'un assuré, et le but de protection doit également être affirmé pour lui.

C. Les exceptions

- 537 Le principe ne vaut pas de manière absolue. La loi, la jurisprudence et la doctrine tolèrent certains aménagements par les parties. Il subsiste cependant des incertitudes quant à l'admissibilité ou la portée de certaines clauses, raison pour laquelle nous devons nous pencher plus en détail sur ces questions. Plusieurs hypothèses peuvent être subsumées sous le terme de « modifications conventionnelles ». Pour notre étude, nous allons diviser les modifications conventionnelles en trois grandes catégories:
- 538 — Les modifications apportées à la réglementation de base de la prescription, concernant le principe de la prescription, la nature du délai, le point de départ du délai, les causes d'empêchement et de suspension, les actes interruptifs et leurs effets (chapitre II, N 541-697).
- 539 — Les modifications apportées à la durée des délais (chapitre III, N 698-907).
- 540 — Les modifications stipulées dans des conditions générales (chapitre IV, N 908-938).

⁷⁰¹ Voir aussi THALMANN, pp. 25-26; HIESTAND, pp. 59-60.

⁷⁰² HIESTAND, p. 44; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 1; SPIRO I, pp. 847-851.

⁷⁰³ KOLLER, RSJ 92, p. 369.

⁷⁰⁴ SG GVP 1997 n°45 p. 102.

⁷⁰⁵ BECKER, BK, OR 141 N 1; DÄPPEN, BSK, OR 141 N 1; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 1 et 141 N 1; SPIRO I, p. 847. Sceptique: KESSLER, p. 34.

Chapitre II Les modifications de la réglementation de base de la prescription

- 541 La présente catégorie de modifications ne pose pas de problèmes particuliers. Toutes les conventions des parties à ce sujet consistent, selon la définition générale du contrat, en une manifestation réciproque et concordante de volonté visant à produire un effet juridique quant à la réglementation de base de la prescription.
- 542 La loi ne traite que de la modification conventionnelle des délais de prescription. S'agissant des autres règles dont il est question ici, elle est muette. La raison en est simple et nous l'avons déjà exposée: le droit de la prescription n'obéit pas au principe de l'autonomie de la volonté (N 535).
- 543 Notre tâche consiste donc à analyser la marge de manœuvre que la loi laisse aux parties malgré ce principe. Trois remarques préliminaires importantes s'imposent:
- 544 – Il n'y a pas lieu d'établir de distinction entre les différents domaines juridiques (prescription contractuelle, délictuelle, en matière d'enrichissement illégitime et selon les lois spéciales) et les développements qui vont suivre s'appliquent de manière générale; toutefois, lorsque certaines règles spéciales prévoient une réglementation différente, nous y ferons expressément allusion, particulièrement en droit du contrat d'assurance.
- 545 – Si une faculté des parties de déroger au système légal est affirmée, l'accord des deux parties est nécessaire; en effet, il ne s'agit pas ici d'un droit unilatéral du débiteur mais de règles qui intéressent les deux parties.
- 546 – Le moment de la convention n'est pas déterminant au regard de l'écoulement du délai. Les conditions et les effets de la convention sont identiques, qu'elle intervienne avant (modification originaire) ou après (modification subséquente) que le délai de prescription a commencé à courir (pour la terminologie, voir N 10). En revanche, une modification conventionnelle de sa réglementation de base une fois la prescription acquise (modification postérieure) n'est par définition plus possible. Une telle modification n'est cependant pas exclue si le délai recommence à courir suite à une renonciation à la prescription acquise (voir en particulier N 1398 et 1429).

Section 1 Le principe de la prescription

- 547 L'article 155 du projet du Département fédéral de justice et police de 1879 (N 492) le prévoyait expressément: les parties n'ont pas la latitude de rendre imprescriptible une créance que la loi déclare prescriptible. Seule la loi peut prévoir l'imprescriptibilité (N 96 et 553).
- 548 Bien que ce principe n'ait pas été retenu tel quel dans le texte définitif du Code fédéral des obligations ni dans le Code des obligations, il est incontesté. Hiestand considérait qu'il découlait de l'article 148 CFO, l'interdiction des modifications comprenant aussi celle de toucher au principe⁷⁰⁶. BUCHER le fondait sur l'article 127 CO⁷⁰⁷. Eu égard à la formulation de

⁷⁰⁶ Hiestand, pp. 44-45.

⁷⁰⁷ BUCHER, AT, p. 453.

cette disposition (« toutes les actions ... se prescrivent »), cette opinion n'est pas dénuée de pertinence.

549 Plusieurs auteurs, auxquels BUCHER s'est rallié, semblent déduire, du moins implicitement, ce principe de l'article 141 alinéa 1 CO⁷⁰⁸. Dans notre optique, la renonciation à la prescription en cours ou acquise est un acte unilatéral et ne rentre pas dans le cadre des modifications conventionnelles (voir en particulier N 951, 966-974, 988-990). Sans vouloir aborder ici la thématique controversée de l'interprétation de cette disposition (à ce sujet, voir N 1006-1116), nous pouvons toutefois affirmer que cette disposition ne pourrait de toute manière concrétiser qu'une partie du principe. Les parties ne peuvent exclure la prescription quant à son principe, que ce soit par convention ou à titre unilatéral, ni avant que le délai n'ait commencé à courir, ni pendant sa durée, ni après son échéance.

550 *Exemple d'une convention prohibée: faute de moyens, un acheteur ne parvient pas à payer le prix de vente. Le vendeur l'incite alors à passer un accord dans lequel les parties conviennent des clauses suivantes: le vendeur renonce à tout intérêt moratoire mais l'acheteur ne pourra plus du tout se prévaloir de la prescription.*

551 Le principe est strict et ne souffre aucune exception. Une autre solution reviendrait à réduire à néant l'effet protecteur que la prescription déploie pour le débiteur. Toute clause conventionnelle ou déclaration qui dérogerait au principe est par conséquent absolument nulle. Il en est de même de toute clause qui tendrait au même résultat mais par un moyen différent, par exemple la stipulation d'une peine conventionnelle équivalant au montant de la créance pour le cas où le débiteur exciperait de la prescription ou alors par la stipulation d'autres désavantages juridiques ou la mise en place de garanties destinées à prévenir l'invocation de l'exception⁷⁰⁹ (pour le droit allemand, voir N 335).

552 S'il est indiscutable que l'effet de nullité touche toute clause passée avant que le délai n'ait commencé à courir, se pose la question de savoir ce que le juge doit faire lorsque les parties conviennent d'exclure la prescription une fois que le délai a commencé à courir ou après son échéance. A notre avis, la sanction est la même, c'est-à-dire la nullité de la clause. L'opinion contraire de KOLLER selon laquelle le débiteur peut rendre sa dette imprescriptible en renonçant à la prescription acquise sans limite de temps⁷¹⁰ est à notre connaissance une opinion isolée (voir aussi N 1396). En présence d'une déclaration ou d'une convention visant à exclure la prescription, le juge doit essayer d'établir la réelle et commune intention des parties. Il se peut que les parties aient simplement voulu prolonger le cours de la prescription (sans mentionner une durée), par exemple dans le but de permettre une négociation. Il est en outre possible que le débiteur ait simplement voulu renoncer à la prescription en cours ou acquise. L'admissibilité de ces actes se déterminerait alors selon les règles qui seront discutées ci-après concernant la modification conventionnelle du délai de prescription et la renonciation à la prescription en cours ou acquise.

553 Les parties ne peuvent pas non plus déclarer prescriptible une créance imprescriptible de par la loi (N 96)⁷¹¹. En revanche, rien n'empêche par exemple les parties de garantir une créance par un gage immobilier pour la rendre imprescriptible ou au contraire de supprimer une telle garantie pour la rendre prescriptible.

⁷⁰⁸ BUCHER, Verjährung, pp. 193-194; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3573; SPIRO I, pp. 847-848; SPIRO, FS Neumayer, pp. 547-548; VON TUHR/ESCHER, p. 216.

⁷⁰⁹ Art. 163 al. 2 CO. BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 60; KESSLER, p. 21; SPIRO I, p. 849.

⁷¹⁰ KOLLER, RSJ 103, p. 196.

⁷¹¹ SPIRO I, p. 866.

Section 2 La nature du délai

A. La problématique de la clause de péremption

554 Les parties peuvent-elles convenir qu'une créance sera soumise à un délai de péremption en lieu et place d'un délai de prescription et en général plus court que ce dernier ? Dans une telle clause, comprise au sens étroit du terme, les parties prévoient que le débiteur doit reconnaître la dette et/ou le créancier faire valoir sa prétention en justice (et/ou éventuellement selon les autres modalités prévues par l'article 135 chiffre 2 CO ou encore par une procédure d'arbitrage) avant l'échéance du délai convenu, faute de quoi il sera déchu de son droit. Une telle convention impliquerait au moins trois modifications importantes par rapport au système légal de la prescription. D'une part, le délai ne serait pas susceptible d'être suspendu ou interrompu (N 293 et 297) et d'autre part, le droit subjectif serait touché dans son intégralité (N 291). Finalement, la clause impliquerait que le juge puisse prendre en compte l'écoulement du temps même en l'absence de moyen exprès soulevé par la partie défenderesse, sans toutefois qu'il n'ait l'obligation d'établir les faits d'office à ce sujet (N 307).

555 Une clause de péremption peut également prendre une autre forme que celle décrite ci-dessus et répondre ainsi à une définition plus large. Elle peut en effet soumettre la sauvegarde de la créance à d'autres formalités qu'une reconnaissance de dette ou une action en justice, par exemple le devoir pour le créancier de faire valoir son droit à la prestation auprès du débiteur ou de lui adresser un avis écrit dans un certain délai.

556 Pour répondre à la question posée, il est tout d'abord nécessaire de trouver des critères qui permettent de définir quelle clause est une clause de péremption ou n'en est justement pas une. Nous le ferons en distinguant la clause de péremption d'autres institutions présentant des similitudes.

a) *Distinction entre la clause de péremption et la peine conventionnelle*

557 L'avis a été exprimé qu'il y a lieu de considérer la clause de péremption comme peine conventionnelle⁷¹². Nous ne pouvons nous rallier à cette opinion. On relèvera avec une partie de la doctrine que la peine conventionnelle ne consiste pas en la perte d'un droit, mais en l'octroi d'une créance à une partie en raison de la violation de ses obligations (« *Pflichten* ») par l'autre partie⁷¹³.

b) *Distinction entre la clause de péremption et la condition résolutoire*

558 Plus délicate est la distinction entre une obligation conditionnelle (N 49-51) et la clause de péremption. Une partie de la doctrine penche en faveur de l'assimilation des deux clauses⁷¹⁴.

559 Soulignons ici que lorsqu'il apparaît qu'une clause vise à limiter dans le temps la créance d'une partie à un événement futur et incertain (assorti ou non d'un délai fatal, voir N 50) et en outre à lier au sort de cette créance celle de l'autre partie, il ne fait pas de doute qu'il s'agit d'un contrat conditionnel (« *bedingtes Schuldverhältnis* ») et non d'une clause de péremption. Un tel rapport n'est de toute manière pas soumis à la prescription (N 94).

560 C'est lorsqu'une créance est visée individuellement, comme c'est le cas pour la prescription (N 95), que la distinction peut présenter des difficultés.

⁷¹² VON BÜREN, AT, p. 412.

⁷¹³ SPIRO II, p. 1013 et les notes de bas de page 17 (autres références) et 20 (critères de distinction).

⁷¹⁴ WYSS, thèse, p. 23. Dans le même sens déjà: BLUMENSTEIN, pp. 80-81 (pour la péremption légale); SCHNEIDER/FICK, OR 148 N 1.

- 561 Comme la péremption, la condition résolutoire vise une créance existante. Lorsqu'une clause prévoit la perte de la créance d'une seule des parties si telle ou telle condition s'avère (ou non) dans un certain délai ou jusqu'à un certain terme, il s'agit ainsi de déterminer si les parties ont voulu soumettre la créance à une véritable condition (« *Bedingung* ») ou simplement la limiter dans le temps en prévoyant sa perte définitive (« *Zeitbestimmung* »⁷¹⁵).
- 562 A notre avis, il existe un moyen de distinguer de manière fiable les deux institutions. Il consiste en l'examen de la détermination de la fin de la créance. La péremption comporte un terme ou un délai, tandis que la condition réside dans un événement futur et incertain, dont la survenance peut être limitée à un délai fatal⁷¹⁶. Dans la clause de péremption, c'est le terme seul qui a une influence sur la créance, alors que dans le cas de la condition, à la fois l'événement futur et incertain et le délai fatal (s'il y en a un) peuvent avoir une influence sur la créance.
- 563 Assimiler la clause de péremption à une condition résolutoire consisterait en fait à en faire une condition potestative⁷¹⁷, institution dont l'admission par la doctrine et la jurisprudence n'est pas contestée. Il serait en effet du seul bon vouloir du créancier d'opérer la démarche visant à faire que la condition s'avère (action en justice, poursuite, rappel écrit ou autre). Il ne s'agit donc plus d'un événement futur et incertain (voir les exemples N 582-588).
- 564 En résumé, la péremption est la conséquence que la convention des parties attache à l'écoulement du temps mais pas à la survenance d'un événement futur et incertain, tandis que la condition traduit une incertitude qui se reflète dans la période pendant laquelle l'obligation est en suspens (« *Schwebezustand* »).

c) *Distinction entre la clause de péremption et l'incombance*

- 565 Distinguer une clause de péremption d'une incombance n'est pas chose aisée. Nous en voulons pour preuve que SPIRO postule que le comportement exigé du bénéficiaire d'un droit soumis à péremption se décrit au mieux sous la forme d'une incombance⁷¹⁸.
- 566 L'incombance est souvent définie comme un devoir de degré inférieur (« *Pflicht minderen Grades* ») qui exige d'une personne un comportement déterminé en vue d'éviter un désavantage juridique⁷¹⁹. KOLLER la définit comme une règle de comportement qui ne doit pas être respectée comme une obligation, parce que la loi tient compte de façon particulière de l'intérêt de l'autre partie à son respect⁷²⁰. Elle ne peut pas faire l'objet d'une action en justice sauf si elle est doublée d'une véritable obligation civile de même contenu, ce qui n'est en principe pas le cas⁷²¹. Elle est en général prévue par la loi. En matière de contrat d'assurance, elle peut également être instaurée par une convention dans les limites de la liberté contractuelle⁷²², ainsi que cela ressort expressément de l'article 46 alinéa 2 LCA en relation avec l'article 39 alinéa 2 LCA.

⁷¹⁵ Terminologie utilisée par STIEFEL, pp. 138-146.

⁷¹⁶ STIEFEL, pp. 140-141.

⁷¹⁷ Sur cette notion, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 4200-4201; VON TUHR/ESCHER, pp. 257-258.

⁷¹⁸ SPIRO II, p. 915. Dans le même sens: FINGERHUT, p. 3.

⁷¹⁹ Sur cette notion, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 101-103; ERNST A. KRAMER, Das Obligationenrecht, Art. 1-18, BK VI/1/1, Stämpfli Berne 1986, Allgemeine Einleitung, N 113-115; SCHWENZER, N 4.27-4.28; SPIRO II, pp. 915-919; VON TUHR/PETER, pp. 12-13.

⁷²⁰ KOLLER, AT, pp. 25-27.

⁷²¹ Sur cette problématique, voir SPIRO II, pp. 913-919.

⁷²² Pour le contrat d'assurance, SCHAER, thèse, p. 39

- 567 Malheureusement, les bases théoriques de cette forme de règles de comportement ont été peu étudiées en droit suisse. Une seule étude complète a été publiée à ce sujet dans le domaine du contrat d'assurance, où la forme de l'incombance est la plus répandue⁷²³. En particulier, la question de savoir si la stipulation d'une incombance en dehors du domaine du contrat d'assurance est licite n'a pas été étudiée. Approfondir l'étude de l'incombance dépasserait le cadre du présent travail; aussi nous bornerons-nous à donner quelques pistes de réflexion en vue de la distinction qui nous intéresse.
- 568 Il est exact que les deux institutions peuvent présenter des similitudes lorsqu'il est question d'une incombance liée à un certain délai. Cependant, toutes les incombances ne sont pas liées à un délai, auquel cas la distinction ne présente aucune difficulté, comme par exemple l'incombance de l'assuré de donner des informations exactes au moment de conclure le contrat d'assurance (article 4 LCA). Ces incombances peuvent également entraîner la perte d'un droit, mais non en raison de l'écoulement d'un délai⁷²⁴.
- 569 Dans d'autres cas « classiques » d'incombances, leur non-respect dans un certain délai peut entraîner la perte d'un droit au même titre que la péremption, comme par exemple si l'acheteur ou le maître d'ouvrage omettent l'avis des défauts (articles 201 alinéa 1 et 367 alinéa 1 CO). Il semble par ailleurs incontesté dans la pratique que les créances en garantie peuvent être soumises à d'autres types d'incombances, par exemple l'obligation du propriétaire d'un véhicule de le faire inspecter une fois l'an pour conserver ses droits à la garantie.
- 570 Le non-respect d'une incombance dans un certain délai peut toutefois, selon les cas, simplement entraîner la diminution de la prétention du lésé s'il omet de prendre des mesures en vue de diminuer son dommage (article 44 alinéa 1 CO) ou de l'assuré s'il omet de déclarer immédiatement le sinistre à l'assureur (article 38 alinéa 2 LCA).
- 571 Quelle que soit la sanction du non-respect de l'incombance liée à un certain délai (perte d'un droit ou diminution d'une prétention), il convient de relever que cette sanction n'est pas due à la seule échéance d'un délai, contrairement à ce qui est le cas pour la perte du droit en raison de la clause de péremption. On peut examiner la distinction à l'aide de trois critères:
- 572 - Le premier critère montre que s'il est exact que l'incombance exige du créancier qu'il entreprenne une démarche dans un certain laps de temps, la durée de ce dernier n'est en général pas fixée à l'avance comme le délai dans la clause de péremption, mais examinée dans chaque cas particulier (le défaut doit par exemple être signalé « sans délai », les parties pouvant toutefois fixer un délai précis à ce sujet; le créancier auquel incombe le choix de l'article 107 alinéa 2 CO doit y procéder immédiatement à l'échéance du délai convenable s'il veut conserver toutes les options).
- 573 - Le deuxième critère montre que l'incombance est liée à la survenance d'un fait « supplémentaire », dont on ne sait pas s'il va se produire au moment de la conclusion du contrat ou de manière générale. Il n'est pas certain que l'acheteur ou le maître d'ouvrage vont découvrir des défauts, respectivement que le sinistre ou le fait dommageable vont se produire. La clause de péremption ne se rattache pas à un fait dont la survenance est incertaine mais seulement à l'écoulement du temps.
- 574 - Le troisième critère se greffe sur le deuxième. Au même titre que la prescription, la clause de péremption a essentiellement pour objectif de protéger le débiteur contre des prétentions du créancier (voir N 54-55). L'incombance poursuit un but globalement identique, mais elle le fait à un autre niveau, en exigeant que le débiteur soit informé

⁷²³ La thèse de SCHAER citée dans la bibliographie.

⁷²⁴ FINGERHUT, p. 4.

d'un fait (par exemple d'un sinistre) ou alors que sa position ne soit pas aggravée parce qu'il l'ignore ou est dans l'incapacité d'agir (article 44 alinéa 1 CO).

575 En résumé, l'incombance remplit une fonction particulière relative à la créance qui s'ajoute à celle de la prescription, celle de permettre que le débiteur soit mis au courant rapidement d'un fait dont la survenance n'est pas prévisible ou alors de pallier son impossibilité à agir en relation avec un tel fait (voir aussi les exemples N 582-588), sous réserve naturellement des cas dans lesquels le débiteur empêche le créancier de respecter l'incombance (par exemple en lui cachant les défauts). La péremption conventionnelle s'ajoute elle aussi à la prescription (N 302), mais elle ne remplit en fait aucune autre fonction distincte. Son but est d'éviter l'application des règles sur la prescription, particulièrement concernant le délai.

d) Caractéristiques de la clause de péremption

576 Sur la base des distinctions que nous venons d'exposer, nous pouvons établir les critères que doit remplir une clause en vue d'être qualifiée de clause de péremption:

- 577 – Elle touche une créance (et non un rapport d'obligations) soumise de par la loi à prescription.
- 578 – Elle crée un devoir pour le créancier, devoir qui peut consister en une action en justice (et/ou une autre démarche prévue par l'article 135 CO ou le recours à l'arbitrage) ou en toute autre démarche par laquelle le créancier doit faire valoir son droit (en adressant un courrier au débiteur, en sollicitant d'une autre manière la prestation de ce dernier, etc.).
- 579 – Elle exige que ce devoir soit rempli dans un délai (ou jusqu'à un terme) prédéfini, mais ne rattache ce délai à aucun fait particulier dont la survenance serait imprévisible.
- 580 – Elle entraîne la perte totale de la créance du fait de la seule échéance du délai prédéfini.
- 581 – Elle remplit une fonction tout à fait similaire à la prescription, pour éviter dans la mesure du possible l'application de celle-ci.

582 Nous désirons illustrer l'emploi de ces critères à l'aide de courts exemples théoriques, ce qui nous permettra par la même occasion de vérifier qu'ils sont appropriés.

583 *Exemple 1: un maître d'ouvrage et un entrepreneur conviennent le 01.02 de la construction d'une maison pour un prix déterminé. L'entrepreneur ne doit construire selon le contrat que si le maître d'ouvrage réussit à faire classer son terrain en zone à bâtir jusqu'au 31.08 de la même année. Si tel n'est pas le cas, le maître perd son droit à l'exécution de l'ouvrage au prix convenu.*

584 Dans cet exemple, il n'y a pas stipulation d'une clause de péremption. L'interprétation correcte de la clause montre que l'éventuelle impossibilité de faire classer favorablement le terrain entraîne la perte de la créance des deux parties: le maître ne peut plus prétendre à la réalisation de l'ouvrage, mais l'entrepreneur perd également son droit au paiement du prix. Il y a donc stipulation d'une condition résolutoire (le classement peut intervenir ou ne pas intervenir dans le délai) et non d'une clause de péremption.

585 *Exemple 2: une jeune personne est engagée en qualité d'apprentie. Elle a droit à cinq semaines de vacances annuelles, plus une semaine pour chaque année si elle ne fume pas du 01.01 au 31.10 de cette année.*

586 Dans cet exemple, il apparaît que ce n'est pas le délai fatal du 31.10 qui peut entraîner la perte de la créance à une sixième semaine de vacances; il n'a aucune influence sur celle-ci. C'est au contraire le fait de fumer (quelle que soit la date entre le 01.01 et le 31.10) qui entraîne la perte de la sixième semaine de vacances. Il s'agit d'une forme de condition potestative ne touchant qu'une créance et non des prestations réciproques. En effet, le respect de cette inci-

tation dépend uniquement de la volonté de l'apprentie. Nous ne sommes donc pas en présence d'une clause de péremption. On observera que cette clause ne donne par ailleurs aucun droit à l'employeur d'exiger en justice que son apprentie ne fume pas. De ce fait, la clause présente certaines analogies avec une incombance, bien qu'elle n'en soit pas une au sens où nous l'avons défini, car elle ne remplit aucune fonction particulière envers le débiteur. On relèvera en outre que la créance de l'apprentie reste dans tous les cas soumise à la prescription.

587 *Exemple 3: un privé achète des meubles auprès d'une grande surface. Il paie comptant et reçoit une quittance qui lui permet d'aller retirer les meubles en question au dépôt situé à un autre endroit. En même temps qu'il paie, on lui fait signer une déclaration par laquelle il accepte les conditions générales de vente. Une des clauses précise que l'acheteur doit retirer les meubles dans les 90 jours qui suivent le paiement, faute de quoi, il est définitivement déchu de son droit à la délivrance des meubles, sans aucune prétention au remboursement de leur prix.*

588 Dans la convention décrite ci-dessus, seuls les droits du créancier (en l'espèce l'acheteur) sont visés par la clause. Elle crée un devoir pour ce dernier, à savoir faire valoir sa prestation auprès du débiteur (aller chercher les meubles). Ce devoir n'est lié à aucun autre fait, et la seule échéance du délai de 90 jours entraîne la perte des droits de l'acheteur. En outre, la clause a manifestement pour but d'éviter le long délai de prescription. Toutes les caractéristiques que nous avons décrites sont donc remplies (N 577-581) et il y a lieu de considérer que nous sommes en présence d'une clause de péremption au sens large (N 555).

B. L'admissibilité de la clause de péremption au sens étroit

a) Règle applicable et jurisprudence

589 Le Code des obligations ne contient aucune règle expresse générale sur la question de l'admissibilité de la clause de péremption au sens étroit du terme (N 554; pour le droit du contrat d'assurance, voir N 645-660). En effet, comme nous l'avons déjà exposé, les règles relatives à la prescription n'ont pas vocation générale à s'appliquer à la péremption, qu'elle soit légale ou conventionnelle (N 295). Pour les auteurs du Code des obligations, il semblait incontesté que l'article 129 CO, qui donne un cadre aux conventions des parties en matière de délais de prescription (voir N 713-715 et 724-752), est inapplicable à la péremption⁷²⁵.

590 Dans un arrêt très récent, le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que la clause qui soumet une créance à une condition résolutoire selon laquelle cette créance doit être invoquée en justice dans un délai déterminé constitue en fait un abrègement du délai de prescription et est contraire à l'article 129 CO qui est de droit impératif⁷²⁶. Il a ainsi jugé sans équivoque qu'une clause de péremption au sens étroit du terme est inadmissible si elle est stipulée en lieu et place d'un délai de prescription soumis à l'article 129 CO.

591 Une autre approche pour résoudre la question est celle d'appliquer l'article 19 alinéa 1 CO sur la liberté contractuelle. C'est la démarche observée, du moins partiellement, par la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville. Dans un arrêt de 1958⁷²⁷, elle a dû se prononcer sur la validité d'une clause relative à une indemnité de remise en état d'un appartement. Cette clause exigeait la constatation de défauts que le bailleur voulait faire supporter par le locataire dans un délai d'un mois et que « *die rechtliche Geltendmachung einer bezüglichen Forderung hat innerhalb zwei Monaten nach Schlüsselrückgabe zu erfolgen, ansonst Verzicht angenommen wird* ». La Cour d'appel l'a considérée comme clause de péremption et s'est posé la question

⁷²⁵ Protokoll der Expertenkommissionen 1908-1909, Séance du 09.05.1908, pp. 9-10; FICK, OR 129 N 6; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 2.

⁷²⁶ ATF 132 III 285, 289-290.

⁷²⁷ BJM 1958 p. 280. Voir aussi SPIRO II, p. 1016.

de savoir si elle était licite⁷²⁸. Elle s'est tout d'abord penchée sur l'interprétation de l'article 129 CO. Elle n'a pas retenu que cette disposition était directement applicable à la péremption conventionnelle, mais elle a jugé que la stipulation d'une telle clause constituait sans doute possible une manière de détourner l'interdiction de l'article 129 CO et qu'elle devait ainsi être exclue. Elle a cependant jugé ensuite que de l'application trop stricte de ce principe pouvait résulter une entrave à la liberté contractuelle dont la portée était presque impossible à cerner. Elle a relevé en particulier qu'appliquée de manière conséquente, l'interdiction toucherait également toutes les clauses stipulant une incombance n'impliquant pas une action judiciaire, les conditions résolutoires, les délais fatals. En outre, elle a expliqué que le long délai de prescription de l'article 127 CO était déraisonnablement long pour la créance concernée et qu'il contrevenait au but même de la prescription. Sur la base de ces considérations, elle a conclu que l'admission de la validité de la clause de péremption par l'autorité inférieure n'était pas arbitraire. La Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a confirmé cette jurisprudence en 1984⁷²⁹ et 1985⁷³⁰.

592 Les considérants de l'arrêt bâlois sont intéressants. La deuxième partie de la clause dont la Cour d'appel a eu à juger constitue bel et bien une clause de péremption au sens étroit du terme et correspond aux caractéristiques que nous avons définies (N 577-581). Elle vise à éviter l'application du délai de prescription supplétif. La première partie de la clause (constatation dans un délai d'un mois) semble, quant à elle, plutôt être une incombance, étant donné que son objet est probablement d'obliger le bailleur à informer le locataire dans ce même délai. Nous ne nous prononcerons pas sur l'admissibilité d'une telle incombance (voir N 567).

593 Il faut relever ici que, postérieurement aux jugements que nous avons cités, le droit du bail a été modifié et l'article 267a CO a introduit une règle similaire à la première partie de la clause considérée ci-dessus⁷³¹. Toutefois, l'incombance de vérification de la chose et d'avis des défauts par le bailleur n'est pas liée à un délai déterminé mais doit intervenir immédiatement, comme en matière de vente (article 201 alinéa 1 CO). Il est particulièrement intéressant de noter que la loi n'a pas réglé spécialement la question de savoir à quel délai de prescription est soumise la créance du bailleur résultant d'éventuels défauts constatés après restitution de la chose louée.

b) Doctrine

594 La doctrine majoritaire est d'avis que la stipulation d'une clause de péremption au sens étroit du terme (N 554) par les parties n'est pas admissible⁷³². Signalons qu'il existe des opinions divergentes, qui semblent admettre de manière générale un « terme résolutoire plus rapproché »⁷³³ ou la stipulation d'une condition résolutoire⁷³⁴. NABHOLZ admet une clause de péremption seulement si l'abrégement du délai de prescription est licite au cas particulier⁷³⁵.

⁷²⁸ Voir les développements: BJM 1958 p. 280, 284-285.

⁷²⁹ BJM 1984 p. 297, 298-299.

⁷³⁰ Jugement du 23.05.1985, mp 1988, pp. 56-59.

⁷³¹ A ce sujet, voir ADDORISIO DE FEO, mp 2001, p. 189.

⁷³² CAPITAINÉ, p. 50; DÄPPEN, BSK, OR 129 N 5; ENGEL, PG, p. 809; FICK, OR 129 N 5; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3568; GRÄMIGER, pp. 52-53; GUHL/KOLLER, § 39 N 15; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 129 N 5; SPIRO I, pp. 867-868; VON BÜREN, AT, p. 438 note de bas de page 155; VON TUHR/ESCHER, p. 217 (avec des nuances si la durée n'est pas trop brève: VON TUHR, BGB, pp. 535-536); WYSS, thèse, p. 24.

⁷³³ BÉGUELIN, FJS 813, p. 3; PÉTERMANN, p. 311; SCHWANDER, thèse, p. 3 note de bas de page 18.

⁷³⁴ SCHNEIDER/FICK, OR 148 N 1.

⁷³⁵ NABHOLZ, p. 150.

c) Synthèse

- 595 A notre avis, il ne fait pas de doute que la clause de péremption au sens étroit du terme n'est en principe pas admissible, comme le Tribunal fédéral l'a jugé récemment et comme la doctrine majoritaire le préconise. Son interdiction constitue à l'évidence une entrave à la liberté contractuelle, à laquelle nous accordons assurément une grande importance. Il n'en demeure pas moins que plusieurs arguments pertinents parlent en défaveur de cette clause:
- 596 – Elle est étrangère au système du droit privé qui veut qu'une créance ne soit en principe pas affectée par le temps, sauf lorsque la loi elle-même soumet certaines créances à la péremption⁷³⁶.
- 597 – La prescription est un instrument qui n'est pas inhérent au droit (N 60) et dont le juge n'est pas habilité à tenir compte d'office (N 134-136). Laisser aux parties la liberté de déroger à cette règle reviendrait en définitive à réduire à néant l'intention du législateur d'éliminer les délais de péremption du droit des obligations et du droit commercial⁷³⁷ et de ne les prévoir que pour les droits formateurs et actions formatrices.
- 598 – La clause de péremption est un moyen critiquable d'éluder la règle de l'article 129 CO en ce qui concerne les délais visés par cette disposition, dans le sens où elle a souvent précisément pour finalité d'éviter un long délai de prescription.
- 599 – L'abrègement du délai recherché par la péremption conventionnelle peut sembler correspondre au but visé par la prescription, à savoir la protection du débiteur. En pratique, elle sera cependant souvent imposée sans discussion possible par la partie économique forte à la partie la plus faible. A cet égard, l'affaire jugée par la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville fait figure d'exception (voir N 591).
- 600 – S'il est vrai que le délai de prescription de l'article 127 CO peut sembler long pour certaines créances, comme le relève la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville dans sa jurisprudence (N 591), il n'appartient pas au juge d'apporter une correction (voir aussi N 258 et 281) en tolérant des conventions contraires à la loi. Cette conclusion s'impose d'autant plus que les délais généraux de prescription du droit suisse sont courts en comparaison internationale et que le législateur lui-même a fixé des délais de prescription encore plus courts lorsqu'il considérait le délai supplétif comme trop long.
- 601 – Lorsque la loi admet la clause de péremption, elle instaure également un système de restitution qui en tempère la sévérité⁷³⁸ (voir N 653). Le fait que la loi ne comporte pas de clause générale de restitution constitue un indice qu'elle n'entend pas tolérer les clauses de péremption dans les domaines où la restitution n'est pas expressément prévue.
- 602 Il nous reste à définir quelle est la portée exacte de cette interdiction et si des exceptions sont possibles. A ce sujet, l'avis de NABHOLZ que nous avons déjà cité (N 594) est intéressant. Si la loi permet aux parties d'abrèger le délai de prescription, il n'y a pas de raison impérative de leur interdire de convenir d'une clause de péremption au sens étroit du terme. Cela n'est pas non plus contraire à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral (N 590), étant donné que l'abrègement du délai est en principe possible lorsque l'article 129 CO ne s'applique pas (N 761). Vu les conséquences très importantes que peut avoir une telle clause, il y a toutefois lieu de poser des garde-fous précis à sa stipulation:

⁷³⁶ ENGEL, PG, p. 796. Pour les exceptions, voir les art. 334^{bis} al. 3 CC, 181 al. 2 et 337d al. 3 CO, 10 LRFP, 10 al. 1 LRCN.

⁷³⁷ A ce sujet, voir WYSS, thèse, p. 47.

⁷³⁸ ATF 74 II 97, 100.

- 603 – Elle n'est possible que lorsque la loi instaure un délai de prescription variable (à ce sujet, voir N 900-907). Son importance pratique se limite par conséquent dans une large mesure aux seules créances en garantie.
- 604 – Elle doit être clairement désignée comme telle ou alors mentionner sans équivoque que son non-respect implique la perte définitive du droit lui-même.
- 605 – Elle doit indiquer précisément quel(s) acte(s) est(sont) requis pour la sauvegarde du droit.
- 606 – Comme en matière d'abrègement des délais de prescription, le délai qu'elle prévoit ne doit pas constituer une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier (N 761-766), sous peine de nullité (N 770).
- 607 Si ces conditions restrictives sont respectées, la clause nous semble compatible avec les articles 19 alinéa 2 et 129 CO. Nous soulignons que les parties doivent faire un choix clair. Une clause qui voudrait faire un mélange confus entre les caractéristiques de la prescription et de la péremption serait inadmissible (voir aussi N 697).
- 608 Si les parties stipulent une clause de péremption, le délai de prescription prévu par la loi s'applique toujours en plus de celle-ci (N 302). A notre avis, le juge est habilité à tempérer la rigueur de la clause en lui appliquant les limites posées en matière de prescription par l'interdiction de l'abus de droit (N 260-277 et 280-284), ce qui pourrait l'amener à admettre dans certains cas une forme de restitution, comme le législateur l'a prévu par exemple en droit des assurances privées (voir N 653).
- 609 En dehors des délais pour lesquels la clause de péremption est licite, nous penchons pour une application stricte de l'interdiction. Pour nous, toute clause de péremption au sens étroit qui correspond aux caractéristiques que nous avons définies est prohibée. Il n'y a pas lieu de voir dans cette interdiction une restriction intolérable à la liberté contractuelle. En effet, la loi accorde aux parties suffisamment de possibilités de veiller à ce que le créancier satisfasse à un éventuel devoir de faire valoir son droit à la prestation rapidement auprès du débiteur. Nous en donnons quelques exemples:
- 610 – La faculté de stipuler le devoir éventuel du créancier comme véritable obligation civile, de telle sorte que le débiteur puisse, lorsque l'objet s'y prête, en obtenir l'exécution en justice ou alors faire valoir des prétentions en dommages-intérêts.
- 611 – En complément à cette première faculté, celle d'assortir ce devoir d'une peine conventionnelle.
- 612 – La faculté d'octroyer à une (ou aux deux) partie(s) le droit de se départir du contrat.
- 613 – La possibilité de mettre le créancier en demeure.

d) Sanction et règles d'interprétation

- 614 Vu les effets qu'elle déploie et les conséquences qui en découlent pour le créancier, la clause de péremption au sens étroit n'est donc admissible que lorsque l'abrègement du délai de prescription est licite. Si elle est stipulée relativement à un délai qui n'est pas susceptible d'être abrégé (voir la liste N 840-899), elle contrevient au droit impératif.
- 615 Toutefois, avant de déclarer la nullité d'une clause qui semble être une clause de péremption au sens étroit du terme non admissible, un juge appelé à se prononcer à son sujet devra interpréter la convention des parties afin de déterminer son véritable contenu. Trois pistes d'interprétation peuvent permettre au juge de favoriser la validité de la clause.

- 616 Pour la première, il est possible de s'inspirer, comme SPIRO le préconise⁷³⁹, de la solution adoptée par le législateur allemand au § 354 BGB (ancien § 360) pour les clauses de péremption (« *Verwirkungsklauseln* ») dans les contrats de consommation. Il dispose que si les parties concluent un contrat avec la réserve que le débiteur perdra tous ses droits découlant du contrat s'il n'exécute pas ses obligations, le créancier a dans ce cas le droit de se départir du contrat. Cet article est considéré comme une règle d'interprétation et non comme une norme impérative. Son but est de protéger les deux parties; grâce à elle, le débiteur qui n'exécute pas ses obligations totalement ne voit pas ses prestations déjà exécutées purement et simplement perdues et le créancier peut choisir s'il veut se départir du contrat ou alors réclamer la prestation et/ou éventuellement des dommages-intérêts⁷⁴⁰. Certes, cet article ne concerne pas exactement les clauses de péremption au sens où nous l'entendons, mais son contenu est malgré tout intéressant. En effet, les deux types de clauses sont apparentées de par leurs effets. Le principe énoncé par le § 354 BGB nous semble profondément juste. Lorsqu'une clause a des conséquences qui paraissent trop inéquitables en raison d'une atteinte aux droits d'une des parties, il faut considérer qu'elle donne à la partie à laquelle elle profite le droit de se départir du contrat et non de s'approprier en quelque sorte la prestation de l'autre partie sans contrepartie (sur une problématique apparentée, voir aussi les articles 160 alinéa 3 et 162 CO). Cette règle permet en particulier d'éviter des résultats choquants pour le créancier qui a déjà exécuté sa prestation (voir par exemple N 587 pour la clause de péremption au sens large).
- 617 Une autre possibilité est d'interpréter la clause de péremption comme délai fatal s'appliquant à tout un rapport d'obligations et non seulement à la créance de cette partie⁷⁴¹.
- 618 La troisième possibilité est d'examiner si la clause consiste en fait en la stipulation d'une obligation conditionnelle, auquel cas elle doit être liée à un événement futur et incertain.
- 619 Si aucune de ces interprétations n'est possible, la clause doit alors être considérée comme nulle et c'est la seule prescription qui reprend ses droits. Sauf cas exceptionnel, il n'y a pas lieu d'admettre que la nullité frappera l'ensemble du contrat, car il est peu probable que les parties n'auraient pas conclu le contrat en l'absence de la clause. Conformément à l'article 20 alinéa 2 CO, la clause de péremption au sens étroit du terme est seule frappée de nullité.

C. L'admissibilité de la clause de péremption au sens large

a) Règle applicable et doctrine

- 620 La clause de péremption au sens large (N 555) présente une différence importante avec celle comprise au sens étroit: les démarches qu'elle exige du créancier ne correspondent pas à celle(s) que la loi met à la disposition du créancier pour sauvegarder le délai de prescription. Le créancier doit simplement faire valoir son droit auprès du débiteur dans un certain délai et selon certaines modalités prévues à l'avance.
- 621 Comme pour la clause de péremption au sens étroit du terme (N 589), aucune disposition légale ne règle expressément son admissibilité. La jurisprudence ne semble pas s'être occupée spécifiquement de cette question. Un des courts exemples que nous avons donné (N 587)

⁷³⁹ SPIRO II, p. 1007.

⁷⁴⁰ Pour l'interprétation et la portée du § 354 BGB, voir DAGMAR KAISER, in J. VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 328-359, Sellier – de Gruyter Berlin 2004, § 354 BGB N 1-10.

⁷⁴¹ Voir aussi SPIRO II, pp. 1007-1008.

montre cependant de manière suffisamment explicite que la clause de péremption au sens large peut conduire à des résultats choquants⁷⁴².

622 La doctrine qui se prononce à ce sujet admet par exemple la clause stipulant que le créancier ne pourra plus faire valoir son droit s'il omet d'entreprendre une démarche déterminée, par exemple un avis écrit adressé au débiteur, dans un délai fixé d'avance⁷⁴³. SPIRO est du même avis mais seulement si le délai dans lequel le créancier doit faire valoir son droit à la prestation auprès du débiteur est raisonnable et si la clause ne concerne pas des créances liées à des rapports privilégiés qui sont largement soustraits à la liberté des parties (obligations du droit de la famille ou des successions par exemple)⁷⁴⁴. VON TUHR assimile une telle clause à une condition résolutoire (potestative) ou à un « *Endtermin* » (délai fatal) licite⁷⁴⁵. Quant à ROSSEL, il admet des conditions ayant une certaine analogie avec une modification conventionnelle des délais de prescription⁷⁴⁶.

b) Synthèse

623 Plusieurs règles peuvent avoir vocation à s'appliquer à la clause de péremption au sens large:

- 624 – L'article 19 alinéa 1 CO consacrant la liberté contractuelle de manière générale, qui englobe également celle des parties de régler les « modalités d'usage » de la créance ou de stipuler un délai fatal.
- 625 – Les règles sur les obligations conditionnelles.
- 626 – Les règles sur la prescription, en particulier celles qui concernent la modification et l'abrégement des délais.

627 Vu le peu de recherches qui ont été faites jusqu'ici sur ce genre de clauses en droit suisse, il nous paraît indispensable de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de proposer une solution. Il est délicat d'appréhender dans un cadre théorique toutes les clauses pouvant avoir pour effet de régler les modalités temporelles de l'exécution des créances.

628 Nous pouvons néanmoins donner quelques pistes de réflexion. Nous rejetons l'application des règles sur les obligations conditionnelles, car la clause de péremption au sens large consiste en une limitation de l'efficacité de la créance dans le temps par un terme ou un délai (« *Zeitbestimmung* ») et non en une condition (voir N 561). Elle n'a pas de lien direct avec les règles sur la prescription (N 620) qui sont inapplicables. La clause de péremption au sens large est donc licite selon l'article 19 alinéa 1 CO.

629 Toutefois, il n'est pas à exclure qu'une telle clause doive être considérée comme suspecte au regard des règles sur la prescription, lorsqu'il s'agit d'un délai de prescription ne pouvant pas être abrégé (pour la liste des délais susceptibles d'abrégement, voir N 900-907; pour la clause de péremption au sens étroit, voir N 603). Le juge doit essayer d'établir la réelle et commune intention des parties ainsi que le but de la clause. Celle-ci est problématique aux conditions suivantes:

- 630 – Les critères de la clause de péremption que nous avons posés (N 577-581) sont remplis.

⁷⁴² Pour une problématique apparentée, voir ATF 72 II 405, 414-419.

⁷⁴³ DÄPPEN, BSK, OR 129 N 5; ENGEL, PG, p. 809; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3568; GRÄMIGER, p. 53; GUHL/KOLLER, § 39 N 15; WYSS, thèse, p. 24 note de bas de page 95.

⁷⁴⁴ SPIRO II, pp. 1016-1019.

⁷⁴⁵ VON TUHR/ESCHER, pp. 217 et 270. Pour plus de détails, voir aussi VON TUHR, BGB, pp. 331-332.

⁷⁴⁶ ROSSEL, p. 192.

- 631 – La prestation n'est pas de nature à devoir être exécutée à un moment précis ou pendant une durée précise.
- 632 – Aucun obstacle ne s'oppose objectivement à ce qu'elle soit exécutée même après une longue période.
- 633 Ce ne sont que les critères de base. Le juge appelé à se prononcer peut naturellement aussi se servir de critères supplémentaires pour analyser la clause, notamment la nature du contrat, la qualité des parties, la manière dont la convention a été passée (sur l'utilisation de conditions générales, voir N 921).
- 634 Si le juge parvient à la conclusion que la clause répond aux critères posés et qu'elle a manifestement pour but d'éluder les règles sur la prescription, il doit procéder à un examen rigoureux. Pour « sauver » la clause, il peut s'aider des pistes d'interprétation que nous avons posées pour la clause de péremption au sens étroit, à savoir considérer que la clause consacre le droit d'une des parties de se départir du contrat, qu'elle instaure un délai fatal pour tout le rapport d'obligations ou alors qu'elle stipule une obligation conditionnelle (N 616-618).
- 635 Si aucune de ces pistes d'interprétation ne semble convenir, la clause doit être sanctionnée. Plusieurs solutions sont envisageables. Nous nous devons d'être prudent pour les raisons que nous avons déjà mentionnées (N 627). Une pratique pragmatique peut nécessiter des aménagements en fonction des circonstances. Le juge pourra tout d'abord tempérer la rigueur de la clause, par exemple en admettant une forme de restitution (N 608). Pour les délais déraisonnablement courts et constituant une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier, il pourra considérer la clause comme nulle et appliquer le délai de prescription prévu par la loi. Sur ce point, nous rejoignons en quelque sorte l'opinion de SPIRO (N 622).

c) *Cas d'application*

- 636 Pour illustrer cette problématique, nous souhaitons donner quelques exemples pratiques de clauses qui pourraient être admises ou au contraire prohibées, afin de compléter les exemples théoriques mentionnés précédemment (N 582-588).
- 637 *Exemple 1: un supporter achète le 10.08.2005 un billet d'entrée pour une rencontre sportive qui aura lieu le 21.08.2005. Sur le billet, il est mentionné que s'il n'est pas utilisé, il n'est ni remboursable ni valable pour une rencontre sportive ultérieure.*
- 638 Dans un tel cas, il est évident que la prestation de l'organisateur de la rencontre sportive doit être exécutée à un moment précis (N 631). Il est clair que sa prestation sera fournie, que le supporter vienne assister à la rencontre ou non. La clause n'est donc pas suspecte et elle ne porte aucun préjudice à la prescription de la créance en dommages-intérêts que pourrait éventuellement faire valoir le supporter si l'organisateur n'exécutait pas sa prestation. La clause en question introduit bien une forme de péremption, mais cette dernière n'est pas liée à l'écoulement d'un délai et ne peut donc pas être considérée comme suspecte.
- 639 *Exemple 2: un skieur achète un abonnement de saison pour des remontées mécaniques. L'abonnement est valable du 15.11.2005 au 31.03.2006. Dans les clauses contractuelles figurant sur l'abonnement, il est précisé que si les prestations ne sont pas utilisées, aucun remboursement n'est dû. Il est en outre stipulé qu'aucune indemnité n'est due si les remontées mécaniques ne peuvent fonctionner en raison du manque de neige ou du mauvais temps.*
- 640 Dans ce deuxième exemple, la durée de validité de l'abonnement définit la durée de l'engagement (« Bindung ») de la société de remontées mécaniques (et du titulaire de l'abonnement). La clause fixe une durée pendant laquelle la créance est efficace, mais il s'agit d'une prestation qui ne doit être exécutée que pendant une durée précise (N 631). Elle instaure bel et bien une forme de péremption (perte des droits non utilisés), mais non liée à

l'écoulement d'un délai. La clause qui répartit le risque en cas d'impossibilité est tout à fait licite selon l'article 119 alinéa 3 CO.

641 *Exemple 3: le 25.12.2005, une personne reçoit d'un ami un bon d'un montant de 100 francs à faire valoir dans une librairie. Le bon est daté du 20.12.2005 et stipule qu'il est valable pendant une durée de 12 mois et qu'il ne sera plus accepté à l'échéance de ce délai.*

642 Dans cet exemple très fréquent dans la pratique, il y a stipulation d'une obligation pour autrui *causa donandi* selon l'article 112 CO, dont le bénéficiaire peut réclamer personnellement l'exécution. D'un point de vue de la prescription et à défaut de règle spéciale, la stipulation pour autrui est soumise au délai ordinaire de l'article 127 CO, à savoir dix ans⁷⁴⁷. Dans un tel cas, la prestation est immédiatement exigible⁷⁴⁸ et se prescrit donc le 20.12.2015. DÄPPEN est d'avis que la clause de durée de validité d'un bon n'est soumise à la prescription que si elle dépasse la durée de dix ans et que les règles sur la prescription sont inapplicables si elle est d'une durée inférieure⁷⁴⁹. Cette opinion est en principe exacte (N 620 et 628), mais, dans l'exemple susmentionné, la clause concernant la durée de validité du bon apparaît comme suspecte (N 577-581 et 631). En effet, elle permet à l'entreprise qui exploite la librairie de refuser d'exécuter sa prestation (remettre des marchandises à contre-valeur de 100 francs) alors que rien n'empêcherait objectivement que la prestation soit exécutée même après une longue période. Un juge appelé à se prononcer pourra dès lors envisager que la clause consiste, au-delà de sa formulation malheureuse, en l'octroi à l'entreprise qui exploite la librairie du droit de se départir du contrat. Cette entreprise pourra refuser d'exécuter sa prestation mais sera tenue de restituer ce qu'elle-même a perçu, la déduction d'un montant pour les frais engendrés étant réservée. Comprendre la clause comme véritable clause de péremption au sens large conduirait à notre avis à affirmer sa nullité, car elle aurait manifestement pour but d'éluder les règles sur la prescription. Le délai d'un an est déraisonnablement court par rapport au délai légal de dix ans (N 622 et 635). Dans un tel cas, il est vrai qu'il n'existe guère d'autre possibilité d'inciter le bénéficiaire à faire valoir son droit rapidement, les moyens que nous avons proposés étant sans pertinence (N 610-613). Il serait cependant envisageable d'introduire une clause plus « douce », qui permettrait par exemple à l'entreprise qui exploite la librairie de diminuer sa contre-prestation si le créancier ne fait pas valoir son bon dans un certain délai. Il n'y aurait alors plus de perte totale de la créance (N 580).

643 *Exemple 4: un opérateur de téléphonie mobile met à disposition de ses clients ses services sans taxe d'abonnement, moyennant paiement d'une taxe de mise en service (carte à puce déterminant le numéro d'appel) et paiement à l'avance d'un crédit de conversation (rechargeable par la suite). Dans ses conditions générales, l'opérateur précise que si le raccordement n'a pas été utilisé pendant 12 mois, la carte à puce sera invalidée, son crédit échu et le numéro d'appel reviendra à l'opérateur sans dédommagement.*

644 Nous avons même vu des conditions générales dans lesquelles le délai pour l'invalidation de la carte à puce était ramené à trois mois. Il convient premièrement de relever que les relations contractuelles entre un opérateur de téléphonie mobile, quel qu'il soit⁷⁵⁰, et sa clientèle sont régies par le droit privé. A défaut de règle spéciale en la matière, la prescription pour les créances réciproques est donc de dix ans, à savoir celle de l'article 127 CO. La clause des conditions générales considérées ne pose à notre avis aucun problème dans la mesure où elle prévoit que le raccordement sera mis hors service (la carte à puce invalidée) en cas de non

⁷⁴⁷ Du même avis: VINCENT BRULHART, in PJA 2002, p. 584, en particulier pp. 586-587 (commentaire de l'ATF 5C.43/2001).

⁷⁴⁸ DÄPPEN, Bak, OR 130 N 7g.

⁷⁴⁹ DÄPPEN, Bak, OR 130 N 7g.

⁷⁵⁰ Art. 18 al. 1 de la Loi fédérale du 30.04.1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (RS 784.11).

utilisation pendant un certain délai. En effet, il est tout à fait possible d'interpréter la clause comme touchant tout le rapport d'obligations (N 617): le client perd son droit à utiliser le raccordement dont il a payé la mise en service, mais l'opérateur perd également son droit à prélever des taxes de conversation. De ce point de vue, la clause ne présente aucun problème. Plus délicate est la partie de la clause qui affirme que la fin des rapports contractuels entraîne également la perte du crédit restant déjà payé par le client. En effet, par cette précision, la clause vise non seulement le rapport d'obligations, mais une créance particulière du client. Elle oblige le client à faire valoir son droit à la prestation dans un délai de 12 mois dès la dernière utilisation, faute de quoi sa créance sera perdue. La clause entraîne donc une double modification du système légal: premièrement, cette créance se prescrirait par dix ans; deuxièmement, le point du départ du délai serait son exigibilité (à savoir le moment où le crédit de conversation a été payé). Selon les critères que nous avons posés (N 577-581 et 631), il s'agit bien d'une clause suspecte, doublée d'une clause sur le point de départ du délai; cette dernière n'est pas admissible sous cette forme (N 662). Etant donné qu'il ne serait pas possible de considérer la clause comme le droit de se départir du rapport d'obligations (ce dernier n'existant déjà plus en raison du délai fatal stipulé), le juge pourrait à notre avis tempérer la rigueur de la clause en admettant par exemple une forme de restitution (N 635) ou considérer la nullité de la clause et admettre une action tendant au remboursement de la créance introduite dans le délai de prescription. Dans le cas d'espèce, les délais de 12 mois voire de trois mois sont déraisonnablement courts par rapport au délai de prescription prévu par la loi (dix ans). Il est difficile d'imaginer une clause plus « douce » de remplacement. Au demeurant, la clause telle qu'envisagée est de toute manière problématique si elle est stipulée dans des conditions générales (N 921).

D. La clause de péremption en droit du contrat d'assurance

a) *En général*

645 La gestion des affaires des assurances privées ne peut que très difficilement s'accommoder de longs délais de prescription⁷⁵¹. Lors de l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations en 1883 et de ses délais relativement longs pour cette branche d'activité, la pratique a dû trouver des solutions pour échapper aux conséquences fâcheuses qui en découlaient. Elle a donc cherché à limiter dans le temps les prétentions des assurés à l'encontre des assureurs. Une grande controverse, qui n'a plus que valeur historique et que nous renonçons à développer, a alors surgi quant à savoir si les clauses imposant une telle limitation le faisaient au moyen d'un délai fatal (N 39-46) ou d'une clause de péremption (N 296-307 et 554-588). Il nous est aujourd'hui possible d'affirmer qu'il s'agissait bien de clauses de péremption⁷⁵².

646 Sans véritablement trancher la controverse, le Tribunal fédéral avait jugé, dans plusieurs arrêts rendus sur cette question, que les clauses de limitation dans le temps des prétentions des assurés étaient licites. Il a ainsi consacré l'inapplicabilité de l'article 148 CFO à de telles clauses⁷⁵³. La pratique judiciaire a cependant parfois interprété en défaveur des assurances des clauses de péremption désignées sous le titre de prescription ou se bornant à exiger que l'assuré fasse valoir ses droits et a admis une interruption selon les modalités prévues par le Code fédéral des obligations⁷⁵⁴. Relevons ici que, malgré la jurisprudence favorable aux clau-

⁷⁵¹ THALMANN, pp. 26-29.

⁷⁵² Pour une juste analyse sur la controverse, voir THALMANN, pp. 35-47; voir aussi KUNZ, pp. 168-169.

⁷⁵³ ATF 12 598, 604-605; ATF 16 783, 791; ATF 21 851, 862; ATF 22 599, 601-602; ATF 25 II 416, 427-428; SJ 1901 p. 562, 568-569 (TF). Voir aussi l'arrêt du Tribunal civil de Bâle-Ville de 1889, R 8 n°69 pp. 115-116.

⁷⁵⁴ RJB 33 p. 58 (Cour d'appel bernoise); ATF 32 II 649, 657.

ses de péremption qui lui était connue, la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a adopté une position contraire dans un jugement de 1906⁷⁵⁵. L'argumentation de ce jugement était courageuse et nous nous permettons d'en rendre un court extrait:

647 « *Es kann also die absolute Geltung des Artikels 148 OR nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass man statt Verjährungsfrist den Ausdruck Klagebefristung braucht und damit den Anschein erweckt, es handle sich um etwas anderes, während es in Wahrheit nur ein Versuch ist, durch vertragliche Festsetzung von Klageverwirkungsfristen den Artikel 148 OR zu umgehen. (...) Dieser Paragraph (= la clause en question) kann auch nicht darum geschützt werden, weil es im Interesse des Geschäftsverkehrs der Versicherungsgesellschaften liegt, ihre Schadenersatzverpflichtungen möglichst rasch feststellen und liquidieren zu können; denn dieses Interesse hat jeder andere Geschäftsinhaber auch, und wollte man es auf Kosten des Artikels 148 als massgebend betrachten, so müsste man es allgemein für jedermann in dieser Richtung wirksam werden lassen, womit der Artikel 148 faktisch aufgehoben wäre. »*

648 Appelé à se prononcer sur cette affaire, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte⁷⁵⁶. Nous constatons que ces considérations concordent partiellement avec les arguments qui parlent contre l'admissibilité des clauses de péremption de manière générale (N 596-601).

649 Pour ce qui touche au contrat d'assurance, le législateur a tranché la question et introduit une règle expresse quant à la problématique de la nature du délai. Alors que l'article 46 alinéa 1 LCA fixe, pour toutes les prétentions découlant d'un contrat d'assurance⁷⁵⁷, le délai de prescription à deux ans, l'alinéa 2 de cette même disposition déclare nulle, en ce qui a trait à la prétention contre l'assureur, toute stipulation d'une prescription plus courte ou d'un délai de déchéance plus bref (et non d'un délai fatal comme semble le préciser la note marginale de la version allemande, « *Befristung* »⁷⁵⁸).

650 Il ressort *a contrario* de cette disposition que la stipulation d'un délai de péremption qui ne peut être sauvegardé que par une action en justice (clause de péremption au sens étroit du terme, N 554) est licite⁷⁵⁹. Dans la pratique, ce sont surtout les assureurs qui imposent une telle clause aux assurés en ce qui concerne les prestations d'assurance et non les primes. Notons ici qu'une clause de péremption au sens large du terme (N 555) n'aurait aucune utilité, vu le point de départ spécial du délai de prescription (N 111) et l'incombance du preneur d'assurance d'aviser sans délai l'assureur en cas de sinistre (N 570).

651 Le législateur et la jurisprudence ont prévu certains garde-fous pour éviter que le délai de déchéance conventionnel n'entraîne des conséquences trop sévères pour l'assuré:

652 — Le délai de déchéance concernant les prétentions contre l'assureur ne doit pas être inférieur à deux ans.

653 — En cas d'empêchement non fautif, l'acte retardé peut encore être accompli aussitôt l'empêchement disparu (article 45 alinéa 3 LCA)⁷⁶⁰; en particulier, on ne saurait exiger de bonne foi de l'assuré qu'il introduise action lorsque des pourparlers contractuels sont en cours⁷⁶¹.

⁷⁵⁵ RSJ 2 p. 261, 262.

⁷⁵⁶ ATF 32 II 649, 656 (aussi cité en note de bas de page 754).

⁷⁵⁷ Critique: SPIRO I, pp. 801-803.

⁷⁵⁸ Voir KUNZ, pp. 168-169 note de bas de page 7.

⁷⁵⁹ ATF 74 II 97, 99; SJ 1999 p. 430, 431 (Cour de justice civile genevoise); SJ 2001 p. 14 (TF).

⁷⁶⁰ ATF 74 II 97, 100-106; voir aussi déjà RBA I n°127 (ATF du 26.06.1896); CARRON, n°366; VIRET, pp. 137 et 144-145.

⁷⁶¹ RBA V n°214 (TF) et n°216 (Tribunal de commerce de Zurich).

- 654 La durée minimale de deux ans pour la clause de péremption n'appartient pas à l'ordre public positif suisse et le juge peut sans autre admettre une clause de durée inférieure si elle est tolérée par le droit étranger applicable. En revanche, la possibilité d'accomplir un acte retardé selon l'article 45 alinéa 3 LCA doit toujours être admise, quel que soit le droit applicable⁷⁶².
- 655 La question se pose naturellement de savoir quelle sanction il y aurait lieu d'appliquer si un délai de péremption inférieur à deux ans devait être convenu sous l'empire du droit suisse. La doctrine penche plutôt pour la nullité complète de la clause et non seulement sa correction à la durée minimale autorisée⁷⁶³. Cette opinion nous semble conforme à la lettre de la loi (« Est nulle, ..., toute stipulation », article 46 alinéa 2 LCA) et doit être approuvée.
- 656 Nous précisons qu'une procédure de révision totale de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance est en cours. A ce stade, seul un avant-projet de la commission d'experts a été publié, ainsi qu'un rapport explicatif (voir aussi N 816). L'avant-projet ne prévoit plus la possibilité de stipuler une clause de péremption⁷⁶⁴, sans que le rapport de la commission ne donne d'explications à ce sujet⁷⁶⁵.

b) Pour les assurances-transport

- 657 Dans un arrêt de 1922, le Tribunal fédéral a jugé que la limite fixée par la loi pour la durée minimale du délai de déchéance n'est pas applicable aux assurances-transport en vertu de l'article 98 alinéa 2 LCA⁷⁶⁶ et réfuté l'avis du rédacteur de la loi selon lequel l'article 46 LCA est en fait une disposition absolument impérative selon l'article 97 LCA⁷⁶⁷. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé l'arrêt attaqué du Tribunal de commerce de Zurich⁷⁶⁸. Dans un arrêt de 1921, la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville était parvenue à un résultat similaire, qualifiant toutefois par erreur une clause de péremption comme clause réduisant le délai de prescription⁷⁶⁹. Cette liberté s'explique par le caractère international du marché des assurances-transport et par le fait qu'il n'y a pas de déséquilibre entre les parties, en général des commerçants, et donc pas de besoin de protection spécifique⁷⁷⁰.
- 658 Dans l'arrêt cité de 1922, le Tribunal fédéral a cependant relevé les difficultés que pose la pleine autonomie des parties dans cette matière, en particulier quant à la durée minimale admissible d'une clause de péremption. Il a toléré dans le cas particulier une clause d'une année. A notre avis, cette durée minimale doit être fixée selon les mêmes principes qui régissent les délais de prescription qui peuvent être abrégés (voir N 733, 761-766 et 770). Il n'est pas possible de la définir de manière abstraite. Elle doit être fixée selon le but et l'importance de l'affaire. Elle variera entre trois et six mois selon les cas.
- 659 Le Tribunal fédéral a admis, selon le principe généralement valable (N 302), qu'un délai de prescription court toujours en plus du délai de péremption⁷⁷¹. Il a néanmoins laissé ouverte la

⁷⁶² RBA V n°209 et 212 (deux arrêts du Tribunal civil de Bâle-Ville).

⁷⁶³ GRABER, BSK, VVG 46 N 41; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 37.

⁷⁶⁴ EXPERTENKOMMISSION TOTALREVISION VVG, Vorentwurf VVG 31.07.2006, p. 18 (en allemand). Une traduction non officielle réalisée par OLIVIER CARRÉ et LAURENT CONTAT est disponible in REAS 2007, pp. 289-304.

⁷⁶⁵ Gesamtrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Erläuternder Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf 31.07.2006, p. 54 (en allemand).

⁷⁶⁶ ATF 48 II 284, 286-288.

⁷⁶⁷ ROELLI (1^{re} édition), p. 560.

⁷⁶⁸ ZR 21 Nr. 143 p. 353.

⁷⁶⁹ BS APPH IV 1921-1925 p. 16.

⁷⁷⁰ BENZ, BSK, VVG 46 N 49.

⁷⁷¹ ATF 50 II 537, 543-544. Voir aussi ZR 106 Nr. 29 p. 141, 142 (Tribunal de commerce de Zurich).

question de savoir quel était le délai de prescription qui s'appliquait en plus de la clause de péremption⁷⁷². Si les parties ne font que stipuler une clause de péremption sans toucher également à la prescription comme elles en ont la possibilité (N 819), le délai supplétif est de deux ans⁷⁷³. En effet, selon l'article 98 alinéa 2 LCA, les dispositions mentionnées à l'article 98 alinéa 1 LCA ne sont pas impératives pour les assurances-transport, ce qui ne signifie pas qu'elles ne sont pas applicables.

660 La jurisprudence admettant la pleine liberté en matière d'assurances-transport n'a plus été modifiée par la suite et les tribunaux l'ont appliquée à diverses reprises⁷⁷⁴. Le Tribunal cantonal fribourgeois l'a également appliquée à l'assurance « bagages et accidents de voyage » en ce qui concerne les bagages⁷⁷⁵. Dans la pratique, il est largement fait usage de la possibilité de convenir d'une clause de péremption.

Section 3 Le point de départ du délai

A. En général

a) Principe

661 C'est la loi qui détermine le point de départ du délai de prescription (*dies a quo*), moyennant certaines précisions apportées par la jurisprudence (N 98-113).

662 De manière générale, les parties ne peuvent pas modifier le fait auquel la loi rattache le point de départ du délai⁷⁷⁶. Une convention qui aurait pour objet de lier également le délai de prescription relatif (N 117) à la survenance du fait dommageable (par exemple entre une clinique et un patient concernant l'utilisation de rayons ionisants) serait sans effet. De même, les parties à un contrat d'entreprise ne peuvent pas convenir que la prescription du prix de l'ouvrage courra non dès son exigibilité mais dès qu'il est exécutable.

b) Point de départ fixé dès l'exigibilité selon la règle générale

663 En revanche, lorsque la règle générale de l'article 130 alinéa 1 CO s'applique et que la prescription court ainsi dès l'exigibilité, les parties peuvent modifier le point du départ du délai en déterminant par convention le moment de l'exigibilité de la créance⁷⁷⁷. En effet, l'article 75 CO et les autres dispositions légales du CO concernant l'exigibilité (N 99) sont de droit dispositif.

664 La question se pose de savoir si des limites temporelles, en particulier le délai maximal de dix ans de l'article 127 CO généralement admis (voir N 744 et 757), sont posées à cette liberté des parties. Leur est-il permis de prévoir que le créancier pourra faire valoir sa prétention après un très long laps de temps ? Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte, en précisant qu'elle devait être examinée en particulier si la loi ne prévoit pas expressément une telle possibilité comme elle le fait à l'article 216a CO concernant les droits de préemption et de

⁷⁷² RBA V n°214 (TF); ATF 50 II 537, 544.

⁷⁷³ Implicitement du même avis: SPIRO I, p. 865 note de bas de page 5.

⁷⁷⁴ Voir par exemple RBA V n°212 (Tribunal civil de Bâle-Ville), n°214 (TF), n°216 (Tribunal de commerce de Zurich) et n°217 (Tribunal de commerce de Saint-Gall, avec deux délais distincts pour le transport en mer ou sur terre); RBA VI n°185 (Tribunal civil de Bâle-Ville); RVJ 74 p. 46 (Tribunal cantonal valaisan).

⁷⁷⁵ EPA 1973 p. 29.

⁷⁷⁶ SPIRO I, p. 848. *Contra*: TERCIER, PG, N 1447.

⁷⁷⁷ KOLLER, RSJ 103, pp. 195-196.

rémeré pouvant être conclus pour une durée de 25 ans⁷⁷⁸. DÄPPEN distingue la clause qui permet au créancier de réclamer la prestation dès la conclusion du contrat pendant toute la durée (supérieure à dix ans) convenue au moment fixé selon son bon vouloir (« *zu einem beliebigen Zeitpunkt* ») de la clause qui ne permet au créancier de faire valoir sa prestation qu'à partir d'un moment déterminé (« *ab einem bestimmten Zeitpunkt* ») bien après (plus de dix ans) la conclusion du contrat. Il considère que l'exigibilité est donnée dès la conclusion du contrat dans la première clause, ce qui n'est pas le cas selon la deuxième. Partant, il en déduit que la première clause n'est pas licite car contrevenant à l'article 129 CO (prolongation excessive du délai de prescription), tandis que la deuxième consiste en un report licite de l'exigibilité⁷⁷⁹. BERTI considère, quant à lui, que les deux types de clauses sont licites, en ne limitant la liberté des parties que par l'interdiction des engagements excessifs selon l'article 27 CC⁷⁸⁰.

665 A notre avis, les deux cas de figure mentionnés par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité (droit de préemption ou de rémeré) à titre de comparaison ne sont pas pertinents. S'agissant du pacte de rémeré, il est de par la loi limité à dix ans et la question est donc sans intérêt. Pour ce qui est du pacte de préemption, il ne donne en lui-même aucune créance aux parties. Il faut qu'un cas de préemption se réalise pour que ce soit le cas. La durée convenue du pacte est un délai fatal et non une clause qui intéresse la prescription (voir N 39-46); en effet, c'est l'engagement (« *Bindung* ») des parties qui est limité dans le temps et non les créances particulières. Si le cas de préemption se réalise, les créances découlant du pacte se prescrivent indépendamment du délai fatal.

666 L'analyse de DÄPPEN est parfaitement correcte quant à la clause qui permettrait au créancier de faire valoir sa créance seulement à partir d'un moment déterminé bien après la conclusion du contrat. Il s'agit là d'un report licite de l'exigibilité, pleinement valable dans la limite mentionnée par BERTI, à savoir celle de l'article 27 CC, qui s'applique seulement aux rapports d'obligations et non aux créances individuelles (N 760).

667 Quant à la clause qui précise que le créancier peut réclamer la prestation dès la conclusion du contrat pendant toute la durée (supérieure à dix ans) convenue au moment fixé selon son bon vouloir, une approche nuancée se justifie. Il est des cas dans lesquels une telle clause ne consiste naturellement pas en un report de l'exigibilité et elle contrevient effectivement à l'article 129 CO.

668 *Exemple: dans le contrat d'édition d'un ouvrage, il est convenu qu'en plus d'un nombre fixe d'exemplaires gratuits auxquels il a droit, l'auteur peut, dans les limites du stock disponible et pendant une durée n'excédant pas 15 ans dès la parution de l'ouvrage, commander à une seule reprise 100 exemplaires supplémentaires de l'ouvrage à un prix réduit fixé à l'avance. Dans un tel cas, l'auteur est en fait au bénéfice d'un droit d'option⁷⁸¹ (« Optionsrecht »), dont l'exigibilité est donnée dès que l'exercice est possible⁷⁸².*

669 Il faut toutefois bien voir qu'une telle clause peut également consister en un délai fatal touchant en fait un rapport d'obligations non soumis à la prescription, ceci indépendamment de la terminologie utilisée par les parties. Cela vaut en particulier pour les contrats de durée qui ne sont pas forcément périodiques. Le juge devra donc procéder à l'interprétation de la convention pour déterminer quelle est la réelle et commune intention des parties.

670 *Exemple: un représentant s'engage à écouler sur le marché des produits d'une société, cette dernière s'engageant à lui fournir lesdits produits sur simple requête orale ou écrite de sa*

⁷⁷⁸ ATF 122 III 10, 19.

⁷⁷⁹ DÄPPEN, BSK, OR 130 N 7a-7d.

⁷⁸⁰ BERTI, ZK, OR 130 N 39-40.

⁷⁸¹ Voir la définition du TF dans l'ATF 122 III 10, 15.

⁷⁸² SPIRO I, pp. 62-63.

part, pendant une durée de 15 ans. Dans un tel cas, il est clair que le représentant ne s'engage pas à commander périodiquement des produits de la société, mais qu'il a le droit de le faire pendant la durée convenue. La durée de 15 ans limite en fait l'engagement (« Bindung ») des parties, mais pas une créance particulière.

- 671 De même, si les parties conviennent d'un terme ou d'un délai pour l'exigibilité, c'est l'interprétation de la convention et les règles des articles 76 à 80 CO qui permettent de déterminer le point de départ du délai de prescription. Relevons ici que si les parties prévoient un délai pour l'exécution de la prestation, cette dernière n'est en principe exigible qu'à la fin de ce délai⁷⁸³.

c) Point de départ non fixé par la règle générale

- 672 Il faut apporter une restriction à la liberté des parties lorsque la loi définit comme point de départ du délai un fait qui coïncide avec l'exigibilité mais qui n'est pas décrit comme tel. Par exemple, l'article 60 alinéa 1 CO fixe le point de départ du délai de prescription absolu (N 105) au moment de la survenance du fait dommageable. Ce moment correspond souvent à celui de l'exigibilité des prétentions en dommages-intérêts selon l'article 75 CO⁷⁸⁴. Si cette correspondance est voulue par le législateur⁷⁸⁵, il n'est pas possible d'en déduire pour les parties la possibilité de déroger à la règle fixée par la loi.
- 673 Dans les cas où la loi définit un point de départ du délai de prescription qui n'est pas identique à celui de l'article 130 alinéa 1 CO, l'impossibilité de le modifier ne porte pas préjudice à la faculté des parties de modifier le moment de l'exigibilité (voir toutefois la restriction de l'article 41 alinéa 2 LCA).

d) Sursis

- 674 Une autre possibilité que les parties ont d'influencer le point de départ du délai de prescription est de modifier le moment de son exigibilité, par la conclusion d'un sursis (« Stundungsvertrag »). Le sursis peut être défini comme un contrat par lequel les parties diffèrent l'exigibilité d'une créance, soit avant qu'elle ne soit donnée (auquel cas il est parfois désigné simplement par « Fälligkeitsabrede »), soit lorsqu'elle est déjà donnée⁷⁸⁶. Cette possibilité n'existe par définition que lorsque la règle générale de l'article 130 alinéa 1 CO s'applique. Dans les autres cas, l'exigibilité n'est pas pertinente pour le début du cours de la prescription.

B. Les règles spéciales

a) En droit du contrat de vente et du contrat d'entreprise (garantie)

- 675 Dans la vente et dans le contrat d'entreprise, les parties ont une large liberté de modifier le délai de prescription des prétentions en garantie (voir N 794-806 et 809-815). De cette liberté découle aussi la liberté de modifier le point de départ du délai de prescription en question⁷⁸⁷.

⁷⁸³ VON TUHR/ESCHER, p. 46.

⁷⁸⁴ GUHL/KOLLER, § 39 N 18; KELLER II, pp. 47-48; OFTINGER/STARK II/1, N 366 note de bas de page 527; voir aussi REY, N 1635 avec des références aux opinions divergentes.

⁷⁸⁵ KELLER II, p. 47.

⁷⁸⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2195 et 3327; KOLLER, RSJ 103, p. 196; SCHWENZER, N 84.13; VON TUHR/ESCHER, p. 47. Pour les effets sur la prescription, voir ADDORISIO DE FEO, thèse, N 788-790.

⁷⁸⁷ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2486; GIGER, BK, OR 210 N 37; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 456; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 101; TSCHÜTSCHER, Verjährung, p. 253.

Le Tribunal fédéral a expressément admis cette possibilité pour le contrat d'entreprise⁷⁸⁸. Cela peut être le cas par exemple selon l'article 180 alinéa 1 de la norme SIA 118⁷⁸⁹.

- 676 La clause qui modifie le point de départ du délai doit bien entendu être interprétée selon le principe de la confiance. Une telle clause ne résulte d'ailleurs pas obligatoirement de la modification du délai de prescription⁷⁹⁰. Certaines limites sont posées à la liberté des parties. A notre avis, le point de départ du délai ne peut pas être rapproché au point qu'il en résulterait une modification conventionnelle inadmissible du délai de prescription. L'effet de la clause ne peut en aucun cas consister en une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier (voir N 733, 761 et 801). A l'autre extrême, le point de départ ne peut pas être repoussé de manière à ce que la prescription arrive à échéance postérieurement à la durée de dix ans à compter du point de départ prévu par la loi (livraison ou réception de la chose), ceci conformément à ce qui a été exposé pour le droit allemand (N 336) et en application des règles concernant la prolongation des délais de prescription (voir N 757 et 817)⁷⁹¹.
- 677 En cas d'abrégement excessif du fait d'un point de départ trop rapproché, c'est le point de départ supplétif prévu par la loi qui aurait vocation à s'appliquer (voir N 770). En cas de prolongation excessive en raison d'un point de départ repoussé, la prescription devrait être ramenée au maximum autorisé (N 771).

b) En droit du contrat d'assurance

- 678 En ce qui concerne le contrat d'assurance, il peut être indiqué pour les parties de vouloir éviter les inconvénients que peut engendrer le rattachement du point de départ du délai au fait d'où naît l'obligation (voir N 111) pour ce qui est des prétentions contre l'assureur, par exemple dans les assurances de responsabilité civile et d'abus de confiance (« *Veruntreungsver-sicherung* »)⁷⁹².
- 679 KOLLER admet que les parties repoussent le point de départ du délai, mais il écarte la possibilité qu'elles ne le rapprochent⁷⁹³. Selon une approche plus nuancée, à laquelle nous accordons notre préférence, les parties peuvent repousser le point de départ, mais également le rapprocher si le délai est en même temps prolongé de manière à ce qu'il n'arrive pas à échéance avant ce que prévoit la réglementation légale, sous peine de nullité de la clause correspondante⁷⁹⁴. Le Tribunal fédéral semble avoir eu la même opinion dans un arrêt déjà ancien, laissant toutefois la question ouverte en définitive⁷⁹⁵. Pour les assurances-transport, la modification du point de départ du délai est valable même s'il en résulte un abrégement du délai⁷⁹⁶ (N 819).
- 680 Les limites à la liberté contractuelle des parties et leurs sanctions sont les mêmes que dans la vente et le contrat d'entreprise (N 676-677), étant précisé que le point de départ fixé par l'article 46 alinéa 1 LCA fait office de référence pour le calcul de la durée maximale.

⁷⁸⁸ ATF 118 II 142, 149.

⁷⁸⁹ A ce sujet, voir GAUCH, SIA-Kommentar, Art. 180 N 5; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 468.

⁷⁹⁰ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2487-2488.

⁷⁹¹ Du même avis: GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2490.

⁷⁹² ROELLI/KELLER I, pp. 669-670 et 671.

⁷⁹³ KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 29.

⁷⁹⁴ GRABER, BSK, VVG 46 N 36; KRAUSKOPF, Verjährung, p. 129; ROELLI/KELLER I, p. 671. Implicite: MEUWLY, thèse, pp. 417-419.

⁷⁹⁵ ATF 60 II 445, 451.

⁷⁹⁶ ZR 106 Nr. 29 p. 141, 142 (Tribunal de commerce de Zurich).

- 681 D'après l'étude faite par MEUWLY, les compagnies d'assurance n'ont fait qu'un usage modéré de la possibilité de modifier le *dies a quo* dans leurs conditions générales⁷⁹⁷.
- 682 Pour ce qui est des prétentions contre le preneur d'assurance, la modification conventionnelle du délai de prescription est exclue (voir N 818). En conséquence, la modification du *dies a quo* l'est implicitement aussi.

Section 4 Les causes d'empêchement et de suspension

- 683 Comme nous l'avons exposé, le Tribunal fédéral considère que les causes d'empêchement et de suspension sont régies de manière exhaustive par le Code des obligations et les dispositions spéciales (N 145). La seule controverse qui existe à ce sujet concerne la portée de l'article 134 chiffre 6 CO (N 161-163). Il apparaît donc évident que les parties ne disposent d'aucune autonomie en cette matière. Toute convention visant à modifier, supprimer ou ajouter des causes d'empêchement ou de suspension est nulle. Le Tribunal fédéral l'a redit clairement dans sa récente jurisprudence⁷⁹⁸.
- 684 La jurisprudence⁷⁹⁹ et la doctrine⁸⁰⁰ admettent toutefois que, lorsque la prescription a déjà commencé à courir, les parties puissent en suspendre le cours par une convention de sursis. Si le sursis intervient avant que la prescription n'ait commencé à courir, il ne fait que différer le moment de l'exigibilité (N 674) et ses effets sont comparables à celui d'un empêchement si la règle générale de l'article 130 alinéa 1 CO s'applique.
- 685 Etant donné l'effet non négligeable que le sursis déploie, il est important qu'il reflète l'accord des deux parties⁸⁰¹. La prolongation de la durée de la prescription qu'il entraîne est à notre avis acceptable, car il est conclu dans l'intérêt du débiteur. La convention de sursis présente la particularité que le débiteur peut y renoncer⁸⁰², à moins que les parties n'aient expressément voulu exclure cette possibilité en déclarant la créance non exécutable, ce qui ne devrait pas constituer la règle⁸⁰³.
- 686 Le sursis constitue également un acte interruptif selon l'article 135 chiffre 1 CO (N 179). La prescription reprend donc son cours dès que le sursis tombe, comme s'il y avait eu un empêchement (N 208), sauf si le sursis ne devait pas déployer ses effets dès sa conclusion mais à compter d'une date ultérieure fixée d'un commun accord par les parties. Dans ce cas, peu probable mais pas impossible pour autant, les règles ordinaires de supputation en matière de suspension s'appliqueraient (N 149-156).
- 687 A l'inverse de ce qui vaut pour le sursis conclu avant le début du délai de prescription (N 684 et 674), le sursis convenu alors que la prescription court l'interrompt (car il s'agit d'une reconnaissance de dette, N 179) et la suspend dans tous les cas, même lorsque le début du délai de prescription n'est pas subordonné à l'exigibilité. En effet, sauf pour les points qui sont réglés spécialement, la prescription prévue par des dispositions spéciales dans le Code

⁷⁹⁷ MEUWLY, pp. 419-426.

⁷⁹⁸ ATF 132 III 226, 235. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel bernoise du 13.12.1911 (relatif à l'art. 153 CFO), RJB 48 p. 485, 490. ENGEL, PG, pp. 809-810. *Contra*: KESSLER, p. 126 (qui admet à la fois l'adjonction et la suppression).

⁷⁹⁹ ATF 89 II 26, 30; ATF 69 II 298, 301-302; ATF 65 II 232, 233.

⁸⁰⁰ BUCHER, AT, p. 463; GUHL/KOLLER, § 39 N 31; SPIRO I, pp. 38 et 150; VON TUHR/ESCHER, p. 219.

⁸⁰¹ BUCHER, AT, p. 404.

⁸⁰² SPIRO I, p. 38.

⁸⁰³ BUCHER, AT, p. 405.

des obligations ou dans d'autres lois est soumise aux règles générales du Code des obligations⁸⁰⁴. Une particularité doit être signalée en cas de double délai: le sursis touche les deux délais s'ils ont les deux commencé à courir.

688 *Exemple: un fait dommageable se produit le 14.02.2001. Le 15.03.2001, le lésé acquiert connaissance de l'auteur et de son dommage. L'auteur du dommage ne conteste pas sa responsabilité mais n'est provisoirement pas en mesure de rembourser le lésé. Le 15.05.2001, les parties signent une convention dans laquelle l'auteur du dommage reconnaît sa responsabilité quant à son principe (mais pas quant à son montant) et les parties se mettent d'accord pour accorder avec effet immédiat un sursis à l'auteur du dommage jusqu'au 15.11.2001. La prescription d'une année sera acquise le 15.11.2002 et la prescription décennale le sera le 15.11.2011.*

689 Ne constitue pas une véritable modification des causes de suspension la clause par laquelle les parties conviennent par exemple que la prescription ne courra pas tant que le vendeur ou que l'entrepreneur vérifie l'avis des défauts de l'acheteur ou du maître ou encore tant que les parties sont en pourparlers. Une telle clause est en fait une clause de prolongation du délai de prescription et n'est admissible que dans les limites prévues pour de telles modifications (voir N 804, 810 et 812)⁸⁰⁵. La prescription court aussi pendant la période en question, mais son délai est prolongé d'autant, jusqu'à la durée maximale de dix ans. Une telle clause ne pourrait en aucun cas avoir pour effet d'instaurer une véritable suspension selon la loi, à laquelle aucune limite temporelle prédéfinie n'est rattachée, car elle pourrait créer un cas de « quasi-imprescriptibilité ». A notre avis, une clause de ce genre qui tendrait à véritablement modifier la réglementation légale des causes d'empêchement ou de suspension, que ce soit pour en retrancher ou pour en ajouter, serait nulle⁸⁰⁶. En cas d'ajout d'une cause de suspension, la clause ne devrait donc pas seulement être réduite au maximum autorisé pour une prolongation conventionnelle (N 771).

Section 5 Les actes interruptifs et leurs effets

A. En général

690 Les actes interruptifs du débiteur sont regroupés sous un même état de fait par l'article 135 chiffre 1 CO, à savoir la reconnaissance de dette (voir N 166-184). Cette dernière pouvant revêtir les formes les plus diverses, il nous semble qu'il n'y a pas d'intérêt particulier à prévoir que d'autres actes du débiteur interrompent la prescription. Par ailleurs, sa propre protection exige que la loi interdise une convention qui aurait un tel contenu.

691 Pour ce qui est des actes interruptifs du créancier, nous avons déjà cité l'opinion de KOLLER, KESSLER et KRAUSKOPF/MÜLLER qui considèrent l'article 135 chiffre 2 CO comme norme dispositive (N 188); KOLLER défend ce point de vue pour l'ensemble du droit de la prescription (N 535). Rappelons que la majorité de la doctrine considère l'énumération de l'article 135 chiffre 2 CO comme exhaustive (N 186). Certains pensent toutefois, sans véritablement remettre ce principe en question, que l'on peut assimiler certains actes à ceux figurant à l'article 135 chiffre 2 CO (N 187).

⁸⁰⁴ VON TUHR/PETER, p. 438 note de bas de page 29.

⁸⁰⁵ Dans le même sens: GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2497.

⁸⁰⁶ *Contra*: KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 456; KOLLER, RSJ 103, p. 196; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 101; TSCHÜTSCHER, Verjährung, pp. 253-254.

692 Dans l'arrêt que KOLLER, KESSLER et KRAUSKOPF/MÜLLER citent à l'appui de leur thèse, le Tribunal fédéral a reconnu la validité d'une clause d'une convention de recours (« *Regressabkommen* ») dont la teneur était la suivante:

693 « *Die « Zürich » verzichtet der SUVA gegenüber im Rahmen der versicherten Leistungen für sich und namens des Regressadressaten auf die Verjährungseinrede, soweit der Regressanspruch vor Eintritt der gesetzlichen Verjährung von der SUVA dem Regressaten oder der « Zürich » schriftlich angemeldet worden ist. Dies gilt auch für alle andern Fälle, die nicht nach Abkommen zu behandeln sind*⁸⁰⁷. »

694 Il est vrai que l'acceptation d'une telle clause revient en fait à reconnaître la faculté des parties de convenir d'autres actes interruptifs du créancier. Au regard de la volonté du législateur de n'admettre comme actes interruptifs que ceux qui font appel aux moyens d'exécution forcée (N 186), cette jurisprudence ne mérite pas l'approbation. Nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de laisser aux parties le soin de déterminer ce qui interrompra ou non la prescription. L'enjeu mérite que ce soin revienne au législateur. Le critère proposé par KRAUSKOPF, à savoir de n'interdire une telle convention que lorsqu'elle est un moyen recherché par les parties pour contourner l'article 141 alinéa 1 CO⁸⁰⁸, n'est à notre avis pas pertinent, l'article 141 alinéa 1 CO n'ayant pas pour objet les actes interruptifs ni des dispositions bilatérales (voir N 713-715). Par ailleurs, l'admission de la clause susmentionnée n'est pas seulement contestable quant à son résultat, elle l'est également quant à sa justification. En effet, le Tribunal fédéral l'a examiné sous l'angle de la renonciation à la prescription et non sous l'angle de l'article 135 chiffre 2 CO, ce qui serait en soi la démarche appropriée. Nous considérons simplement qu'il n'en a pas tiré la conclusion qui s'impose (voir N 1109-1116).

695 Les parties ne peuvent donc pas ajouter et retrancher des actes interruptifs⁸⁰⁹. Elles ne peuvent pas davantage déterminer que les effets des actes interruptifs différeront de ceux prévus par la loi. Signalons ici l'opinion divergente de BÉGUELIN. Il estime que des dispositions facilitant l'interruption par le créancier ne sont pas licites, mais admet des clauses qui privilégient le débiteur, par exemple une clause selon laquelle une citation en conciliation n'interrompt pas la prescription⁸¹⁰.

B. En droit du contrat de vente et du contrat d'entreprise (garantie)

696 La doctrine admet que les parties conviennent d'autres causes d'interruption dans le domaine des prétentions en garantie, dans les limites admissibles d'une prolongation conventionnelle des délais (voir N 804, 810 et 812), par exemple en convenant que l'avis des défauts interrompra la prescription⁸¹¹. Dans un tel cas, il ne s'agit pas à proprement parler d'une autre cause d'interruption qui aurait une validité générale comme celles prévues par la loi. En effet, l'avis des défauts ne peut et ne doit être donné qu'une seule fois. Un avis des défauts subséquent ne saurait dès lors « interrompre » une nouvelle fois la prescription selon la clause considérée. Il s'agit plutôt d'une clause de prolongation conventionnelle qui vise dans tous les cas à prolonger le délai de prescription d'une durée équivalente à celle qui s'écoule entre le point de dé-

⁸⁰⁷ ATF 4C.9/1998, c. 3; voir le compte-rendu in RJB 134 pp. 583-585 et le commentaire de KOLLER, PJA 2000, pp. 246-248.

⁸⁰⁸ KRAUSKOPF, Verjährungsunterbrechung, p. 133 note de bas de page 26.

⁸⁰⁹ ATF 132 III 226, 235. Du même avis: BERTI, ZK, OR 135 N 180-181; CAPITAINÉ, p. 49; DÄPPEN, BSK, OR 135 N 1; ENGEL, pp. 809-810; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3566; VON TUHR/ESCHER, p. 216; THALMANN, pp. 78-79.

⁸¹⁰ BÉGUELIN, FJS 813, p. 4.

⁸¹¹ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2497; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 456; SPIRO I, p. 854 note de bas de page 3; TSCHÜTSCHER, Verjährung, pp. 253-254.

part du délai et le moment où l'avis des défauts déploie son effet. En tant que telle, elle est licite, si elle reste dans les limites de la loi, et elle n'a qu'un effet analogue à celui d'une interruption⁸¹². Il n'est pas à exclure que les parties prévoient à l'avance qu'un courrier peut être adressé plusieurs fois pour « interrompre la prescription », ce que le Tribunal fédéral avait admis (même sans disposition expresse) dans son arrêt de 1998 (pour la teneur de la clause, voir N 693). Il ne s'agirait toutefois pas de l'introduction d'une cause d'interruption générale supplémentaire, étant donné que ce procédé ne serait valable que dans les limites posées à la prolongation à compter du point de départ du délai. Une véritable cause d'interruption légale peut intervenir en principe un nombre illimité de fois et sans limite de temps absolue.

⁶⁹⁷ Pour le domaine des prétentions en garantie, KOLLER et TSCHÜTSCHER sont d'avis que les parties peuvent aussi supprimer les effets de certains actes interruptifs⁸¹³. A moins que les parties ne conviennent d'une clause de péremption avec tous les effets qu'elle implique, cela ne nous paraît pas admissible (N 607). A notre connaissance, cette opinion est par ailleurs restée isolée.

⁸¹² BERTI, ZK, OR 135 N 181.

⁸¹³ KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, N 456; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 101; TSCHÜTSCHER, *Verjährung*, p. 254.

Chapitre III La modification des délais de prescription

698 La deuxième grande catégorie des modifications conventionnelles possibles concerne le délai de prescription, soit l'élément le plus important de la définition de la prescription: le laps de temps nécessaire à sa survenance (N 34).

Section 1 Le moment de la modification

699 Plus que pour les modifications de la réglementation de base (N 546), le moment de la modification du délai est important pour déterminer son admissibilité et son mécanisme (pour la terminologie, voir N 10). Une telle modification n'est envisageable que si le délai n'a pas encore commencé à courir ou s'il est en train de courir, une modification une fois le délai échu (postérieure) étant exclue⁸¹⁴. Ce principe découle aussi indirectement de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'interruption. En effet, lorsque le Tribunal fédéral précise que l'interruption n'est plus possible une fois le délai échu (N 165), il exprime un principe plus général: dès le moment où la prescription est acquise, le créancier n'a plus de possibilité d'influencer le droit acquis du débiteur. Seul le débiteur le peut de manière unilatérale, par le biais de la renonciation à la prescription acquise. Une convention tendant à prolonger un délai de prescription après l'échéance de ce dernier serait naturellement licite⁸¹⁵, mais elle n'impliquerait qu'un acte de disposition du débiteur et aucune obligation du créancier. Elle ne serait en fait qu'une renonciation à la prescription acquise « déguisée » en convention. Suite à une telle renonciation, il est naturellement loisible aux parties de modifier conventionnellement le délai qui a recommencé à courir (N 1398 et 1429).

A. La modification originaire

700 La modification originaire intervient avant que le délai n'ait commencé à courir (voir N 10). Deux hypothèses peuvent être comprises sous cette appellation.

701 La première consiste en la modification survenant avant que le délai unique n'ait commencé à courir. Au moment de convenir d'une affaire, les parties ne se contentent pas des *essentialia negotii* mais conviennent également d'un délai de prescription.

702 *Exemple: lors de la conclusion d'un contrat de prêt de consommation portant sur une somme d'argent, les parties conviennent que le droit de l'emprunteur de réclamer la délivrance de l'argent se prescrira par trois mois (et non six mois selon l'article 315 CO) dès le moment où le prêteur sera en demeure.*

703 La deuxième est un cas de figure assez semblable au premier. Elle peut se réaliser lorsque la prescription est soumise à un double (voire triple) délai dont l'un n'a pas encore commencé à courir, dans la mesure où les parties se mettent d'accord sur une modification du délai de prescription qui n'a pas encore commencé à courir (délai relatif).

704 *Exemple: le lésé et l'auteur du dommage (propriétaire d'immeuble) ainsi que son assureur de responsabilité civile passent une convention relative à un grave accident causé par le défaut d'entretien d'un immeuble. Le dommage n'est pas encore connu exactement. Une des clauses de la convention stipule que dès le moment où le dommage sera connu, le délai de prescrip-*

⁸¹⁴ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 28.

⁸¹⁵ ATF 99 II 185, 194.

tion sera de deux ans afin de laisser aux parties suffisamment de temps pour régler les modalités de l'indemnisation.

B. La modification subséquente

705 La modification subséquente intervient alors que le délai a déjà commencé à courir (voir N 10). Théoriquement, une telle modification pourrait concerner n'importe quel type de délai (unique, relatif, absolu, extraordinaire).

706 *Exemple: la partie lésée a acquis connaissance de son droit de répétition le 30.09.2001. Le 30.04.2002, elle passe avec l'enrichi une convention en vue de la tenue de pourparlers dont l'une des clauses précise que la prescription ne sera acquise que le 31.12.2003.*

Section 2 La notion de modification conventionnelle du délai de prescription

A. L'extension du délai est touchée

707 La caractéristique qui distingue la modification d'un délai de toutes les autres formes de « modifications » de la durée de la prescription (interruption, suspension, renonciation à la prescription en cours) réside dans le fait qu'elle déroge à la loi en ce qui concerne l'extension du délai lui-même. La durée « nominale » du délai (c'est-à-dire de l'intervalle de temps prévu par la loi) est modifiée. Lorsqu'une cause d'interruption est réalisée, un nouveau délai commence à courir, mais son extension reste la même (il ne s'agit pas d'une prolongation du premier délai, qui est réduit à néant, voir N 164 et 194). Il en va de même d'une suspension ou d'un empêchement: le délai pendant lequel la prescription court est toujours le même, ce sont le début ou la reprise de son cours qui sont modifiés (voir N 146-156). En cas de renonciation à la prescription en cours, le débiteur renonce à une « portion » du délai qui a déjà couru mais qui reste le même (N 968 et 1102)⁸¹⁶; le délai en lui-même n'est ainsi pas prolongé⁸¹⁷. La prolongation ou l'abrègement du délai impliquent une modification de la durée et du délai de prescription, contrairement à ce qui est le cas lorsqu'une autre cause de prolongation de la durée de la prescription est réalisée (voir aussi N 142). La modification de la durée « nominale » d'un délai fixé par la loi est la seule véritable modification de délai au sens strict du terme. Elle est par ailleurs le seul moyen d'abrèger le délai de prescription, toutes les autres formes de « modifications » tendant à la seule prolongation de la durée de la prescription (voir toutefois N 143 pour un cas très particulier d'abrègement légal).

B. Un acte juridique bilatéral

708 La modification de l'extension du délai nécessite toujours l'accord des deux parties liées par la créance en question. Elle est soumise aux règles générales du droit des obligations applicables aux actes juridiques bilatéraux (contrats) et répond à la définition générale que nous avons donnée dans le précédent chapitre (N 541), avec la seule nuance que l'effet juridique visé par l'accord consiste en la modification du délai de prescription. Au niveau des exigences de forme, la modification conventionnelle obéit aux mêmes règles que l'affaire à laquelle elle

⁸¹⁶ SPIRO, FS Neumayer, pp. 549-550. *Contra*: GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 539 note de bas de page 29.

⁸¹⁷ ATF 132 III 226, 239-240.

se rapporte, c'est-à-dire qu'elle n'est, sauf règle spéciale, soumise à aucune forme (article 11 alinéa 1 CO)⁸¹⁸.

- 709 Etant donné que la prescription touche les créances individuellement, c'est le débiteur de l'obligation touchée qui voit sa protection diminuée si le délai est prolongé et le créancier si le délai est abrégé. Ce principe ne vaut toutefois pas de manière absolue. En effet, si le délai est abrégé, le débiteur peut également en subir un désavantage: il risque de se voir mis nettement plus sous pression par le créancier et d'être confronté rapidement à une poursuite ou même une action en justice. De même, si le délai est prolongé, le créancier prend le risque de voir l'exécution de son obligation par le débiteur prendre du retard, l'état des preuves se détériorer ou encore de se voir entraîner dans des manœuvres dilatoires du débiteur.
- 710 La durée du délai de prescription est susceptible de faire l'objet d'une véritable négociation des parties. Cette négociation peut avoir lieu avant que le délai ne commence à courir. Si l'on songe par exemple à la vente, la durée du délai de prescription de l'action en garantie peut avoir une influence sur le prix de vente. Il est même possible que la négociation porte sur le délai applicable aux créances des deux parties, par exemple la créance de l'emprunteur de réclamer la chose promise et celle du prêteur d'en exiger l'acceptation. La négociation est envisageable aussi après que le délai a commencé à courir. Par exemple, suite à un accident de la circulation routière, le lésé et l'assureur de responsabilité civile du détenteur passent une convention qui diffère le règlement d'un dommage connu mais susceptible d'évoluer et prolonge le délai de prescription relatif de l'action en dommages-intérêts.

C. Les formes possibles

- 711 La modification conventionnelle du délai de prescription peut être exprimée par trois clauses différentes. Elle peut consister en la stipulation d'un délai de durée autre que celle prévue par la loi, en la définition par les parties d'une date (ou d'un terme) qui constituera le dernier jour du délai et qui est situé au-delà de l'échéance ordinaire du délai prévu par la loi ou encore en une convention qui consisterait à dire qu'un certain laps de temps encore inconnu (par exemple jusqu'à la confection d'une expertise) ne sera pas pris en compte dans le calcul de la prescription, sans qu'il n'y ait de véritable convention de sursis⁸¹⁹ (voir aussi N 689 et 696).

Section 3 Les règles applicables

A. Les règles générales

- 712 Pour définir le régime général applicable à la modification du délai de prescription, deux règles de la partie générale du Code des obligations entrent en ligne de compte, à savoir les articles 129 et 141 alinéa 1 CO. Il convient donc d'examiner si les deux dispositions ont vocation à s'appliquer à la modification conventionnelle ou une seule des deux.

a) *Portée des articles 129 et 141 alinéa 1 CO*

- 713 Dans la jurisprudence et la doctrine, il est très fréquent que la problématique de la modification conventionnelle et/ou de la renonciation à la prescription soit examinée simultanément

⁸¹⁸ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 26.

⁸¹⁹ Voir par exemple pour le dernier type de convention RJB 48 p. 485, 490 (Cour d'appel bernoise).

sous l'angle des deux articles 129 et 141 CO comme traitant du même sujet⁸²⁰. Certains auteurs abordent en revanche les deux articles de manière séparée, en mentionnant toutefois en général la connexité des deux règles⁸²¹.

714 Nous sommes d'accord de dire que ces deux dispositions s'apparentent l'une à l'autre de par leur contenu, le présent travail en est par ailleurs la preuve. Cependant et à l'instar du deuxième groupe d'auteurs cités, nous pensons que ces deux articles traitent de deux cas qu'il convient de distinguer nettement. En effet, l'article 129 CO est situé d'un point de vue systématique dans les règles que le CO consacre à la prescription (« G. Prescription ») sous le paragraphe « I. Délais », tandis que l'article 141 CO constitue le paragraphe « VII. Renonciation à la prescription ». En outre, la formulation de l'article 129 CO indique clairement que cette disposition règle la liberté conventionnelle des parties, c'est-à-dire qu'elle s'applique à des actes juridiques bilatéraux. En revanche, il ressort de l'article 141 CO, en particulier de la lettre des alinéas 2 et 3, que la renonciation est un acte unilatéral émanant du seul débiteur. Nous nous rallions donc au commentaire de SPIRO selon lequel le législateur n'a pas voulu exprimer deux fois la même idée dans ces deux articles⁸²².

715 Certes, l'article 141 alinéa 1 CO peut aussi avoir vocation à s'appliquer à des actes juridiques bilatéraux, si ceux-ci comprennent un élément unilatéral, par exemple sous la forme d'une renonciation à la prescription acquise. Inversement, une renonciation à la prescription en cours, qui doit en principe être jugée selon l'article 141 alinéa 1 CO (voir N 1093-1106), peut également tomber sous le coup de l'article 129 CO, notamment lorsque le débiteur renonce avant que la prescription ne soit acquise à une portion de temps plus longue que celle qu'il a déjà acquise (pour plus de détails à ce sujet, voir N 1255-1256). Il n'en demeure pas moins que la convention qui touche à l'extension même du délai est soumise au seul article 129 CO.

b) Cas non réglés expressément

716 L'article 129 CO définit lui-même son champ d'application, à savoir les délais du titre troisième du Code des obligations. S'il existe également des règles spéciales sur la question des modifications conventionnelles (N 717), un grand nombre de dispositions instaurant des délais de prescription ne font l'objet d'aucune réglementation expresse en matière de modification des délais instaurés. C'est donc sur la base des règles générales qu'il y a lieu de régler la question de la modification de ces délais, à savoir une application de l'article 129 CO *a contrario* ou de l'article 19 CO. Tous ces délais n'obéissent pas aux mêmes règles, certains étant attribués à une catégorie spéciale (les délais traditionnellement dits de droit strict; concernant cette notion, voir N 772-777).

B. Les règles spéciales

717 A côté de ces règles générales, certaines règles spéciales s'appliquent à la modification des délais de prescription concernant la garantie dans le contrat de vente (articles 210 alinéa 1 et 219 alinéa 3 en relation avec l'article 221 CO), la garantie dans le contrat d'entreprise (article 371 CO), le contrat d'assurance (article 46 alinéa 2 LCA). A ces règles s'ajoutent plu-

⁸²⁰ Voir par exemple ATF 99 II 185, 188-189. Récemment encore ATF 132 III 226, 234. Parmi les auteurs, voir notamment BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1; BUCHER, AT, pp. 447-448; GUHL/KOLLER, § 39 N 15-16; KESSLER, pp. 35-54; OFTINGER/STARK II/1, N 389a-389i; REY, N 1598-1603; ROSSEL, pp. 191-192.

⁸²¹ Voir par exemple GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 537 et 561; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3565-3570 et N 3571-3573; KELLER II, pp. 281 et 291-292; KOLLER, RSJ 103, p. 194; SCHWENZER, N 83.07 et 84.11-84.12; SPIRO I, pp. 847-857; TERCIER, PG, N 1447-1449 et N 1461-1465; VOISARD, p. 1148; VON TUHR/ESCHER, pp. 216-217 et 232.

⁸²² SPIRO, FS Neumayer, pp. 547-548.

seurs règles du droit de la responsabilité civile (N 820-834) et celles du contrat lié avec une entreprise de transports publics (N 835-836). Signalons aussi que les règles sur la prescription de la garantie dans le contrat de vente s'appliquent dans d'autres domaines juridiques par renvoi⁸²³.

C. Les différents régimes en résumé

718 Sur la base des considérations qui précèdent, nous pouvons conclure qu'il existe quatre régimes juridiques différents applicables aux modifications conventionnelles des délais de prescription:

- 719 – Le régime général de l'article 129 CO pour les délais du titre troisième (Section 4, N 724-752).
- 720 – Le régime applicable aux délais situés hors du titre troisième (Section 5, N 753-771).
- 721 – Le régime applicable aux délais situés hors du titre troisième qui appartiennent à une catégorie particulière (Section 6, N 772-792).
- 722 – Le régime des dispositions spéciales (Section 7, N 793-836).

723 Après avoir étudié ces différents régimes, nous procéderons à une classification des différents délais (Section 8, N 837-907).

Section 4 Le régime général

724 Dans le cadre de l'étude du régime général, nous allons examiner en détail l'article 129 CO et son interprétation.

A. La lettre et l'histoire de la loi

725 Le texte de l'article 129 CO, plus que centenaire, est en fait relativement clair. Il dispose que les délais de prescription fixés dans le titre troisième du Code des obligations (articles 114-142 CO) ne peuvent faire l'objet d'une modification conventionnelle.

726 Le premier projet de MUNZINGER relatif au droit des obligations de 1871 contenait déjà une disposition relative à la modification des délais (§ 199) et prévoyait que la prescription ne pouvait être rendue plus difficile par la stipulation d'un délai plus long, tandis qu'un abrègement était autorisé (N 480).

727 Comme nous l'avons déjà relevé, le troisième projet de 1877 (article 187) est devenu plus restrictif, interdisant non seulement de prolonger mais également de diminuer la durée de la prescription (N 486).

728 Dans les projets de 1878 et 1879, on trouve une disposition très intéressante (article 155 alinéas 2-4) par rapport aux facultés des parties en relation avec les délais de prescription (N 492). Selon cette règle proposée, le délai supplétif aurait pu être abrégé mais non prolongé, tandis que les prescriptions raccourcies réglées dans la partie générale auraient été soustraites à l'autonomie de la volonté. Les autres prescriptions raccourcies auraient, quant à elles, été à l'entière disposition des parties, dans la limite de la durée de dix ans. Force est de constater que, bien plus que notre droit actuel, cette règle aurait permis de fixer des bases claires quant à l'autonomie de la volonté des parties en matière de délais de prescription.

⁸²³ Voir les art. 237, 248 al. 2 (de manière limitée), 531 al. 3 CO et l'art. 637 CC.

- 729 *A posteriori*, nous devons dire que l'intervention des membres de la Commission du Conseil des Etats qui a abouti à l'élaboration d'une règle très restrictive n'était pas des plus « heureuses » (N 498). Par ailleurs, l'argumentation qui a été invoquée dans le rapport de la Commission du Conseil des Etats à l'appui d'une disposition si restrictive, à savoir que la prescription a essentiellement un caractère de droit public, était manifestement erronée. En effet, les règles sur la prescription ne sont nullement de droit public. Il s'agit cependant probablement d'une simple question de terminologie. Dans le langage juridique d'aujourd'hui, la Commission du Conseil des Etats aurait probablement dit que ces règles étaient de droit impératif car répondant à un intérêt public et de ce fait soustraites à la liberté des parties.
- 730 Les nombreux revirements dans le processus législatif montrent que la règle telle qu'elle a été édictée ne répondait pas, à l'époque de sa promulgation, à une opinion prédominante ni à un impératif lié à un désordre qui aurait régné en cette matière. Il n'y avait donc pas de ligne directrice, mais simplement une volonté du législateur guidé par des motifs de politique législative⁸²⁴: les délais de prescription ne devaient pas être soumis à l'arbitraire des parties.
- 731 En ce qui concerne le texte légal, on peut encore ajouter que la note marginale de la version française de l'article 129 CO prête à confusion (« Délais péremptoirs »). En effet, l'article 129 CO n'a pas du tout pour objet d'introduire des délais de péremption. La première version de note marginale (« Délais soustraits à la convention des parties », voir N 523) correspondait nettement mieux au contenu de la disposition et en outre aux notes marginales des textes allemand (« *Unabänderlichkeit der Fristen* ») et italien (« *Invariabilità dei termini* ») qui semblent simplement confirmer le texte de la règle. Cette note française doit peut-être être comprise comme l'expression du but de la règle: instaurer des délais décisifs, contre lesquels il n'y a rien à répliquer. En conséquence, les délais des articles 127, 128, 137 alinéa 2 et 139 CO devraient être considérés comme des délais dont l'écoulement emporte toujours prescription, quel que soit le contenu d'une éventuelle convention des parties, sous réserve naturellement des règles sur la prolongation de la durée de la prescription (N 139-222).
- 732 Si le texte de la norme qui nous occupe semble clair, il a néanmoins fait couler beaucoup d'encre dans la jurisprudence et la doctrine, surtout quant au contenu de l'interdiction (prolongation et abrègement) et son champ d'application (aussi pour les autres délais).

B. L'évolution de la jurisprudence

- 733 Dans un jugement de 1909, le Tribunal fédéral a jugé que « d'une manière générale déjà, l'on ne peut modifier par convention les délais de prescription fixés par la loi (article 148 CFO) »⁸²⁵ et nié cette possibilité en ce qui concerne une prescription fixée dans une loi spéciale. Il a donc privilégié une interprétation extensive de cet article, tant en ce qui concerne son champ d'application que les modifications possibles (prolongation et abrègement). Dans un arrêt de 1930, le Tribunal fédéral a jugé que le délai ordinaire de prescription de l'article 127 CO devait dans tous les cas valoir comme limite maximale, sans toutefois expressément s'en référer à l'article 129 CO⁸²⁶. Quatre ans plus tard, notre Haute Cour exprimait l'idée que l'article 46 LCA, dérogeant à l'article 129 CO, n'interdisait que la stipulation d'un délai plus court que deux ans⁸²⁷. Il semblerait donc que le Tribunal fédéral ait déjà fixé à ce moment le principe voulant que l'article 129 CO interdise toute modification (prolongation et abrègement), sans pour autant déterminer précisément le champ d'application de cette dis-

⁸²⁴ HIESTAND, pp. 45-47. Même avis à propos des règles sur les délais fatals fixés à l'époque: BLUMENSTEIN, pp. 46-47.

⁸²⁵ SJ 1909 p. 769, 773.

⁸²⁶ ATF 56 II 424, 430-431.

⁸²⁷ ATF 60 II 445, 451.

position, comme il l'avait fait pour l'article 148 CFO. Ce fut chose faite dans un arrêt de 1937, dans lequel le Tribunal fédéral a expressément limité les effets de l'article 129 CO au titre troisième de la première partie du Code des obligations⁸²⁸, en précisant qu'une prolongation d'un délai fixé en dehors de ce titre (article 371 alinéa 2 CO) était admissible, contrairement à sa jurisprudence de 1909. Il a aussi toléré l'abrègement du délai de l'article 371 alinéa 2 CO en 1971⁸²⁹. Dans trois arrêts topiques de 1973, 1986 et 2006 sur la renonciation à la prescription, il a répété et confirmé les principes énoncés ci-dessus quant à l'article 129 CO⁸³⁰. Les juges de Mon-Repos ont précisé dans un arrêt de 1982 que toute modification conventionnelle était exclue pour les délais de droit impératif, qualification qui s'apprécie non selon des éléments subjectifs mais de manière objective, et que l'abrègement d'un délai non prévu dans le titre troisième du Code des obligations n'était licite que dans la mesure où il ne constituait pas pour le créancier une entrave inéquitable à la poursuite de ses droits⁸³¹. Dans un arrêt déjà cité de 1998⁸³², le Tribunal fédéral a encore rappelé que la modification d'un délai prévu hors du titre troisième n'était admissible que dans la mesure où le délai envisagé n'était pas de droit impératif. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral n'a pas véritablement modifié sa compréhension de l'article 129 CO, tout au plus a-t-il précisé qu'il interdisait un abrègement⁸³³, mais qu'il ne s'opposait pas à une renonciation à la prescription en cours en expliquant que cette dernière n'avait pas pour effet de prolonger le délai de prescription mais simplement de repousser la survenance de la prescription⁸³⁴, c'est-à-dire de prolonger sa durée.

734 La jurisprudence n'a bien entendu pas été façonnée que par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt de 1911 relatif à l'article 148 CFO, la Cour d'appel bernoise avait adopté une jurisprudence très sévère. Elle avait en effet jugé que cette disposition générale avait vocation à s'appliquer à tous les délais de prescription du droit civil fédéral, à défaut de règles dans les lois spéciales, dans le cas d'espèce la Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse⁸³⁵. Ceci l'a conduite à nier la validité de toute clause tendant à la prolongation d'un délai de prescription. Elle a confirmé très laconiquement cette jurisprudence dans un arrêt de 1936 en ce qui concerne l'article 129 CO⁸³⁶.

735 Dans un jugement de 1923, le Tribunal cantonal zurichois a admis la prolongation d'un délai de prescription fixé en dehors du titre troisième, à savoir à l'article 637 alinéa 3 CC⁸³⁷, bien que cette disposition, à l'inverse des dispositions sur la vente, ne prévoie pas expressément une telle possibilité. Ce même tribunal a dû juger en 1966 de la possibilité de prolonger un délai après que la prescription fut acquise, avant tout sous l'angle d'une renonciation. Il a toutefois précisé dans ses considérants qu'une renonciation à la prescription acquise ne pouvait avoir pour effet de prolonger conventionnellement le délai, ce qui contreviendrait à la règle de l'article 129 CO⁸³⁸.

⁸²⁸ ATF 63 II 180.

⁸²⁹ ATF 97 II 350, 354-355.

⁸³⁰ ATF 99 II 185, 188-189; ATF 112 II 231, 233; ATF 132 III 226, 234 et 239.

⁸³¹ ATF 108 II 194, 195-196, résumé et brièvement commenté par PETER GAUCH in DC 1983, pp. 54-55.

⁸³² ATF 4C.9/1998, c. 4; voir le compte-rendu in RJB 134 pp. 583-585 et le commentaire de KOLLER, PJA 2000, pp. 246-248.

⁸³³ ATF 132 III 285, 289-290.

⁸³⁴ ATF 132 III 226, 234-236 et 239-240.

⁸³⁵ RJB 48 p. 485, 490 (également publié in RSJ 8 pp. 373-375).

⁸³⁶ RJB 74 p. 284, 285.

⁸³⁷ ZR 23 Nr. 44 p. 65, 67.

⁸³⁸ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 87.

- 736 Dans un jugement de 1953, le Tribunal cantonal des Grisons a considéré que la limitation des effets de l'article 129 CO aux seuls délais du titre troisième n'était pas due à une erreur ou inattention du législateur, mais à une volonté clairement exprimée. En conséquence, il est parvenu à la même conclusion que le Tribunal fédéral et a admis le principe de l'abrègement du délai de l'article 371 alinéa 2 CO. Il a toutefois retenu dans le cas d'espèce que la réduction de ce délai à deux ans en ce qui concerne les vices cachés d'un immeuble, qui se manifestent souvent plus tardivement (dans le cas d'espèce: apparition d'un mérule suite à une transformation défectueuse), constituait un affaiblissement choquant ou à tout le moins inéquitable des droits du maître d'ouvrage. Il a constaté que la clause était nulle (« *unbeachtlich* ») et appliqué le délai légal de cinq ans⁸³⁹.
- 737 Dans un arrêt de 1986, le Tribunal cantonal valaisan a jugé, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'article 371 alinéa 2 CO et l'article 14 alinéa 1 LRespC, que l'article 129 CO ne s'appliquait pas non plus en matière d'assurances privées, notamment en raison de l'existence d'une norme spéciale (article 46 LCA)⁸⁴⁰.

C. Les positions dans la doctrine

- 738 La doctrine ancienne (jusqu'à 1950) n'était pas unanime quant à l'interprétation de l'article 129 CO. Nous pouvons relever qu'elle se prononçait dans l'ensemble en faveur d'une application relativement stricte, c'est-à-dire étendue, de l'article 129 CO ou de l'article 148 CFO.
- 739 En effet, les auteurs étaient en principe d'accord pour dire que cette disposition constitue une interdiction générale de prolonger ou d'abrèger les délais de prescription⁸⁴¹, certains en approuvant cette réglementation⁸⁴², d'autres en formulant des critiques à l'encontre de cette règle par trop rigide, en particulier parce qu'elle interdit l'abrègement des délais⁸⁴³. Certains auteurs préconisaient déjà une limitation du champ d'application de l'article 129 CO et excluaient ses effets pour les délais prévus dans des règles ou lois spéciales⁸⁴⁴, pour autant que ces dernières n'en disposent pas autrement. Les auteurs qui se prononçaient pour cette limitation du champ d'application étaient d'avis, soit que les délais fixés hors du titre troisième pouvaient être prolongés et abrégés⁸⁴⁵, soit que seul l'abrègement était licite⁸⁴⁶, parce que conforme aux buts recherchés par la prescription.
- 740 La doctrine plus récente (dès 1950) est plus divisée que la doctrine ancienne et de nombreux avis contradictoires ont été exprimés.
- 741 Un point réunit néanmoins une large majorité, soit le champ d'application de l'article 129 CO limité aux seuls délais du titre troisième du Code des obligations⁸⁴⁷, bien entendu sous réserve

⁸³⁹ PKG 1953 n°18 p. 46, 50-53, également publié in RSJ 51 p. 212.

⁸⁴⁰ RVJ 1987 p. 253, 256.

⁸⁴¹ BECKER, BK, OR 129 N 1; CAPITAINE, p. 49; FICK, OR 129 N 1-2; JACOTTET, p. 111; OSER, ZK, OR 129 N 1; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 1; SCHNEIDER/FICK, OR 148 N 1.

⁸⁴² GRÄMIGER, pp. 50-52; THALMANN, pp. 78-80.

⁸⁴³ BÉGUELIN, FJS 813, p. 3; HIESTAND, pp. 45-47.

⁸⁴⁴ CAPITAINE, p. 49; GRÄMIGER, p. 53; OSER, ZK, OR 129 N 2 *in fine*; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 3; ROSSEL, pp. 191-192. *Contra*: THALMANN, p. 80.

⁸⁴⁵ CAPITAINE, p. 49; OSER, ZK, OR 129 N 2 *in fine*; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 129 N 3.

⁸⁴⁶ BÉGUELIN, FJS 813, p. 4; ROSSEL, p. 192.

⁸⁴⁷ DÄPPEN, BSK, OR 129 N 2; BUCHER, AT, p. 447; CAPITAINE, p. 49; ENGEL, PG, p. 810; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3569; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2489; GIROUD, p. 27 note de bas de page 58; GUHL/KOLLER, § 39 N 15; HONSELL, Haftpflichtrecht, p. 129; KESSLER, p. 40; NABHOLZ, pp. 145-146; OFTINGER/STARK II/1, N 389f; PICHONNAZ, CR-CO I,

des autres délais de prescription qui sont par nature de droit strict. SCHWANDER comprend l'article 129 CO de manière plus étendue et l'applique à toutes les créances en dommages-intérêts, contractuelles ou délictuelles⁸⁴⁸. VON BÜREN défend l'opinion la plus extrême et applique l'article 129 CO à toutes les modifications conventionnelles conclues avant que le délai n'ait commencé à courir, sauf disposition légale contraire expresse⁸⁴⁹. KELLER est d'avis que la modification conventionnelle n'entre en ligne de compte que dans le domaine contractuel et qu'elle est précisément exclue par l'article 129 CO. Il voit cependant dans la renonciation une forme de modification conventionnelle⁸⁵⁰. PÉTERMANN applique l'article 129 CO à tous les délais en ce qui concerne une éventuelle prolongation⁸⁵¹. Suite à la récente modification de la jurisprudence, BUCHER comprend l'article 129 CO comme ne s'appliquant qu'aux modifications convenues lors de la conclusion du contrat et veut en outre l'appliquer à tous les délais de prescription⁸⁵².

- 742 Quant aux modifications visées par l'article 129 CO, la doctrine récente considère de manière incontestée que les délais ne peuvent être ni prolongés ni abrégés⁸⁵³, certains des auteurs plaçant parfois pour un assouplissement de la règle légale, en vue d'admettre l'abrégement.
- 743 Les auteurs qui restreignent le champ d'application de l'article 129 aux seuls délais du titre troisième sont majoritairement d'avis que les autres délais peuvent *a contrario* être prolongés et raccourcis⁸⁵⁴, l'abrégement étant toutefois licite seulement s'il n'entraîne pas une entrave intolérable aux droits du créancier⁸⁵⁵ (voir aussi N 801, 810 et 812). SPIRO se prononce contre une application *a contrario* de l'article 129 CO aux autres délais de prescription et leur applique l'article 19 CO⁸⁵⁶; il est toutefois d'avis qu'un abrégement est toujours exclu⁸⁵⁷. ENGEL admet la modification des délais situés hors du titre troisième du Code des obligations sauf si une norme expresse l'interdit⁸⁵⁸. NABHOLZ n'admet pas un abrégement en dessous d'un délai d'une année⁸⁵⁹.
- 744 Le fait que le délai de dix ans constitue la limite en cas de prolongation est presque unanimement admis dans la doctrine récente⁸⁶⁰. A notre connaissance, il n'y a guère

art. 129 N 1-3; REY, N 1599; ROSSEL, p. 191; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGGER, N 1518; SCHWENZER, N 84.11 et 84.12; TERCIER, PG, N 1448; VON TUHR/ESCHER, p. 217; WERRO, N 1423; nuancé: SPIRO I, pp. 853-854.

848 SCHWANDER, thèse, p. 3; apparemment dans le même sens: BUCHSER, p. 261.

849 VON BÜREN, AT, pp. 438-440.

850 KELLER II, p. 291.

851 PÉTERMANN, pp. 311-312.

852 BUCHER, Verjährung, pp. 192-193 et p. 194 note de bas de page 27.

853 ENGEL, PG, p. 809; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3566; KESSLER, pp. 40-41; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 129 N 5; SCHUMACHER, N 641; SCHWANDER, thèse, p. 3; SCHWENZER, N 84.11; SPIRO I, pp. 848 et 864; TERCIER, PG, N 1448; VON TUHR/ESCHER, pp. 216-217.

854 KELLER II, p. 291; REY, N 1599.

855 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3569; GUHL/KOLLER, § 39 N 15; NABHOLZ, p. 146; SCHUMACHER, N 647; SCHWENZER, N 84.12; TERCIER, PG, N 1449; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 102; VON TUHR/ESCHER, p. 219. Contre toute limite à l'abrégement en matière de créances en garantie: GEHRER, pp. 202-204; GIGER, BK, OR 210 N 45 et OR 219 N 97; LÖRTSCHER, pp. 178-179; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 2-3.

856 SPIRO I, p. 854.

857 SPIRO I, pp. 864-867.

858 ENGEL, PG, p. 810.

859 NABHOLZ, p. 147.

860 BUCHER, AT, p. 448; ENGEL, PG, p. 810; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3569; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2490; GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 563; GUHL/KOLLER, § 39 N 15; HUGUENIN, p. 142; KELLER II, p. 291; KRAUSKOPF, thèse, N 268; NABHOLZ, p. 146;

qu'OFTINGER/STARK qui n'admettent pas ce principe de manière générale pour le domaine de la responsabilité civile⁸⁶¹ et GEHRER pour le domaine des prétentions en garantie dans le contrat d'entreprise relatif à un immeuble⁸⁶²; GEHRER fait de l'article 27 CC la norme à laquelle se mesure la durée maximale admissible d'une prolongation. KOLLER semble approuver cette opinion dans une contribution récente⁸⁶³.

745 Nous rappelons ici que de nombreux auteurs traitent en particulier de la prolongation des délais en relation avec l'article 141 CO (voir N 713-715). Dans ce contexte, DÄPPEN et KOLLER comprennent la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la renonciation à la prescription en cours (N 1061) comme permettant la prolongation des délais situés dans le titre troisième après la conclusion du contrat⁸⁶⁴.

D. Synthèse

746 Compte tenu des nombreux arrêts et avis doctrinaux qui viennent d'être cités, nous n'avons pas l'intention de proposer une interprétation révolutionnaire de cette disposition. Il nous semble qu'une juste compréhension de cet article peut être résumée en cinq points:

- 747 — La lecture du texte même de l'article 129 CO montre qu'il ne s'applique qu'aux modifications conventionnelles de la durée (« nominale ») des délais de prescription (voir N 707) et non pas à la renonciation à la prescription. Contrairement à une opinion exprimée par la jurisprudence et la doctrine, l'article 129 CO ne doit donc pas être interprété à la lumière de l'article 141 CO (voir N 713-715). A notre avis, le seul point de connexité entre les deux dispositions réside dans le fait qu'elles s'appliquent toutes deux à des actes juridiques qui peuvent prolonger la durée de la prescription (N 142). Pour le reste, elles sont indépendantes l'une de l'autre. Sur ce point, nous nous écartons sensiblement d'une partie de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine.
- 748 — Il ressort obligatoirement du point qui précède que la modification conventionnelle est envisageable seulement avant que le délai n'ait commencé à courir et pendant qu'il court, mais pas une fois que la prescription est acquise.
- 749 — Le texte de la loi est également clair quant aux délais qui ne sont pas susceptibles d'être modifiés. Il s'agit seulement des délais du titre troisième (articles 127, 128, 137 et 139 alinéa 2 CO).
- 750 — Les délais du titre troisième ne peuvent être ni prolongés ni raccourcis, quel que soit le moment envisagé d'une telle modification (avant ou après que le délai a commencé à courir). Sur ce point, nous nous rallions ainsi à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la grande majorité de la doctrine. La compréhension de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral de DÄPPEN et KOLLER (N 745) ne nous semble pas correcte. En effet, le Tribunal fédéral n'a pas admis la prolongation conventionnelle des délais du titre troisième après la conclusion du contrat. Il a seulement expliqué que l'article 129 CO ne s'opposait pas à la prolongation par les parties de la durée de la prescription en cours (« [Cette norme] n'empêche pas que la survenance de la prescription soit repous-

PÉTERMANN, p. 312; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1518; SCHWENZER, N 84.12; SPIRO I, pp. 854-855; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 102; TSCHÜTSCHER, Verjährung, pp. 252-253; VON TUHR/ESCHER, p. 217.

861 OFTINGER/STARK II/1, N 389f note de bas de page 560e.

862 GEHRER, p. 202.

863 KOLLER, RSJ 103, p. 196.

864 DÄPPEN, BSK, OR 129 N 2 *in fine*; KOLLER, RSJ 103, p. 194.

sée... »⁸⁶⁵), ce qui doit être distingué de la prolongation du délai (voir N 142, 707, 968 et 1102). Le problème est cependant de nature terminologique, KOLLER expliquant clairement que la nouvelle jurisprudence permet seulement de rétablir la durée du délai dont il est question et non d'en stipuler un d'une durée plus longue que celle prévue par la loi⁸⁶⁶. Bien que certains arguments puissent parler en faveur de l'admission de l'abrègement, en particulier parce que celui-ci correspond pour l'essentiel au but de la prescription, le texte de la loi et l'intention du législateur ne prêtent à aucune confusion à ce sujet: ces délais sont soustraits à la liberté contractuelle des parties. Nous nous devons déjà de préciser que cette exclusion des modifications conventionnelles ne porte pas atteinte à la faculté du débiteur de renoncer à la prescription en cours (N 1107).

751 – La sanction attachée à une clause contraire à l'article 129 CO est la nullité. C'est le délai légal de prescription qui a vocation à s'appliquer.

752 Nous devons encore mentionner une particularité en matière de voyages à forfait. Contrairement à certains législateurs étrangers (N 454), le législateur suisse n'a pas établi de délai de prescription pour les créances en dommages-intérêts du voyageur contre l'organisateur. Comme l'action en dommages-intérêts dérivant de l'article 14 LVF semble être de nature contractuelle⁸⁶⁷, c'est le délai de l'article 127 CO qui a vocation à s'appliquer à la prescription de la créance qui en découle. En conséquence, une modification de ce délai est exclue de par l'application de l'article 129 CO. La question de savoir si une telle restriction pourrait également se baser sur l'article 16 alinéa 1 LVF qui exclut une limitation de la responsabilité pour les dommages corporels résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat peut rester ouverte, l'article 129 CO étant plus restrictif et interdisant une modification pour tous les dommages. Une observation similaire peut être faite en matière de crédit à la consommation, pour lequel la loi n'établit pas de délai particulier mais prohibe toute modification au détriment du consommateur⁸⁶⁸.

Section 5 Les délais situés hors du titre troisième

A. Généralités

753 L'immense majorité des délais de prescription en matière contractuelle sont régis par l'article 129 CO et ceux qui ne le sont pas bénéficient de règles spéciales concernant leur modification par convention (articles 210, 219 ou 371 CO, article 46 alinéa 2 LCA). Il en résulte que la présente section concerne les délais suivants: deux délais en matière contractuelle (contrat de prêt, article 315 CO, et de transport, article 454 CO), les délais du droit commercial, le délai de prescription de l'action pour cause d'enrichissement illégitime (article 67 alinéa 1 CO), les délais de la responsabilité civile pour lesquels aucune règle spéciale n'existe (article 60 alinéa 1 CO et lois spéciales) et finalement les délais fixés dans le code civil et ceux du droit de la poursuite pour dettes et la faillite.

754 Nous nous efforcerons d'établir tout d'abord dans cette section des principes généraux applicables en dehors du titre troisième, puis nous nous attacherons aux exceptions à ces principes dans la section suivante, exceptions qui sont nombreuses.

⁸⁶⁵ ATF 132 III 226, 239.

⁸⁶⁶ KOLLER, RSJ 103, p. 194.

⁸⁶⁷ Sur cette problématique, voir WIDMER/WESSNER, pp. 403-404.

⁸⁶⁸ Art. 17 de la Loi fédérale du 23.03.2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1).

- 755 La question de savoir si les délais fixés hors du titre troisième et dont la modification n'est pas réglée par une disposition spéciale sont régis *a contrario* par l'article 129 CO ou par l'article 19 CO n'a pas d'incidence pratique. La genèse de l'article 129 CO montre que le texte a été pensé précisément pour ne pas s'appliquer à tous les délais (N 494-495 et 515) et que l'interprétation *a contrario* qu'en fait le Tribunal fédéral et une bonne partie de la doctrine est conforme à l'esprit de sa rédaction (N 733 et 743).
- 756 Il y a lieu de postuler que les délais situés en dehors du titre troisième peuvent en principe être modifiés. Cela contredit l'avis exprimé par KELLER (N 741), une modification conventionnelle n'étant pas seulement possible en matière contractuelle, mais sauf exception pour toutes les créances dont le délai de prescription est fixé en dehors du titre troisième. Il reste ainsi à étudier les types de modifications possibles.

B. La prolongation des délais

- 757 Les délais situés hors du titre troisième peuvent être prolongés. Cette règle n'est pas véritablement contestée. On peut certes se poser la question de savoir si la prolongation est compatible avec le rôle de protection du débiteur que remplit la prescription. Lorsqu'il consent à une modification conventionnelle d'un délai qui a déjà commencé à courir, le débiteur le fera suite à une négociation qui aboutira à une convention liée à une créance spécifique, par exemple dans le cadre du règlement d'un cas de responsabilité civile. Dans une telle situation, le débiteur ne renonce pas à une protection contre des prétentions indues, inconnues ou inattendues (N 54-55), il ne fait que tolérer un aménagement de la prescription à des fins bien précises. Il en va de même pour les cas dans lesquels le débiteur accepte l'aménagement d'un délai qui n'a pas encore commencé à courir. En effet, les délais qui sont susceptibles de modification par interprétation *a contrario* de l'article 129 CO sont en général des délais ne concernant pas des obligations qui se contractent dans le cadre de contrats d'adhésion touchant des consommateurs (voir aussi N 928-930). De tels contrats sont régis, soit par les normes générales du titre troisième, soit par des règles spéciales (N 753, 794-819). Il n'y a donc pas de véritable problème à admettre la prolongation conventionnelle de la durée des délais prévus en dehors du titre troisième du Code des obligations, le débiteur pouvant mesurer les conséquences de l'engagement qu'il prend. De plus, la loi et la jurisprudence ont érigé un garde-fou par le délai maximal de dix ans qui court à compter du point de départ prévu par la loi (pour le droit allemand, voir N 334). Nous sommes du même avis concernant cette durée maximale admise.
- 758 Il y a néanmoins deux réserves à émettre quant à cette durée maximale admissible. Premièrement, si la règle qui fixe le délai de prescription en détermine le point de départ différemment de la règle générale (exigibilité), c'est à partir du point de départ spécial (et éventuellement objectif) que le délai de dix ans doit être compté (par exemple la survenance du dommage dans le domaine de la responsabilité civile, le fait d'où naît l'obligation dans le contrat d'assurance, la livraison ou la réception pour les prétentions en garantie; nous relevons que ces matières sont partiellement régies par des règles spéciales)⁸⁶⁹. Deuxièmement, si une loi spéciale fixe un délai de prescription absolu de plus de dix ans, la durée maximale admissible pour la prolongation conventionnelle du délai relatif correspond à cette durée spéciale supérieure et non à dix ans. En effet, si la règle spéciale déroge à la durée de l'article 127 CO, c'est la durée plus longue qui doit à notre avis avoir vocation à s'appliquer. Cette hypothèse peut se réaliser dans certaines matières particulières du droit de la responsabilité civile.
- 759 *Exemple: suite à une intervention à l'aide d'un appareil produisant un rayonnement ionisant, un patient est atteint dans sa santé. Le dommage actuel est connu et stable, mais les experti-*

⁸⁶⁹ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2490; GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 563.

ses n'excluent pas une aggravation future sur la base d'expériences faites dans des cas similaires. Pour éviter tout problème, la clinique privée à laquelle le patient est lié contractuellement et ce dernier signent une convention selon laquelle le délai de prescription relatif est prolongé pour permettre de suivre une éventuelle évolution négative. Etant donné que le délai absolu selon l'article 40 LRaP est de 30 ans, les parties ne sont pas liées par la durée maximale de dix ans.

760 Selon nous, une telle convention ne constitue pas un engagement excessif prohibé selon l'article 27 CC (voir l'avis contraire de GEHRER, N 744). En effet, il ne s'agit pas de prolonger l'engagement du débiteur (« *Bindung* ») mais simplement le délai pendant lequel la prétention existant déjà contre lui-même peut être invoquée en justice (« *Klagbarkeit* »). L'article 27 CC ne s'applique qu'aux rapports d'obligations (« *Schuldverhältnisse* ») tandis que la prescription concerne les créances prises individuellement⁸⁷⁰. Par ailleurs, si le législateur lui-même instaure un délai absolu supérieur à dix ans, c'est parce qu'il a de bonnes raisons de prévoir une telle durée et il n'est donc pas problématique de permettre aux parties de convenir une prolongation du délai correspondante.

C. L'abrègement des délais

761 Les délais peuvent-ils également être abrégés ? Le Tribunal fédéral l'admet si l'abrègement ne constitue pas une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier (N 733). Nous pensons que sa jurisprudence doit être approuvée sur ce point, ce pour plusieurs raisons:

- 762 – La première est naturellement celle de la formulation même de l'article 129 CO qui utilise le terme général « modifiés » dont la définition littérale autorise toute forme de changement.
- 763 – La deuxième repose sur la genèse de l'article 129 CO qui montre clairement que le premier projet du Département fédéral de justice et police voulait expressément tolérer l'abrègement (N 492) et que la modification du projet pour devenir l'article 148 CFO n'avait pas pour but de changer ce principe mais de simplifier la règle et de la réduire à un minimum nécessaire pour les délais concernés.
- 764 – Une autre raison réside dans une interprétation conforme aux buts principaux de la prescription, à savoir la protection du débiteur. L'abrègement du délai ne contrevient pas à ces buts et est donc compatible avec la *ratio legis*.
- 765 – Finalement, le créancier sait à quoi il s'engage lorsqu'il admet un abrègement. En outre, l'interdiction d'un abrègement inéquitable empêche les abus dans l'hypothèse où il est la partie la plus faible.

766 Il faut relever que dans la pratique, l'abrègement des délais de prescription, hormis les cas réglés par des dispositions spéciales, n'est pas très courant. L'enjeu a par conséquent une portée limitée. GAUCH explique à juste titre que l'interdiction d'un abrègement inéquitable permet de sauvegarder le but poursuivi par la loi, notamment à l'article 129 CO pour les délais du titre troisième, à savoir une protection minimale du créancier⁸⁷¹.

D. L'objet d'une modification

767 Si un abrègement ou une prolongation du délai sont convenus, ils ont naturellement vocation à s'appliquer aux droits accessoires (N 137-138) à la créance visée par la modification

⁸⁷⁰ EUGEN BUCHER, Das Personenrecht, Art. 27 ZGB, BK I/2/2, Stämpfli Berne 1993, ZGB 27 N 216. *Contra*: KOLLER, RSJ 103, p. 195.

⁸⁷¹ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2495.

conventionnelle du délai. Ils s'appliquent aussi en cas de renonciation à la prescription en cours (N 1204) ou acquise (N 1408) ou d'acte interruptif du débiteur. En revanche, ils ne s'appliquent pas si le créancier procède à un acte interruptif: selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interruption par le créancier fait courir un nouveau délai qui correspond au délai légal⁸⁷².

E. Le fardeau de la preuve d'une modification

768 La partie qui veut se prévaloir d'une prolongation ou d'un abrègement doit en supporter le fardeau de la preuve⁸⁷³.

F. La sanction d'une modification

769 S'agissant des sanctions attachées à des clauses qui sortiraient du cadre prévu par la loi, on ne peut s'en tenir à la simple règle de la nullité comme en cas de clause contrevenant à l'article 129 CO (N 751). Il faut distinguer deux cas de figure:

- 770 – Une clause qui abrège un délai de façon inéquitable pour le créancier est frappée de nullité et c'est le délai prévu par la loi qui s'applique, ainsi que le Tribunal fédéral l'a décidé⁸⁷⁴. Dans ce cas de figure, la sanction de la nullité partielle n'est guère envisageable, étant donné qu'il est difficilement possible pour le juge de fixer une durée minimale acceptable. L'application du délai légal s'impose pour des motifs de sécurité du droit.
- 771 – Une clause instaurant un délai de prescription allant au-delà du délai maximal (que ce soit en raison d'un point de départ du délai différé ou d'un délai de plus de dix ans) ne devrait à notre avis pas être frappée de nullité. Il faut réduire la durée de la prolongation au maximum autorisé de dix ans. SPIRO est du même avis, sans argumentation particulière, mais en se référant à l'article 20 alinéa 2 CO⁸⁷⁵. Le Tribunal fédéral a tranché de façon similaire dans un arrêt non publié déjà cité⁸⁷⁶. La sanction de nullité pourrait conduire à des résultats choquants pour le créancier lorsque le délai supplétif n'est pas le délai de dix ans de l'article 127 CO, comme en matière de garantie qui est le principal domaine où une prolongation est stipulée dans la pratique (cette matière étant pour le surplus réglée par des dispositions spéciales, N 794-806 et 809-815). Il faut relever que dans un tel cas, les parties ne voient pas un droit de son contenu comme lorsqu'il y a abrègement inéquitable. La partie qui assume le long délai de prescription est souvent un commerçant (vendeur, entrepreneur, etc.) et profite du long délai comme argument en faveur de sa prestation. La réduction au maximum autorisé est donc conforme à l'intention des parties et ne pose pas de problème dogmatique particulier au regard de l'article 20 alinéa 2 CO (sur cette question, voir aussi N 1257-1261).

⁸⁷² ATF 131 III 430, 437-438.

⁸⁷³ ATF 102 II 97, 101 et les références citées; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2491 et 2494.

⁸⁷⁴ ATF 108 II 194, 196.

⁸⁷⁵ SPIRO I, p. 855.

⁸⁷⁶ ATF 4C.9/1998, c. 4a, résumé in RJB 134 p. 582, 583.

Section 6 Les délais situés hors du titre troisième appartenant à une catégorie particulière

A. Les délais de droit strict: une désignation qui prête à confusion

- 772 Si la prolongation et l'abrégement des délais de prescription situés hors du titre troisième doivent être admis, la doctrine et la jurisprudence réservent les délais qui, de par leur nature, sont de droit strict⁸⁷⁷ (voir aussi N 741). Il n'est pas aisé de trouver des critères de distinction permettant de reconnaître de tels délais. La jurisprudence et la doctrine n'apportent pas de véritable réponse à cette question. La doctrine se borne à mentionner qu'un délai n'est pas de droit strict lorsque sa modification est compatible avec l'idée exprimée à l'article 129 CO⁸⁷⁸. Elle prône une approche au cas par cas⁸⁷⁹ selon des critères objectifs⁸⁸⁰ et fixe parfois les limites des conventions sous l'angle des faits contraires aux mœurs⁸⁸¹. Tout ceci n'est évidemment pas de nature à favoriser la sécurité du droit.
- 773 Il convient de relever que cette catégorie des délais de droit strict est dépourvue de tout fondement légal. A notre connaissance, il n'est pas de règle instaurant un délai qui préciserait qu'il est de droit strict. Les seules règles se rapprochant d'un tel contenu normatif sont les articles 46 alinéa 2 LCA (voir N 816-819), 1 et 46 LTP (voir N 835-836) ainsi que quelques dispositions du droit de la responsabilité civile (voir N 820-834).
- 774 Selon la démarche des auteurs cités, il est nécessaire de questionner les intentions du législateur pour pouvoir procéder à la qualification du délai. Le législateur a-t-il implicitement voulu, en établissant certains délais de prescription, interdire aux parties concernées par la créance en cause de les modifier? Comme le reste des auteurs, nous répondons par l'affirmative à cette question, toutefois avec des nuances.
- 775 Il nous faut tout d'abord rappeler que la prescription est une protection pour le débiteur (N 54-55). Plus le délai est court, plus cette protection tend à être effective, tandis qu'un délai plus long sert les intérêts du créancier (N 709). Par conséquent, si le législateur interdit d'abréger un délai, c'est qu'il souhaite accorder un standard de protection minimale au créancier. S'il en interdit la prolongation, c'est qu'il veut interdire que la situation du débiteur ne soit péjorée. Il est tout à fait possible que les deux objectifs ne soient pas visés simultanément par le législateur. Il est également envisageable que le législateur n'ait poursuivi aucun de ces deux objectifs et qu'il ait simplement voulu régler lui-même la question de la durée du délai pour une raison particulière.
- 776 Si l'on observe la diversité des délais qui ne sont pas régis par l'article 129 CO (N 753), il est facile de comprendre que le législateur n'a pas voulu les régler tous de la même manière lorsqu'il a implicitement restreint la liberté des parties. Par conséquent, selon le but visé (N 775), les restrictions apportées à la liberté des parties ne seront pas les mêmes. Si le législateur veut privilégier le créancier, il va interdire d'abréger le délai, alors que s'il veut privilégier le débiteur, il va interdire de le prolonger. En outre, il va peut-être interdire toute modification pour d'autres raisons.
- 777 Ces considérations nous amènent à postuler l'abandon de la désignation de délai de droit strict. Le fait de regrouper tous les délais pour lesquels une restriction existe dans une seule et

⁸⁷⁷ Voir par exemple ATF 99 II 185, 188.

⁸⁷⁸ Voir en particulier SPIRO I, pp. 853-857 (avec une casuistique pour certains délais).

⁸⁷⁹ BUCHER, AT, p. 448; NABHOLZ, pp. 145-146.

⁸⁸⁰ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 22.

⁸⁸¹ GRÄMIGER, p. 53 note de bas de page 30.

même catégorie est trop réducteur. Il est ainsi judicieux de diviser les délais susceptibles de répondre à la désignation de droit strict traditionnellement proposée et qui n'obéissent pas ou pas entièrement aux règles générales en matière de délais situés hors du titre troisième (N 753-771) en trois groupes, en fonction des restrictions apportées. Dans un premier temps, nous décrirons de manière générale ces trois groupes avec des exemples, mais sans entrer dans l'énumération de tous les délais concernés. Nous reprendrons en les généralisant ces trois catégories (en en ajoutant une quatrième), pour établir ensuite la classification des différents délais (voir N 838).

B. Les délais minimaux

778 La première catégorie comporte les délais pour lesquels le législateur a voulu accorder un standard minimal de protection au créancier, sans chercher à protéger également le débiteur plus que ne le veut la règle générale. Ce sont des délais qui ne peuvent être abrégés, mais prolongés jusqu'à la durée de dix ans, ceci avant même qu'ils n'aient commencé à courir. Il s'agit donc de délais minimaux (« *Minimalfristen* »). Nous mettons dans cette catégorie tous les délais relatifs de prescription instaurés en matière de responsabilité civile qui sont liés à la fois à la connaissance de l'auteur et du dommage. L'interdiction d'abrégier ces délais se justifie à notre sens par la position particulière qu'occupe le créancier. En effet, ce dernier est lésé, ce qui signifie que la créance qu'il acquiert est indépendante de sa volonté. Il se trouve dans la position inconfortable de devoir obtenir réparation sans qu'il n'y ait de rapports préexistants avec le débiteur et supporte le risque d'un éventuel procès qu'il n'avait nullement envisagé. En outre, il n'est pas rare que le débiteur soit une personne morale ou qu'il soit assuré. De manière générale, nous pouvons dès lors dire que le créancier se trouve dans une position plus faible que le débiteur, que ce soit d'un point de vue juridique ou dans les faits. Le contraindre à un abrègement serait par conséquent choquant⁸⁸².

779 *Exemple de clause prohibée: avant toute intervention nécessitant l'usage d'un appareil pouvant présenter des risques en matière de rayonnement ionisant, une clinique privée fait signer à ses patients une déclaration qui les invite à faire valoir rapidement toutes prétentions éventuelles en dommages-intérêts à ce sujet, étant convenu que ces prétentions se prescriront par un an dès la connaissance du dommage et de la personne civilement responsable (en lieu et place de trois ans selon l'article 40 LRaP).*

780 Dans certaines règles de responsabilité civile, le législateur a par ailleurs interdit expressément l'abrègement des délais en prohibant les clauses qui suppriment ou restreignent la responsabilité civile (voir N 820-834).

781 Compte tenu de ce qui a été développé sur la différence de situation des parties, une prolongation de cette catégorie de délais ne pose pas de problèmes particuliers. Le mécanisme du double délai implique qu'une prolongation du délai relatif peut même avoir lieu avant qu'il n'ait commencé à courir.

782 *Exemple: un grave accident de la circulation se produit le 15.12.2005. L'état de santé du lésé est très instable et un diagnostic fiable ne sera possible que plusieurs années après l'accident. Le dommage ne peut pas être estimé. Le délai relatif ne peut donc pas commencer à courir. Rien n'empêcherait à notre avis le lésé et l'assureur de responsabilité civile du détenteur responsable de convenir que le délai de prescription de deux ans de l'article 83 alinéa 1 LCR sera dans tous les cas prolongé par exemple jusqu'à fin 2012. Le délai maximal de dix ans dès la survenance de l'accident n'est ainsi pas dépassé.*

⁸⁸² Contra: KESSLER, pp. 96-97.

- 783 En cas de modification subséquente du délai, la durée maximale de dix ans court à compter du point de départ (spécial) fixé par la loi pour le délai absolu (N 758). Si le délai absolu a déjà été interrompu ou a fait l'objet d'une renonciation à la prescription en cours, la prolongation subséquente du délai relatif est possible non seulement jusqu'à l'échéance du premier délai absolu, mais également jusqu'à l'échéance du délai qui a recommencé à courir dès l'interruption ou qui a fait l'objet d'une renonciation à la prescription en cours. Cela signifie qu'une prolongation conventionnelle d'un délai minimal est en principe toujours admissible pour une durée de dix ans, qu'elle intervienne originairement ou subséquentement⁸⁸³.
- 784 *Exemple: un grave accident de la circulation se produit le 15.12.1998. Le dommage n'est connu que le 08.08.2006 lorsqu'une expertise définitive est rendue. En raison d'un désaccord sur cette expertise, le lésé et l'assureur de responsabilité civile du détenteur responsable passent une convention le 31.01.2007 pour permettre d'autres analyses qui s'annoncent longues et complexes. Dans la convention qui contient notamment des clauses concernant la prescription, l'assureur de responsabilité civile renonce à la prescription en cours pour toute la portion écoulée du délai absolu et les parties conviennent de prolonger le délai relatif de deux ans (qui arriverait à échéance le 08.08.2008) jusqu'au 31.01.2017. Dans ce cas, étant donné que le délai absolu courra jusqu'au 31.01.2017, la prolongation du délai relatif respecte la durée maximale dès le nouveau point de départ du délai absolu et est donc licite. Tel ne serait pas le cas si l'assureur ne renonçait pas à la portion déjà écoulée du délai absolu.*
- 785 Au niveau de la sanction à appliquer, une clause qui abrège un délai minimal doit être frappée de nullité. Une clause qui prolonge le délai minimal au-delà de la durée de dix ans doit être réduite à la durée maximale autorisée (N 771).

C. Les délais originairement invariables

- 786 La deuxième catégorie comporte les délais pour lesquels le législateur a voulu fixer un standard minimal de protection non seulement pour le créancier, mais également pour le débiteur. Comme pour la première catégorie, un abrègement n'est pas toléré. En plus de cette interdiction, le législateur a voulu soustraire le débiteur à des engagements excessifs anticipés. La prolongation du délai avant qu'il n'ait commencé à courir n'est dès lors pas admise. Dans cette catégorie se rangent aussi tous les délais pour lesquels une prolongation avant que le délai n'ait commencé à courir n'est pas possible d'un point de vue du mécanisme de la prescription. En revanche, rien n'interdit à notre avis de prolonger un délai ayant déjà commencé à courir jusqu'à la durée maximale de dix ans. Cette catégorie répond à la qualification de délais originairement invariables (« *ursprünglich unabänderliche Fristen* »). Nous incluons dans cette catégorie le délai de prescription d'un an de l'action pour cause d'enrichissement illégitime, certains délais du droit civil et ceux du droit commercial, en particulier les délais liés à la responsabilité des sociétaires ou administrateurs.
- 787 *Exemple: le conseil d'administration et le directeur général d'une société ne pourraient pas, au moment de l'engagement de ce dernier, modifier le délai de prescription de l'article 760 CO en prévoyant qu'il serait de trois ou de sept ans en lieu et place des cinq ans fixés par la loi. En revanche, une fois que le délai a commencé à courir (à savoir lorsque le dommage et son auteur sont connus), rien ne les empêcherait de prolonger le délai de cinq ans pour procéder à des enquêtes plus poussées ou à des pourparlers conventionnels, pour autant que le délai de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit ne soit pas dépassé, une interruption ou une renonciation à la prescription en cours restant naturellement possibles.*
- 788 Au niveau de la sanction à appliquer, une clause qui abrège un délai originairement invariable ou qui prolonge ce dernier avant qu'il n'ait commencé à courir doit être frappée de nullité.

⁸⁸³ Contra: GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 562-563 et 565.

Une clause qui le prolongerait après qu'il a commencé à courir au-delà du maximum autorisé doit être réduite à la durée maximale autorisée (N 771).

D. Les délais absolument invariables

- 789 La troisième catégorie est la plus restrictive. Elle se rapporte aux délais pour lesquels toute modification, qu'elle soit originaire ou subséquente, est prohibée. Ces délais répondent à la qualification de délais absolument invariables (« *absolut unabänderliche Fristen* »). Les délais à placer dans cette catégorie ne le sont pas tous pour les mêmes raisons.
- 790 Pour commencer, ce groupe comprend tous les longs délais (absolus) de dix ans ou plus en matière de responsabilité civile pour lesquels aucune règle spéciale n'existe et le délai absolu en matière d'enrichissement illégitime. Les raisons qui interdisent l'abrègement de tels délais ont déjà été exposées (N 778), une prolongation étant exclue compte tenu du fait que la durée maximale subsidiaire de dix ans est déjà atteinte ou dépassée par ces délais.
- 791 Cette catégorie englobe aussi les délais de prescription vicésimale applicables aux créances de droit privé qui ont fait l'objet d'une poursuite infructueuse (articles 149a alinéa 1 et 265 alinéa 2 LP). Les motifs de l'interdiction d'une prolongation conventionnelle sont évidents, étant donné que les délais de 20 ans dépassent largement la prolongation maximale normalement admise. L'introduction d'un délai de prescription dans la LP révisée a déjà eu pour effet une atténuation de la protection du poursuivant⁸⁸⁴ et on peut se poser la question de savoir si les parties doivent avoir la liberté de la restreindre davantage. Nous l'excluons en raison du caractère formaliste du droit de la poursuite et de la faillite. L'acte de défaut de biens est une attestation officielle qui fournit un indice de l'existence de la créance⁸⁸⁵. Il déploie des effets non négligeables pour des poursuites ultérieures contre le débiteur (article 149 alinéas 2-4 LP) et octroie diverses autres prérogatives au créancier⁸⁸⁶. Il est fréquent dans la pratique que la créance qui fait l'objet de l'acte de défaut de biens soit cédée, par exemple à des fins d'encaissement, par une remise de l'acte lui-même muni de la cession. Partant, il est impératif pour le cessionnaire qu'il puisse se baser sur les indications de l'acte de défaut de biens. La conséquence que la loi attache à sa délivrance d'un point de vue de la prescription implique que le délai ne se prête pas à une modification par les parties.
- 792 Toute clause qui vise à modifier un délai absolument invariable est nulle.

Section 7 Les règles spéciales

- 793 Lorsqu'une disposition spéciale règle la modification du délai de prescription (voir N 717), elle est seule applicable. En droit suisse, ces règles spéciales se regroupent dans cinq domaines différents.

⁸⁸⁴ GILLIÉRON II, art. 149a N 16.

⁸⁸⁵ ATF 69 III 89, 91-92.

⁸⁸⁶ Pour un résumé des autres prérogatives liées à l'acte de défaut de biens, voir JAEGER/WALDER/KULL, SchKG 149 N 12-16.

A. La prescription des créances en garantie pour les défauts dans le contrat de vente

a) Dans la vente mobilière en général

- 794 Le délai de l'article 210 alinéa 1 CO est un véritable délai de prescription et non de péremption⁸⁸⁷. Il s'applique en principe à toutes les créances en garantie, comme par exemple aux créances en dommages-intérêts en raison des défauts ou aux créances en garantie prévues contractuellement⁸⁸⁸. En revanche, le délai supplétif de l'article 127 CO s'applique aux créances liées à une garantie dite indépendante (se rapportant à des circonstances futures, indépendantes des qualités de la chose elle-même)⁸⁸⁹, avec pour corollaire l'interdiction de le modifier (N 749). C'est ce même délai de dix ans invariable qui s'applique aux défauts cachés intentionnellement (article 210 alinéa 3 CO)⁸⁹⁰.
- 795 La durée du délai de l'article 210 alinéa 1 CO est d'une année, mais la loi elle-même réserve le cas où « le vendeur aurait promis sa garantie pour un délai plus long ». Bien que la lettre de la loi ne semble tolérer que la prolongation, la jurisprudence et la doctrine admettent que l'abrégement de ce délai est aussi autorisé (voir N 733, 743 et 761-766). Cela ressort par ailleurs de la possibilité qu'ont les parties de supprimer totalement la garantie pour les défauts.
- 796 En présence d'une clause qui fixe un « délai de garantie » d'une durée d'un an, il y a lieu de présumer que les parties n'ont pas voulu modifier le système prévu par la loi en ce qui concerne le délai d'avis pour les défauts, le délai de prescription et le point de départ de la prescription⁸⁹¹.
- 797 Si le délai de garantie est différent de celui prévu par la loi, le juge doit établir la réelle et commune intention des parties. Il le fera à l'aide des règles usuelles, en particulier au regard du principe de la bonne foi et des circonstances du cas⁸⁹². Comme il n'est pas dans notre propos de vouloir aborder dans le cadre du présent travail toutes les difficultés et controverses caractérisant l'interprétation de telles clauses, nous nous bornons à mentionner les trois principales pistes d'interprétation qui s'offrent au juge.
- 798 La première consiste à considérer que le délai convenu est en fait un délai d'avis des défauts selon l'article 201 CO qui ne modifie pas le délai de prescription. Bien que la jurisprudence ait parfois tranché dans ce sens⁸⁹³, elle manque d'unité en la matière. Dans le doute, une partie de la doctrine penche pour cette solution en particulier lorsque le délai est inférieur au délai légal⁸⁹⁴.
- 799 Selon la deuxième piste d'interprétation, la clause prévoit un point de départ différé du délai de prescription, à savoir après la fin du délai d'avis ou dès la constatation d'un défaut. Une

⁸⁸⁷ ATF 104 II 357.

⁸⁸⁸ Pour les détails du champ d'application, voir HONSELL, BSK, OR 210 N 3; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 2-3.

⁸⁸⁹ ATF 122 III 426, 431.

⁸⁹⁰ ATF 107 II 231, 232-233.

⁸⁹¹ GIGER, BK, OR 210 N 55. Dans le même sens concernant le point de départ et le délai de la prescription: ATF 78 II 367, 368.

⁸⁹² GIGER, BK, OR 210 N 52; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 9. Pour le contrat d'entreprise, voir aussi GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2496; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 457; TSCHÜTSCHER, thèse, pp. 166-168; TSCHÜTSCHER, Verjährung, p. 254.

⁸⁹³ RSJ 55 p. 90, 91, n°33 (Tribunal de commerce d'Argovie); ZR 43 Nr. 240 p. 356 (Tribunal de commerce de Zurich).

⁸⁹⁴ GIGER, BK, OR 210 N 56; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 9.

modification combinée du point de départ du délai et du délai lui-même est par ailleurs aussi possible dans les limites de la durée maximale admissible (à ce sujet, voir N 675-677).

800 En faisant application de la troisième piste d'interprétation, le juge admettra que les parties ont voulu stipuler un délai de prescription plus court ou plus long⁸⁹⁵ que le délai légal. Les deux cas doivent être distingués.

801 – En cas d'abrègement, le délai de prescription doit être suffisant pour que l'acheteur puisse exercer son droit de manière équitable, selon le principe posé par le Tribunal fédéral dans le domaine du contrat d'entreprise (N 733, 743 et 812) et qui vaut de manière générale (N 761). Certains auteurs plaident pour une liberté totale des parties à ce sujet dans la mesure où elles peuvent supprimer par convention toute prétention en garantie dans les limites de la loi⁸⁹⁶. Nous sommes d'avis que la jurisprudence doit être approuvée. En effet, aucune partie n'admettrait de passer une convention lui accordant un droit qui serait condamné à rester lettre morte.

802 *Exemple: le vendeur d'un véhicule d'occasion s'engage par contrat à accorder à l'acheteur un délai de garantie de sept jours dès la livraison. A supposer que l'acheteur découvre un vice dans les trois ou quatre premiers jours, un tel délai l'obligerait selon les circonstances à accomplir un acte interruptif avant même d'avoir pu discuter avec le vendeur.*

803 Dans ce cas, le juge doit considérer que la clause est nulle et appliquer le délai supplétif prévu par la loi, ainsi que le Tribunal fédéral l'a décidé (voir N 770 et l'arrêt cité).

804 – La prolongation maximale du délai de prescription de l'article 210 alinéa 1 CO est de dix ans, ainsi que le veut la règle générale (N 744 et 757), le point de départ de ce délai étant toutefois fixé non à l'exigibilité de la créance mais à la livraison de la chose (N 758). Une garantie donnée pour toute la durée de vie d'un produit n'est donc pas possible en droit suisse, pas plus que dans les pays qui instaurent un délai supplétif de prescription fixé en années (voir par exemple N 334 pour le droit allemand). Rien n'empêche naturellement un vendeur d'honorer un tel engagement et même de refuser d'exciper de la prescription en cas de procès, son engagement ne le liant cependant que pour dix ans dès la livraison.

805 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le seul fait de garantir une qualité qui ne dépend pas de l'écoulement du temps ou qui détermine l'identité même de la chose ne vaut pas implicitement stipulation d'un délai plus long⁸⁹⁷.

806 Comme nous l'avons déjà mentionné, la sanction attachée à un délai plus long que le délai maximal autorisé est la réduction à la durée maximale (N 771).

b) Dans la vente de biens culturels

807 Lors de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels, un nouvel alinéa 1^{bis} a été introduit à l'article 210 CO, entré en vigueur le 01.06.2005. Il concerne la vente de biens culturels au sens de l'article 2 alinéa 1 LTBC. Le délai de prescription de l'action en garantie est d'un an dès le moment où l'acheteur a découvert les dé-

⁸⁹⁵ Sur les nuances possibles, voir GIGER, BK, OR 210 N 57. Voir aussi l'ATF 4C.258/2001, c. 4.1.2 (partiellement publié, ATF 128 III 416, mais pas le considérant sur la prolongation du délai de prescription).

⁸⁹⁶ GEHRER, pp. 202-204; GIGER, BK, OR 210 N 45; LÖRTSCHER, pp. 178-179; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 2-3.

⁸⁹⁷ Voir ATF 102 II 97, 101-103 pour cette problématique. GIGER, BK, OR 210 N 54; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 458.

fauts. A ce délai s'ajoute un délai absolu de 30 ans dès la conclusion du contrat. Ce double délai constitue une nouveauté en matière contractuelle dans le droit suisse.

808 Contrairement à l'alinéa 1, l'alinéa 1^{bis} ne réserve pas une convention contraire des parties. Dans son message, le Conseil fédéral ne s'est pas penché sur cette question⁸⁹⁸. Vu toutefois le but de la nouvelle loi et le caractère impératif de ses règles, le législateur a sans doute voulu instaurer un régime de délai de prescription soustrait à la liberté des parties. Par conséquent, le régime juridique applicable en matière d'autonomie de la volonté n'est pas celui de l'article 210 alinéa 1 *in fine* CO, mais bien celui des délais originaires invariables pour le délai d'un an (N 786-788) et celui des délais absolument invariables pour le délai de 30 ans (N 789-792).

c) *Dans la vente immobilière*

809 En matière de prescription des actions en garantie dans la vente immobilière, le Code des obligations renvoie en principe à la réglementation de la vente mobilière (article 221 CO), tout en établissant un délai de cinq ans dont le point de départ est fixé au transfert de propriété (article 219 alinéa 3 CO). Ce délai spécial vaut pour les bâtiments selon le texte de la loi, mais également pour tous les autres défauts liés à un immeuble⁸⁹⁹.

810 Le délai de cinq ans peut être abrégé et prolongé dans les mêmes limites que le délai de l'article 210 alinéa 1 CO (N 794-806; voir aussi les références citées au N 743)⁹⁰⁰, la durée maximale de dix ans étant comptée dès le transfert de propriété. Comme pour la vente mobilière, un abrègement excessif doit être prohibé⁹⁰¹. SCHUMACHER/RÜEGG plaident pour la validité d'une garantie qui irait au-delà de ce délai pour des cas particuliers, par exemple en cas de site contaminé⁹⁰².

B. La prescription des créances en garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise

811 Selon l'article 371 alinéa 1 CO, les règles de la vente s'appliquent à la prescription des prétentions du maître en raison des défauts de l'ouvrage, le point de départ du délai étant fixé à la réception pour la construction immobilière (article 371 alinéa 2 CO)⁹⁰³.

812 Dans un arrêt relativement ancien que nous avons déjà cité (N 733), le Tribunal fédéral avait expressément jugé que le délai de prescription de cinq ans pour un ouvrage immobilier pouvait être prolongé⁹⁰⁴. Il a également admis un abrègement⁹⁰⁵, pour autant qu'il ne constitue pas pour le créancier une entrave inéquitable à la poursuite de ses droits⁹⁰⁶. Ces principes

⁸⁹⁸ Message CF 21.11.2001 relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 et à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (LTBC), FF 2002 505, 573.

⁸⁹⁹ ATF 104 II 265, 270. Critique: GIGER, BK, OR 219 N 79 (avec des références complètes aux autres avis doctrinaux).

⁹⁰⁰ Voir aussi FOËX, CR-CO I, art. 219 N 24; GIGER, BK, OR 219 N 95; SCHUMACHER/RÜEGG, p. 276.

⁹⁰¹ *Contra*: GIGER, BK, OR 219 N 97; LÖRTSCHER, pp. 178-179.

⁹⁰² SCHUMACHER/RÜEGG, p. 276.

⁹⁰³ Pour les détails sur la garantie pour les ouvrages immobiliers, voir GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2214-2251; KOLLER, PJA 1994, pp. 1547-1553.

⁹⁰⁴ ATF 63 II 180.

⁹⁰⁵ ATF 97 II 350, 354-355.

⁹⁰⁶ ATF 108 II 194, 195-196.

n'ont plus été modifiés, mais simplement rappelés dans des arrêts plus récents⁹⁰⁷. Le délai de dix ans pour les défauts cachés intentionnellement n'est pas susceptible d'être abrégé⁹⁰⁸.

- 813 Cette jurisprudence n'est pas critiquée dans la doctrine⁹⁰⁹. GEHRER est néanmoins d'avis que le délai de dix ans ne constitue pas la limite maximale d'une prolongation (voir aussi N 744)⁹¹⁰, alors que certains auteurs estiment qu'aucune limite n'est fixée à l'abrègement des délais de prescription⁹¹¹, ce qui n'est à notre avis pas correct (voir aussi N 743 et 801).
- 814 Pour le reste, nous renonçons à répéter tous les développements concernant la vente qui s'appliquent *mutatis mutandis* (voir N 794-806 et 809-810).
- 815 Selon l'article 180 alinéa 1 de la norme SIA 118, le délai de prescription est uniformément de cinq ans, quelle que soit la nature de l'ouvrage considéré⁹¹².

C. La prescription des créances dans le contrat d'assurance

- 816 L'article 46 LCA est une disposition de nature relativement impérative en vertu de l'article 97 LCA, ce qui signifie que toute modification au détriment du preneur d'assurance est nulle. Cet article a connu à ce sujet une genèse mouvementée et aurait probablement dû figurer au rang des dispositions absolument impératives⁹¹³ (voir aussi N 657). L'avant-projet de révision totale (N 656) prévoit, à son article 55, de rendre les délais de prescription absolument impératifs, de les prolonger à cinq ans (voire dix ans pour les cas de prestations périodiques) en fixant un *dies a quo* différent pour la prescription des primes et celle des prétentions découlant du contrat d'assurance⁹¹⁴.
- 817 La règle de l'article 46 LCA est relativement claire et signifie que les prétentions du preneur d'assurance (ou du bénéficiaire) contre l'assureur sont soumises à un délai de prescription minimal de deux ans et que ce délai peut être prolongé. Ce contenu ressort par ailleurs des deux alinéas de l'article⁹¹⁵. Cette disposition ne suscite pas de difficultés concernant le délai de prescription et la doctrine ne fait que la mentionner⁹¹⁶ ou n'aborde pas cette question, se limitant à la problématique de la clause de péremption⁹¹⁷. L'enjeu pratique en est par ailleurs fort réduit, étant donné que c'est l'assureur qui établit les conditions générales d'assurance et qu'il n'a en principe aucun intérêt à prolonger la prescription. Les problèmes théoriques qui peuvent se poser en relation avec les prétentions contre l'assureur sont la durée maximale du

⁹⁰⁷ ATF 120 II 214, 220; implicitement aussi ATF 118 II 142, 149.

⁹⁰⁸ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2493; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 464.

⁹⁰⁹ Voir par exemple dans la doctrine récente CHAIX, CR-CO I, art. 371 N 41; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2490-2495; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 460-462; TSCHÜTSCHER, Verjährung, p. 253; ZINDEL/PULVER, BSK, OR 371 N 40.

⁹¹⁰ GEHRER, p. 202.

⁹¹¹ GEHRER, pp. 202-204; GIGER, BK, OR 210 N 45; LÖRTSCHER, pp. 178-179; VENTURI, CR-CO I, art. 210 N 2-3.

⁹¹² GAUCH, SIA-Kommentar, Art. 180 N 4a; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 468; TSCHÜTSCHER, Verjährung, pp. 254-255. Pour la norme SIA 102, voir SCHUMACHER, N 672-673.

⁹¹³ Pour les détails à ce sujet, voir KUNZ, pp. 162-167 et THALMANN, pp. 80-87.

⁹¹⁴ EXPERTENKOMMISSION TOTALREVISION VVG, Vorentwurf VVG 31.07.2006, p. 18 (en allemand).

⁹¹⁵ KRAUSKOPF, Verjährung, p. 128; THALMANN, p. 85.

⁹¹⁶ GRABER, BSK, VVG 46 N 35; KOENIG, p. 109; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 29; KUHN, p. 162; PÉTERMANN, p. 312; SPIRO I, p. 856.

⁹¹⁷ KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, pp. 194-195; MAURER, pp. 400-401; OSTERTAG/HIESTAND, VVG 46 N 5-6.

délai et les moments possibles de la modification. Comme pour tous les autres délais, la durée maximale est de dix ans⁹¹⁸. Nous nous devons toutefois de préciser que cette durée court à compter du point de départ spécial et non de l'exigibilité, soit du fait d'où naît l'obligation (N 758). Selon l'opinion de KOLLER que nous approuvons, les deux types de modifications, originaires et subséquentes, sont possibles⁹¹⁹. Le délai de prescription pour les prétentions contre l'assureur obéit ainsi au même régime que les délais minimaux (N 778-785), mais ceci en vertu d'une règle spéciale expresse.

- 818 Pour ce qui est des prétentions contre le preneur d'assurance, par exemple la prétention de l'assureur au paiement de la prime, il ressort du caractère relativement impératif de l'article 46 alinéa 2 LCA qu'une prolongation de la prescription qui leur est applicable n'est pas admissible⁹²⁰. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué, une prolongation de la prescription tend à diminuer la protection du débiteur (N 709). S'agissant d'un éventuel abrègement, la question n'a aucune portée pratique. Néanmoins, l'intention du rédacteur de la Loi sur le contrat d'assurance à ce sujet était claire: le délai de deux ans est impératif pour toutes les prétentions autres que celles contre l'assureur⁹²¹. Cette opinion est tout à fait défendable, si l'on admet qu'en édictant une norme spéciale, le législateur n'a implicitement voulu déroger au principe de l'article 129 CO que pour les prétentions contre l'assureur. Cette interprétation est d'ailleurs étayée par le fait que l'article 46 LCA a été mis au rang des dispositions relativement et non absolument impératives dans le seul but de permettre la prolongation des délais de prescription pour les créances contre l'assureur⁹²². Il n'y a certes pas d'argument de politique juridique en défaveur de l'abrègement comme en matière de responsabilité civile (N 778-785 et 822), mais la genèse de la règle parle clairement contre son admissibilité. On voit d'ailleurs difficilement quel serait l'intérêt d'un assureur à péjorer sa propre situation. Par rapport à tous les autres délais considérés jusqu'ici, le fait de concevoir un délai pouvant être abrégé mais non prolongé constituerait une bizarrerie étrangère au droit suisse. En effet, tous les délais susceptibles d'être abrégés sont aussi toujours susceptibles d'être prolongés.
- 819 Finalement, il convient de relever que les restrictions de l'article 46 LCA ne s'appliquent pas à l'assurance-transport⁹²³ (article 98 alinéa 2 LCA; voir aussi N 657-660). Dans cette matière, le délai de deux ans peut dès lors être abrégé et prolongé dans les limites générales prévues pour les délais situés hors du titre troisième du Code des obligations (N 753-771)⁹²⁴, le point de départ pour le calcul du délai maximal étant le fait d'où naît l'obligation.

D. La prescription des créances en dommages-intérêts découlant de certaines règles de la responsabilité civile

- 820 Dans le domaine de la responsabilité civile, certaines lois spéciales contiennent des règles qui déclarent nulles les clauses d'exclusion ou de restriction de responsabilité. Bien que la formulation de ces règles varie, le principe est identique.
- 821 Comme nous l'avons déjà expliqué et ainsi que le préconise la doctrine allemande (N 333), une règle qui prohibe toute limitation de responsabilité interdit aussi d'abrèger le délai de

⁹¹⁸ KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 29. Dans le même sens: GRABER, BSK, VVG 46 N 35.

⁹¹⁹ KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 29.

⁹²⁰ KOENIG, p. 109.

⁹²¹ ROELLI/KELLER I, p. 671; ROELLI (1^{re} édition), p. 560.

⁹²² Voir les détails à ce sujet chez KUNZ, pp. 163-164.

⁹²³ KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 29.

⁹²⁴ Très critiques concernant cette liberté presque totale: KUNZ, pp. 166-167; SPIRO I, p. 865 note de bas de page 5; THALMANN, pp. 90-100.

prescription de l'action en dommages-intérêts correspondante. En effet, un tel abrègement constitue précisément une clause qui restreint la responsabilité.

822 Certaines des règles que nous allons citer n'interdisent une telle restriction que si elle est stipulée d'avance. Toutefois, conformément au principe qui vaut à notre avis de manière générale pour le droit de la responsabilité civile, un abrègement subséquent de la prescription serait également prohibé et par ailleurs difficilement concevable en pratique (N 778).

823 Par conséquent, tous les délais régis par des règles spéciales du droit de la responsabilité civile obéissent aux principes suivants en matière de prescription:

824 – L'abrègement originaire et subséquent est prohibé⁹²⁵, la sanction d'une convention contraire étant la nullité.

825 – La prolongation originaire et subséquente est autorisée⁹²⁶, toutefois dans les limites de la durée maximale, une clause excessive devant être ramenée à cette durée (N 771). A notre avis, rien n'interdirait aux parties de prévoir, par exemple par le biais des conditions générales, que le délai sera prolongé même avant qu'il n'ait commencé à courir. Lorsque la loi spéciale définit une durée plus longue que celle de dix ans, qu'il s'agisse d'un délai de péremption ou de prescription, c'est cette durée maximale qui s'applique (N 758).

826 Pour la suite de l'exposé, nous nous bornerons à mentionner les lois qui contiennent des règles spéciales, sans entrer dans tous les détails, étant donné que les principes applicables en matière de modifications conventionnelles du délai sont les mêmes pour toutes ces lois.

a) Responsabilité en matière nucléaire

827 Selon l'article 10 alinéa 1 LRCN, les prétentions en dommages-intérêts se prescrivent par trois ans dès la connaissance du dommage et de la personne qui en assume la responsabilité ou la couverture. Le délai absolu est, quant à lui, conçu comme délai de péremption et non de prescription et fixé à 30 ans.

828 L'article 8 alinéa 1 LRCN sanctionne de nullité les conventions qui excluent ou restreignent la responsabilité civile résultant de la loi.

b) Responsabilité du détenteur de véhicule automobile

829 En droit de la circulation routière, l'article 87 LCR, qui a par ailleurs servi de modèle à l'article 8 LCRN⁹²⁷, interdit les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité. Il s'applique donc également au délai relatif de deux ans et au délai absolu de dix ans instaurés par l'article 83 alinéa 1 LCR.

c) Responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse

830 Dans ce domaine, les actions en indemnité se prescrivent par deux ans à partir du jour de l'accident (article 14 alinéa 1 LRespC). Selon l'article 16 LRespC, les publications, règlements ou conventions spéciales qui excluraient ou restreindraient d'avance la responsabilité civile sont sans valeur légale.

⁹²⁵ SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1518.

⁹²⁶ Expressément pour la LRespC, ATF 99 II 185, 189.

⁹²⁷ WIDMER/WESSNER, p. 345.

d) Responsabilité pour le fait des produits

831 La prescription des prétentions en dommages-intérêts de la responsabilité du fait des produits est fixée à trois ans dès le moment où la victime a ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur (article 9 LRFP).

832 L'article 8 LRFP prévoit la nullité des conventions qui limitent ou excluent au détriment de la victime la responsabilité civile. Cette règle englobe toute clause susceptible d'améliorer la situation du responsable⁹²⁸. Cette règle interdit par conséquent tout abrègement de la prescription, qu'il soit originaire ou subséquent.

e) Responsabilité pour les installations électriques

833 Les dispositions réglant la prescription et l'exclusion de la responsabilité sont issues du même moule que celles de la Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse⁹²⁹ (N 830). L'article 37 LIE fixe le délai de prescription à deux ans, tandis que l'article 39 LIE enlève toute validité aux règlements, publications ou conventions spéciales qui excluraient ou limiteraient d'avance la responsabilité.

f) Responsabilité pour les fonds de placement

834 L'alinéa 3 de l'article 65 de l'ancienne Loi fédérale 18.03.1994 sur les fonds de placement, en vigueur jusqu'au 31.12.2006, excluait toute restriction de responsabilité (qui pouvait être civile ou contractuelle⁹³⁰), mais cette règle n'a pas été reprise dans la nouvelle Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (article 145 LPCC), sans explication à ce sujet⁹³¹.

E. La prescription des créances dans le contrat lié avec une entreprise de transports publics

835 Selon l'article 50 alinéa 1 LTP, les litiges d'ordre pécuniaire qui opposent un usager et une entreprise de transports publics relativement à un contrat de transport (de voyageurs ou de marchandises) ou de fourniture de wagon sont soumis à la juridiction civile. Selon l'article 46 alinéa 1 LTP, l'action fondée sur un tel contrat se prescrit par un an. La Loi fédérale sur le transport public ne donne pas d'autres précisions concernant ce délai, si ce n'est une règle particulière sur la suspension (article 46 alinéa 2 LTP). Vu que le juge civil est compétent, le délai obéit de toute évidence aux règles du droit privé pour le surplus.

836 L'article 1 alinéas 2^{bis} et 2^{ter} LTP fait de l'article 46 LTP une disposition impérative, quel que soit le type de transport. Par conséquent, le délai d'un an instauré par l'article 46 alinéa 1 LTP est absolument invariable.

Section 8 La classification des délais en fonction des modifications possibles

837 L'étude des quatre régimes applicables à la modification des délais de prescription (voir N 718-722) montre que les délais peuvent obéir aux mêmes règles matérielles concernant l'abrègement et la prolongation, ceci bien qu'ils soient soumis à des dispositions légales diffé-

⁹²⁸ FELLMANN, BSK (OR I), PrHG 8 N 2.

⁹²⁹ WIDMER/WESSNER, p. 348.

⁹³⁰ Pour l'ancienne Loi fédérale sur les fonds de placement: WIDMER/WESSNER, p. 405.

⁹³¹ Voir Message CF 23.09.2005 concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, FF 2005 5993, 6081-6082.

rentes. Par exemple, le délai de prescription absolu de dix ans de l'article 60 alinéa 1 CO ne peut être ni abrégé ni prolongé avant ou après qu'il a commencé à courir car il s'agit d'un délai situé hors du titre troisième qui est absolument invariable (N 790). Il obéit matériellement à la même règle que le délai de dix ans de l'article 127 CO qui est soumis au régime des délais du titre troisième.

- 838 Fort de cette constatation, nous sommes en mesure d'établir une classification des différents délais du droit civil fédéral en fonction des règles matérielles auxquelles ils obéissent (indépendamment du régime applicable). Pour établir cette classification, nous pouvons reprendre en les généralisant les trois catégories que nous avons établies en lieu et place de la catégorie des délais de droit strict, à savoir les délais minimaux, les délais originellement invariables et les délais absolument invariables (N 772-792). A ces trois catégories, nous devons en rajouter une, celle des délais variables.
- 839 Nous exposerons la classification en allant de la catégorie la plus rigide à la catégorie la plus « permissive » et ce pour les principaux délais du droit civil fédéral interne (pour le droit international, voir N 422-426), sans prétention à l'exhaustivité vu leur nombre et leur diversité. Les différents délais sont présentés à l'intérieur de chaque catégorie dans l'ordre de leur publication au Recueil systématique, avec la mention des principaux renvois légaux. Le régime est le même si le délai s'applique directement ou en vertu d'un arrêt du Tribunal fédéral, par exemple la gestion d'affaire imparfaite (voir note de bas de page 165) ou pour les prétentions récursoires non réglées spécialement (voir N 112).

A. Les délais absolument invariables

- 840 La première catégorie comprend les délais absolument invariables (« *absolut unabänderliche Fristen* »). Ce sont des délais qui ne peuvent être ni prolongés ni abrégés, quel que soit le moment envisagé (avant ou après que le délai a commencé à courir). Ces délais peuvent être absolument invariables, soit par le biais d'une règle expresse générale (article 129 CO) ou spéciale (interdiction des conventions exclusives de responsabilité civile, voir N 820-834), soit en vertu des principes applicables à certains délais situés hors du titre troisième (voir N 789-792). Dans cette catégorie, nous classons les délais suivants:
- 841 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité des organes de la tutelle selon l'article 455 alinéa 1 CC, aussi applicable en vertu de l'article 928 alinéa 2 CO aux autorités de surveillance du registre du commerce.
 - 842 – Le délai absolu de dix ans pour l'action en pétition d'hérédité selon l'article 600 alinéa 1 CC; ce délai est de 30 ans contre le possesseur de mauvaise foi selon l'article 600 alinéa 2 CC.
 - 843 – Le délai de dix ans pour l'action du légataire selon l'article 601 CC.
 - 844 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité civile selon l'article 60 alinéa 1 CO, aussi applicable selon l'article 421 alinéa 2 CO et l'article 273 LP⁹³² ainsi que selon les renvois globaux des lois spéciales de responsabilité civile.
 - 845 – Le délai absolu de dix ans pour l'enrichissement illégitime selon l'article 67 alinéa 1 CO, aussi applicable selon les articles 249, 421 alinéa 1 et 423 alinéa 2 CO.
 - 846 – Les délais du titre troisième du Code des obligations, à savoir les délais de dix ans des articles 127 et 137 alinéa 2, de cinq ans de l'article 128 et de soixante jours de l'article 139 CO; le délai de l'article 127 CO s'applique en particulier aussi aux créances visées aux articles 790 alinéa 2 CC (prétentions découlant d'une charge foncière devenues per-

⁹³² ATF 64 III 107, 110-113.

sonnelles), 210 alinéa 3 CO (garantie pour les vices cachés intentionnellement, aussi applicable en vertu de renvois, voir N 902), 454 alinéa 3 CO (dol ou faute grave du voiturier) et aux prétentions découlant de la responsabilité fondée sur la confiance⁹³³.

- 847 – Les délais absolus de 30 ans pour la vente mobilière de biens culturels selon les articles 196a et 210 alinéa 1^{bis} CO.
- 848 – Les délais absolus de dix ans pour la responsabilité en droit des sociétés anonymes et coopératives selon les articles 760 alinéa 1, 827⁹³⁴, 919 alinéa 1 et 920 CO; le délai de l'article 760 alinéa 1 CO s'applique également en matière bancaire selon l'article 39 alinéa 1 LB; il s'applique aussi en matière de fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine selon l'article 108 alinéa 3 LFus de même que le délai de l'article 920 CO par analogie.
- 849 – Le délai de deux ans pour les prétentions contre le preneur d'assurance selon l'article 46 alinéa 1 LCA⁹³⁵.
- 850 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité du canton concernant les tâches des autorités de poursuite et de la faillite selon l'article 6 alinéa 1 LP.
- 851 – Les délais de 20 ans pour les créances constatées par des actes de défaut de biens selon les articles 149a alinéa 1 et 265 alinéa 2 LP.
- 852 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité civile dans la circulation routière selon l'article 83 alinéa 1 LCR; ce délai est applicable aussi pour la responsabilité des véhicules des entreprises concessionnaires de transport de voyageurs selon l'article 5 alinéa 2 LTV.
- 853 – Le délai d'un an pour la prescription des créances découlant d'un contrat lié avec une entreprise de transports publics selon l'article 46 alinéa 1 LTP.
- 854 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité civile en matière d'installations de transport par conduites selon l'article 39 alinéa 1 LITC.
- 855 – Le délai absolu de 30 ans pour la responsabilité civile en matière d'organismes pathogènes selon l'article 59c alinéa 2 LPE.
- 856 – Le délai absolu de 30 ans pour la responsabilité civile en matière de radioprotection selon l'article 40 LRaP.
- 857 – Le délai absolu de 30 ans pour la responsabilité civile en matière de génie génétique non humain selon l'article 32 alinéa 1 LGG.
- 858 – Le délai absolu de dix ans pour la responsabilité civile en matière de services de certification de signatures électroniques selon l'article 18 SCSE.
- 859 – Le délai de dix ans pour la responsabilité en matière de placement de capitaux selon l'article 147 alinéa 1 LPCC.
- 860 – Tous les délais extraordinaires du droit civil liés à la prescription plus longue d'un acte punissable selon les articles 455 alinéa 2 CC, 60 alinéa 2 et 760 alinéa 2 CO, 6 alinéa 2

⁹³³ Concernant la nature contractuelle des modalités de l'action en responsabilité fondée sur la confiance, voir ATF 130 III 345; ATF 128 III 324. Voir aussi ARIANE MORIN, Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance, in JT 2005 I, pp. 41-61, en particulier p. 58.

⁹³⁴ Aussi dans le nouveau droit tel qu'adopté le 16.12.2005, FF 2005 6809, 6838.

⁹³⁵ Le délai serait prolongé à cinq ans, mais le régime juridique ne changerait pas selon l'art. 55 de l'avant-projet de révision totale de la LCA (N 816).

LP, 83 alinéa 1 LCR, 39 alinéa 1 LITC, 147 alinéa 2 LPCC, lorsque la durée de cette prescription est d'une durée égale ou supérieure à dix ans.

861 Nous nous devons de rappeler ici que la modification qui est exclue est la modification conventionnelle, à savoir celle qui touche l'extension même du délai (N 707). Le caractère invariable du délai ne porte pas préjudice à la faculté du débiteur de renoncer à la prescription en cours (N 1107).

B. Les délais originairement invariables

862 La deuxième catégorie comprend les délais qui ne sont pas susceptibles d'être abrégés, mais qui peuvent être prolongés jusqu'à la durée maximale de dix ans une fois qu'ils ont commencé à courir (« *ursprünglich unabänderliche Fristen* »). Comme nous l'avons déjà exposé (N 786), il faut considérer ces délais comme l'expression de la volonté du législateur d'établir à la fois un standard minimal pour le créancier et de soustraire le débiteur à des engagements excessifs anticipés. On trouve également dans cette catégorie les délais de moins de dix ans qui ne peuvent par définition pas être modifiés avant qu'ils n'aient commencé à courir. Dans la pratique, la prolongation des délais de la présente catégorie ne se fera que dans le cadre d'une convention qui veut éviter des actes interruptifs de prescription. Dans cette catégorie, nous classons les délais suivants:

- 863 – Le délai d'un an pour les prétentions découlant des fiançailles selon l'article 93 CC.
- 864 – Le délai d'un an⁹³⁶ pour la responsabilité en matière de privation de liberté à des fins d'assistance selon l'article 429a alinéa 1 CC.
- 865 – Les délais d'un an pour la responsabilité des organes de tutelle selon les articles 454 alinéa 1 et 2 et 455 alinéa 1 CC, aussi applicables en vertu de l'article 928 alinéa 2 CO aux autorités de surveillance du registre du commerce.
- 866 – Le délai de cinq ans pour la créance à l'excédent du produit dans le prêt sur gage selon l'article 911 alinéa 3 CC.
- 867 – Le délai d'un an pour l'action en cessation du trouble ou en restitution de la possession selon l'article 929 alinéa 2 CC.
- 868 – Le délai relatif d'un an pour l'enrichissement illégitime selon l'article 67 alinéa 1 CO, aussi applicable selon les articles 249, 421 alinéa 1 et 423 alinéa 2 CO.
- 869 – Le délai relatif d'un an pour la vente mobilière de biens culturels selon les articles 196a et 210 alinéa 1^{bis} CO.
- 870 – Les délais de cinq ans pour la responsabilité et la responsabilité pour les dettes en droit des sociétés selon les articles 591 alinéa 1, 619 alinéa 1, 760 alinéa 1 (délai relatif), 802 alinéa 1⁹³⁷, 827⁹³⁸, 919 alinéa 1 (délai relatif) et 920 (délai relatif) CO; le délai de l'article 760 alinéa 1 CO s'applique également en matière bancaire selon l'article 39 alinéa 1 LB; il s'applique aussi en matière de fusion, scission, transformation et transfert de patrimoine selon l'article 108 alinéa 3 LFus de même que les délais des articles 827 et 920 CO par analogie.
- 871 – Les délais de cinq ans pour la restitution de prélèvements de mauvaise foi en droit des sociétés anonymes et à responsabilité limitée selon les articles 678 alinéa 4 et 806 ali-

⁹³⁶ ATF 116 II 407, 409-411.

⁹³⁷ Cette disposition sera remplacée par l'art. 794 selon le nouveau droit tel qu'adopté le 16.12.2005, FF 2005 6809, 6825. Le renvoi aux règles de la société en nom collectif tombe.

⁹³⁸ Aussi dans le nouveau droit tel qu'adopté le 16.12.2005, FF 2005 6809, 6838.

née 3 CO⁹³⁹ (le délai est de deux ans si le prélèvement s'est fait de bonne foi dans la société à responsabilité limitée).

- 872 – Les délais du droit de change et du chèque selon les articles 1069 alinéa 1 à 3 (trois ans, un an, six mois) et 1134 alinéa 1 et 2 (six mois) CO.
- 873 – Le délai d'un an pour les créances constatées par des actes de défaut de biens à l'encontre des héritiers selon les articles 149a alinéa 1 et 265 alinéa 2 LP.
- 874 – Le délai de deux ans pour la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et de la Poste Suisse selon l'article 14 alinéa 1 LRespC; ce délai est applicable aussi pour la responsabilité des autres entreprises concessionnaires de transport de voyageurs selon l'article 5 alinéa 1 LTV et pour la responsabilité des exploitants d'installations à câbles selon l'article 20 LICa.
- 875 – Le délai d'un an pour les prétentions contre celui qui agit en cessation de trouble ou requiert des mesures provisionnelles en droit des brevets d'invention selon les articles 72 alinéa 2 et 80 alinéa 2 LBI, ainsi qu'en matière d'obtentions végétales⁹⁴⁰.
- 876 – Le délai de deux ans en matière de responsabilité civile pour les installations électriques selon l'article 37 LIE; ce délai est applicable aussi pour la responsabilité des trolleybus découlant de l'effet du courant électrique⁹⁴¹.
- 877 – Le délai d'un an pour la responsabilité civile en matière d'aviation selon l'article 68 alinéa 1 LA, si la personne lésée n'est pas en mesure de prouver qu'elle n'a pas pu avoir connaissance du dommage ou de son étendue, ainsi que le délai absolu de trois ans selon l'article 68 alinéa 2 LA.
- 878 – Le délai de deux ans pour les créances découlant d'un acte d'avarie commune selon l'article 124 alinéa 1 LNM.
- 879 – Tous les délais extraordinaires du droit civil liés à la prescription plus longue d'un acte punissable selon les articles 455 alinéa 2 CC, 60 alinéa 2 et 760 alinéa 2 CO, 6 alinéa 2 LP, 83 alinéa 1 LCR, 39 alinéa 1 LITC et 147 alinéa 2 LPCC lorsque la durée de cette prescription est d'une durée inférieure à dix ans.

C. Les délais minimaux

- 880 La troisième catégorie comprend les délais qui ne sont pas susceptibles d'être abrégés, mais qui peuvent faire l'objet d'une prolongation originaire et subséquente (« *Minimalfristen* »). Avec ce type de délais, le législateur établit un standard minimal pour le créancier, sans chercher à protéger spécifiquement le débiteur contre des engagements excessifs (N 778 et 780-781). La différence entre cette catégorie et celle des délais originellement invariables consiste en l'admissibilité de la prolongation originaire, par exemple dans le cadre d'un rapport contractuel ou d'une convention visant à éviter des actes interruptifs. Ce dernier cas de figure est rendu possible par le fait qu'un délai relatif peut être prolongé avant d'avoir commencé à courir si l'auteur du dommage ou la personne responsable est connu(e) mais que le principe ou l'étendue du dommage ne l'est pas encore (voir N 703-704). Il va sans dire que le cas où le

⁹³⁹ Remplacé par l'art. 800 selon le nouveau droit tel qu'adopté le 16.12.2005, FF 2005 6809, 6827: les dispositions du droit de la société anonyme s'appliquent (art. 678 al. 4 CO).

⁹⁴⁰ Art. 46 al. 2 de la Loi fédérale du 20.03.1975 sur la protection des obtentions végétales (RS 232.16).

⁹⁴¹ Art. 15 al. 2 de la Loi fédérale du 29.03.1950 sur les entreprises de trolleybus (RS 744.21), aussi applicable aux gyrobus selon l'art. 1 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 28.08.1953 sur les entreprises de gyrobus (RS 744.212).

dommage est connu mais pas l'auteur ou le responsable n'est pas assimilable, étant donné qu'il est impossible de passer un accord avec une personne inconnue. Nous nous devons de préciser que la modification originale d'un délai relatif n'est naturellement possible que tant que le délai absolu correspondant n'est pas échu. Une fois ce dernier délai échu, seule une renonciation à la prescription acquise est possible. Dans cette catégorie, nous classons les délais suivants:

- 881 – Le délai d'un an pour les prétentions en dommages-intérêts découlant d'un usufruit selon l'article 754 CC.
- 882 – Le délai relatif d'un an de l'action en pétition d'hérédité selon l'article 600 alinéa 1 CC.
- 883 – Le délai relatif d'un an pour la responsabilité civile selon l'article 60 alinéa 1 CO, aussi applicable selon l'article 421 alinéa 2 CO et l'article 273 LP⁹⁴² ainsi que les renvois globaux des lois spéciales de responsabilité civile ou d'autres lois fédérales, notamment en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale.
- 884 – Le délai d'un an pour les prétentions récursoires des coopérateurs personnellement responsables pour les dettes selon l'article 878 alinéa 2 CO (l'alinéa 1 de cette disposition introduit un délai de péremption⁹⁴³).
- 885 – Le délai de trois ans pour la responsabilité du fait des produits selon l'article 9 LRFP.
- 886 – Le délai de deux ans pour les prétentions contre l'assureur selon l'article 46 alinéa 1 LCA⁹⁴⁴.
- 887 – Le délai de trois ans pour les prétentions des créanciers envers les associés pour les dettes de la société transférante dans la fusion de sociétés selon l'article 26 alinéa 2 LFus, aussi applicable en cas de scission et de transformation selon les articles 48 et 68 alinéa 1 LFus, de même que par analogie pour les fusions et transformations auxquelles participent des instituts de droit public selon l'article 101 alinéa 1 LFus.
- 888 – Le délai de trois ans pour les prétentions des créanciers envers le sujet transférant dans le transfert de patrimoine selon l'article 75 alinéa 2 LFus, aussi applicable en cas de transfert de patrimoine entre institutions de prévoyance selon l'article 98 alinéa 2 LFus, de même que par analogie pour les transferts de patrimoine auxquels participent des instituts de droit public selon l'article 101 alinéa 1 LFus.
- 889 – Le délai relatif d'un an pour la responsabilité du canton concernant les tâches des autorités de poursuite et de la faillite selon l'article 6 alinéa 1 LP.
- 890 – Le délai relatif de trois ans pour la responsabilité civile en matière nucléaire selon l'article 10 alinéa 1 LRCN ainsi que le délai de trois ans pour les prétentions récursoires selon l'article 10 alinéa 2 LRCN.
- 891 – Le délai relatif de deux ans pour la responsabilité civile dans la circulation routière selon l'article 83 alinéa 1 LCR ainsi que le délai de deux ans pour les prétentions récursoires selon l'article 83 alinéa 3 LCR; ces délais sont applicables également à la responsabilité du fait de l'emploi d'un trolleybus⁹⁴⁵ et en matière de responsabilité pour

⁹⁴² ATF 64 III 107, 110-113.

⁹⁴³ NIGG, BSK, OR 878 N 10.

⁹⁴⁴ Le délai serait prolongé à cinq ans (dix ans pour les prestations périodiques) et deviendrait un délai absolument invariable selon l'art. 55 de l'avant-projet de révision totale de la LCA (N 816).

⁹⁴⁵ Art. 15 al. 1 de la Loi fédérale du 29.03.1950 sur les entreprises de trolleybus (RS 744.21), aussi applicable aux gyrobus selon l'art. 1 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 28.08.1953 sur les entreprises de gyrobus (RS 744.212).

les véhicules des entreprises concessionnaires de transport de voyageurs selon l'article 5 alinéa 2 LTV.

- 892 – Le délai relatif de deux ans pour la responsabilité civile en matière d'installations de transport par conduites selon l'article 39 alinéa 1 LITC ainsi que le délai de deux ans pour les prétentions récursoires selon l'article 39 alinéa 3 LITC.
- 893 – Le délai d'un an pour les prétentions récursoires de l'assureur dans la responsabilité en matière de navigation intérieure selon l'article 34 alinéa 3 LNI.
- 894 – Le délai d'un an pour la responsabilité civile en matière d'aviation selon l'article 68 alinéa 1 LA, dans la mesure où la personne lésée peut prouver qu'elle n'a pas eu ou pu avoir connaissance du dommage ou de son étendue dans le délai d'un an à compter du jour du dommage.
- 895 – Le délai relatif de trois ans pour la responsabilité civile en matière d'organismes pathogènes selon l'article 59c alinéa 2 LPE ainsi que le délai de trois ans pour les prétentions récursoires selon l'article 59d LPE.
- 896 – Le délai relatif de trois ans pour la responsabilité civile en matière de radioprotection selon l'article 40 LRaP.
- 897 – Le délai relatif de trois ans pour la responsabilité civile en matière de génie génétique non humain selon l'article 32 alinéa 1 LGG ainsi que le délai de trois ans pour les prétentions récursoires selon l'article 32 alinéa 2 LGG.
- 898 – Le délai relatif d'un an pour la responsabilité civile en matière de services de certification de signatures électroniques selon l'article 18 SCSE.
- 899 – Le délai relatif de cinq ans ou d'un an pour la responsabilité en matière de placement de capitaux selon l'article 147 alinéa 1 LPCC.

D. Les délais variables

- 900 La quatrième catégorie comprend les délais qui peuvent être prolongés et abrégés avant et après qu'ils ont commencé à courir (« *abänderliche Fristen* »). On relèvera que plus le délai est court, plus des limites seront posées à l'abrégement. Dans cette catégorie, nous classons les délais suivants:
- 901 – Le délai d'un an en matière de garantie entre cohéritiers selon l'article 637 alinéa 3 CC.
 - 902 – Les délais d'un an en matière de garantie mobilière selon les articles 210 alinéa 1 et 371 alinéa 1 CO; le délai de l'article 210 alinéa 1 CO est aussi applicable selon les articles 237 et 238 CO (échange) et 248 alinéa 2 CO (donation).
 - 903 – Les délais de cinq ans en matière de garantie immobilière selon les articles 219 alinéa 3 et 371 alinéa 2 CO.
 - 904 – Le délai de six mois pour les créances en délivrance et en acceptation du prêt de consommation selon l'article 315 CO.
 - 905 – Le délai d'un an pour les prétentions contre le voiturier selon l'article 454 alinéa 1 CO⁹⁴⁶.
 - 906 – Le délai de deux ans pour les prétentions découlant d'un contrat d'assurance-transport selon les articles 46 alinéa 1 et 98 alinéa 2 LCA.

⁹⁴⁶ Du même avis: CAPITAINE, p. 49.

- 907 — Le délai d'un an pour les prétentions découlant d'un contrat de location de navire, d'un contrat d'affrètement ou de transport maritime selon l'article 87 alinéa 2 LNM.

Chapitre IV Les clauses stipulées dans des conditions générales

- 908 Nous avons brièvement abordé le sujet des conditions générales en relation avec les droits allemand (N 330-333), autrichien (N 357) et français (N 379) ainsi qu'avec le droit européen (N 452)⁹⁴⁷. Il ressort par ailleurs implicitement de l'étude comparative que nous avons faite que plus l'autonomie des parties est grande dans le domaine de la prescription, plus le droit des conditions générales est important.
- 909 Il n'est pas dans notre propos de vouloir refaire ici dans leur ensemble l'histoire et la théorie du droit suisse des conditions générales. Comme l'autonomie de la volonté est globalement assez restreinte en droit suisse de la prescription, les conditions générales ne peuvent jouer qu'un rôle marginal. En effet, cela va de soi, ce que la loi n'admet pas dans une convention individuelle ne peut faire l'objet d'un contrat d'adhésion⁹⁴⁸. Le seul domaine dans lequel les conditions générales sont très employées en matière de prescription est celui des prétentions en garantie et en responsabilité découlant de la garantie.
- 910 Nous nous bornerons donc à rappeler les grandes lignes du régime juridique et à en discuter l'application en droit de la prescription.

Section 1 Les règles applicables

- 911 Les conditions générales sont des clauses contractuelles préformulées pour un grand nombre de contrats et utilisées par une partie à l'égard de l'autre⁹⁴⁹. Ces clauses ne font l'objet d'aucune négociation et la méthode de conclusion est celle de l'adhésion⁹⁵⁰. Les conditions générales qui nous intéressent en particulier sont les « conditions générales – clients » et, dans une moindre mesure, les « conditions générales – entreprises ».
- 912 Selon la réglementation qui vaut toujours en Suisse, les conditions générales n'ont aucune validité normative. Elles ne peuvent acquérir force de loi que si les parties les intègrent au contrat.
- 913 Les règles applicables sont peu nombreuses: la principale est l'article 8 LCD, alors que d'autres règles les mentionnent dans des domaines spécifiques, tels le droit du bail (articles 256 alinéa 2 lettre a et 288 alinéa 2 lettre a CO) et celui du contrat d'assurance (articles 3 alinéa 2 et 33⁹⁵¹ LCA). Un contrôle préventif des conditions générales était prévu dans le domaine des assurances privées⁹⁵², mais il a été largement supprimé, subsistant uniquement en matière d'assurance-maladie complémentaire et de prévoyance professionnelle selon l'article

⁹⁴⁷ Sur l'importance de ce modèle pour le droit suisse, voir FAVRE-BULLE, pp. 164-171; KRAMER, RDS 118 I, p. 303.

⁹⁴⁸ SCHWENZER, N 46.01.

⁹⁴⁹ Pour les questions terminologiques, voir FAVRE-BULLE, pp. 139-140 et les références citées.

⁹⁵⁰ SCHWENZER, N 44.01; WESSNER, RDS 1986 I, p. 164.

⁹⁵¹ Sur la portée de cet article, voir MORITZ KUHN, Auslegung von allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), unter Mitberücksichtigung von Art. 33 VVG, in Festschrift für HEINRICH HONSELL, Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Schulthess Zurich 2002, pp. 567-572.

⁹⁵² Art. 8 al. 1 lettre f et 17 al. 2 de l'ancienne Loi fédérale du 23.06.1978 sur la surveillance des assurances privées, en vigueur jusqu'au 31.12.2005; à ce sujet, voir BRUNNER, pp. 312-314.

4 alinéa 2 lettre r LSA⁹⁵³. Il est possible sous une autre forme, dans le domaine de l'information des consommateurs⁹⁵⁴. Un tel contrôle préventif ne garantit toutefois pas que les conditions générales examinées soient en tous points conformes au droit et il n'est en outre pas une condition de validité des conditions générales⁹⁵⁵. Un contrôle est également possible dans le droit des cartels⁹⁵⁶.

- 914 Dans la pratique, c'est avant tout le juge civil qui est chargé du contrôle des conditions générales, que ce soit en vertu de l'article 8 LCD ou des principes développés par la doctrine et la jurisprudence en application des règles générales du Code des obligations ou du Code civil. Dans le cadre de l'avant-projet de révision totale de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (voir N 656 et 816), la commission d'experts a proposé d'introduire un nouvel article 20a dans le Code des obligations afin de renforcer la position du juge civil et de lui permettre un véritable contrôle du contenu⁹⁵⁷ (N 918).
- 915 Dans un premier temps, le juge doit s'assurer que les conditions générales ont bien été incorporées au contrat dans leur ensemble. S'il répond par l'affirmative à cette question et qu'une clause est litigieuse, son examen comporte trois phases⁹⁵⁸:
- 916 – Le contrôle d'interprétation (« *Auslegungskontrolle* »): le juge doit déterminer le sens des clauses litigieuses selon les règles habituelles d'interprétation. Celles qui sont peu claires seront interprétées au détriment de celui qui les utilise (« *Unklarheitsregel* »), celles qui dérogent au droit dispositif de manière restrictive (« *Restriktionsprinzip* »). Une convention individuelle divergeant des conditions générales prime ces dernières.
- 917 – Le contrôle de l'intégration ou de la validité (« *Geltungskontrolle* »): le juge doit s'assurer que les clauses litigieuses (considérées séparément) des conditions générales ont bien été incorporées au contrat par la volonté des parties. Dans ce contexte, il pourra être amené à examiner si une clause doit être qualifiée d'insolite ou d'inhabituelle (« *Ungewöhnlichkeitsregel* »).
- 918 – Le contrôle du contenu (« *Inhaltskontrolle* »): ce contrôle est très controversé en droit suisse et plusieurs règles sont proposées pour le fonder en dehors du champ d'application très restreint de l'article 8 LCD⁹⁵⁹. Il consiste pour le juge à vérifier si la clause correspond à l'idée de justice contractuelle matérielle (« *materielle Vertragsgerechtigkeit* »⁹⁶⁰), c'est-à-dire si elle ne déroge pas notablement au régime légal applicable ou si elle n'instaure pas une répartition des droits et des obligations s'écartant

953 GROLIMUND, p. 153; SCHAER, *Modernes Versicherungsrecht*, p. 239. Voir aussi ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Stämpfli Berne 2006, pp. 163-164. Sur la probable évolution dans ce domaine, voir GROLIMUND, pp. 145-146.

954 Art. 3 de la Loi fédérale du 05.10.1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (RS 944.0); à ce sujet, voir BRUNNER, pp. 314-316.

955 KUHN, pp. 284-285.

956 A ce sujet, voir BRUNNER, pp. 316-318.

957 EXPERTENKOMMISSION TOTALREVISION VVG, Vorentwurf VVG 31.07.2006, p. 37 (en allemand). Pour une appréciation de cette proposition, voir GROLIMUND, pp. 157-160.

958 La doctrine surabonde en cette matière. Pour une approche générale, voir BAUDENBACHER, pp. 33-45; BUCHER, BSK, OR 1 N 58-65; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1138-1150; GUHL/KOLLER, § 13 N 50-53; SCHWENZER, N 45.01-46.09. Pour une présentation de la jurisprudence, voir BRUNNER, pp. 305-312, 320 et 321-332. Pour un exemple de démarche de contrôle, voir KOLLER T., pp. 52-61. Les principaux arrêts sont les suivants: ATF 130 III 686; ATF 123 III 292; ATF 123 III 165; ATF 122 III 118; ATF 119 II 443; ATF 109 II 452; ATF 109 II 24; ATF 91 II 344.

959 A ce sujet, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1149.

960 ATF 123 III 292, 298.

notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Une clause qui ne résiste pas à ce contrôle est nulle mais n'entraîne pas la nullité de tout le contrat. Le contrôle du contenu se veut une protection de la partie réputée la plus faible contre les clauses manifestement inéquitables, même dans le cas de « conditions générales – entreprises »⁹⁶¹. Il convient de relever que la règle de la clause insolite est de par sa nature également un instrument du contrôle du contenu (parfois désigné par contrôle « déguisé »⁹⁶² du contenu).

Section 2 En droit de la prescription

- 919 Les parties n'ont la liberté de modifier ni le principe de la prescription (N 547-553) ni, sauf exception, la nature du délai dans la réglementation de base (N 595-613 et 620-634). Elles ne peuvent pas davantage prévoir de nouvelles causes de suspension (N 683) ou de nouveaux cas d'interruption (N 695). Il est intéressant d'examiner quelles sont les clauses problématiques au regard des trois contrôles uniquement pour les points sur lesquels les parties jouissent d'une certaine liberté. Pour ce faire, nous suivrons la même systématique que pour la présentation des modifications conventionnelles (réglementation de base et délais).
- 920 Il convient encore de préciser à ce stade qu'il est extrêmement délicat de réfléchir au contrôle de clauses en l'absence de cas pratiques. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence n'a que très peu eu l'occasion de se pencher sur des clauses de conditions générales en relation avec la prescription et les développements qui suivent doivent être compris comme pistes de réflexion.

A. Les modifications apportées à la réglementation de base de la prescription

a) *Modification de la nature du délai en général*

- 921 Lorsque la stipulation d'une clause de péremption au sens étroit est licite, à savoir lorsqu'un abrègement du délai est possible (N 602-607), ou lorsque les parties conviennent d'une telle clause au sens large du terme (N 620-644), il se pose naturellement la question de savoir si l'incorporation au contrat par le biais de conditions générales résiste au contrôle de la validité. Notre droit des obligations ne prévoit en principe pas une telle clause (N 596-597) et elle n'est pas non plus prévue par les réglementations privées dans les domaines où elle serait possible (par exemples les normes SIA). A notre avis, une clause de péremption doit être considérée de manière générale comme étrangère au droit suisse des obligations. Si l'utilisateur des conditions générales n'attire pas l'attention de son cocontractant sur la clause particulière, alors le juge pourra la considérer comme non valable parce qu'insolite.

b) *Modification de la nature du délai en droit du contrat d'assurance*

- 922 La stipulation d'une clause de péremption ou de déchéance est admissible dans le contrat d'assurance (N 645-660).
- 923 Pour ce qui est de l'article 46 alinéa 2 LCA, la clause de déchéance est tout à fait courante et peut se retrouver dans tous les contrats d'assurance ordinaires conclus par tout un chacun (assurance de responsabilité civile privée, assurance-ménage, etc.). Par ailleurs, déjà au moment de l'adoption de la Loi sur le contrat d'assurance, le législateur était conscient du fait que la clause serait contenue dans des conditions générales d'assurance. La protection de l'assuré est

⁹⁶¹ BRUNNER, p. 309; WESSNER, RDS 1986 I, p. 166.

⁹⁶² FAVRE-BULLE, p. 151.

celle de l'article 46 alinéa 2 LCA lui-même. Dans la mesure où elle respecte cette disposition, la clause ne peut ni être considérée comme insolite ni faire l'objet d'un contrôle quant à son contenu. Si elle est moins favorable à l'assuré, un tel contrôle n'est pas nécessaire, étant donné que la loi donne elle-même la sanction (N 655). Il n'y a probablement plus lieu de redouter aujourd'hui qu'une telle clause soit formulée maladroitement ainsi que cela se produisait avant l'adoption de la Loi sur le contrat d'assurance (N 646-647). Si tel devait néanmoins être le cas, le juge devrait appliquer les règles développées pour le contrôle de l'interprétation (N 916).

- 924 Les assurances-transport relèvent essentiellement du domaine des « conditions générales – entreprises », mais pas uniquement⁹⁶³. Les arrêts de tribunaux que nous avons cités (N 657-660) montrent que la clause de déchéance est aussi courante dans ce domaine et que la durée du délai est souvent inférieure à deux ans. La clause en elle-même ne peut pas être qualifiée d'insolite. Selon les principes que nous avons développés, la durée du délai ne saurait être brève au point de constituer une entrave inéquitable à la poursuite des droits de l'assuré, ce qui constitue la limite inférieure impérative difficile à fixer abstraitement. Nous estimons qu'elle varie entre trois et six mois (voir N 658 et 761). La question mérite d'être posée de savoir si, en plus de cette limite, une clause de conditions générales qui fixerait un délai de déchéance inférieur à un an, admis par le Tribunal fédéral (N 658), ne devrait pas faire l'objet d'un contrôle attentif par le juge. Nous répondons par l'affirmative. Vu les conséquences d'une telle convention, l'utilisateur des conditions générales doit impérativement attirer l'attention de son cocontractant s'il désire lui faire adopter une clause de déchéance dont le délai serait inférieur à un an. A défaut, la clause devrait à notre sens être déclarée nulle, à la fois parce qu'elle pourrait être qualifiée d'insolite (aucun assuré ne s'attendrait normalement à une telle clause) et parce qu'elle ne résisterait pas à un contrôle du contenu en raison de son caractère inéquitable pour l'assuré.

c) Modification du point de départ du délai

- 925 Selon les règles de la partie générale du Code des obligations, les parties ne peuvent modifier le point de départ du délai qu'indirectement, soit par la convention d'un terme pour l'exigibilité ou alors par une convention de sursis (N 661-674). Ces deux instruments ne sont pas spécifiquement liés au droit de la prescription. Le terme pour l'exigibilité semble ne pas devoir poser de problèmes spécifiques liés à des conditions générales. Quant au sursis, il est par définition difficile d'envisager qu'il soit stipulé dans des conditions générales. Il s'agit en effet d'une convention individuelle.
- 926 Pour ce qui est des prétentions en garantie (N 675-677), la modification du point de départ est étroitement liée à la modification du délai et nous renvoyons aux développements qui vont suivre à ce sujet (N 931-938).
- 927 Dans le domaine du contrat d'assurance, le système de protection mis en place par la loi pour l'assuré a pour conséquence qu'une clause qui modifie le point de départ du délai ne peut avoir pour effet de réduire le délai (N 678-682). Vu ce standard de protection minimale, un contrôle des conditions générales par le juge sur ce point ne s'avère pas nécessaire.

B. La modification des délais de prescription

a) Généralités

- 928 Au moment d'aborder la question sous l'angle des conditions générales, il convient de relever que l'utilisateur des conditions générales pourrait succomber à deux types de tentations sur lesquelles le juge civil pourrait avoir à se pencher.

⁹⁶³ Voir par exemple EPA 1973 p. 29.

929 Premièrement, celle de prolonger la durée du délai de prescription des prétentions qu'il a contre son cocontractant, l'abrègement n'étant de toute manière pas dans son intérêt. Ce cas de figure ne présente toutefois aucun intérêt pratique. En effet, la partie qui adhère aux conditions générales est souvent celle dont l'obligation consiste à payer et elle devra la plupart du temps le faire d'avance. Par ailleurs, ce type de prétentions est en général soumis à des délais invariables, comme la plupart des prétentions contractuelles (N 753), à savoir ceux du titre troisième. Toute modification, qu'elle soit stipulée individuellement ou dans des conditions générales, est donc prohibée.

930 La deuxième tentation serait d'abrèger la durée du délai de prescription des prétentions que son cocontractant a contre lui (la prolongation ne posant pas de problèmes particuliers dans la mesure où elle est licite⁹⁶⁴). Selon la liste que nous avons établie, seuls les délais variables peuvent être modifiés dans ce sens (N 900-907)⁹⁶⁵. En droit du contrat d'assurance, un abrègement du délai légal n'est pas permis, sauf pour l'assurance-transport (N 819). Dans la pratique, la question pourrait aussi se poser pour les prétentions en dommages-intérêts découlant du contrat de transport (article 454 alinéa 1 CO) et pour les prétentions en garantie découlant des contrats de vente et d'entreprise. Nous allons ainsi examiner en particulier les prétentions en garantie, les développements à ce sujet pouvant être appliqués *mutatis mutandis* aux prétentions en dommages-intérêts découlant du contrat de transport et aux prétentions découlant d'un contrat d'assurance-transport.

b) En droit du contrat de vente et d'entreprise (garantie)

931 Contrairement à ce que disent les droits étrangers, tels les droits allemand (N 332-333), autrichien (N 358) et français (N 378), le droit suisse ne contient aucune règle qui définit la durée minimale du délai de prescription dans les contrats conclus avec des consommateurs.

932 Dans ce domaine, le Tribunal fédéral s'est déjà penché sur des clauses excluant la garantie («*Freizeichnungsklausel*») ou qui en modifiaient le régime légal⁹⁶⁶. Il s'est naturellement aussi occupé de clauses abrégeant le délai de garantie (voir N 733, 761, 795, 810 et 812) et a fixé une limite, à savoir celle de l'interdiction de stipuler un délai de façon à ce qu'il constitue une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier. Cette limite vaut bien entendu également pour des conditions générales, comme par ailleurs les autres limites impératives éventuelles fixées par la loi (voir par exemple N 794).

933 Mis à part ces limites et en l'absence de disposition légale, l'abrègement d'un délai de prescription de prétentions en garantie dans des conditions générales est donc licite.

934 Se pose dès lors la question de savoir si et comment le juge doit procéder au contrôle d'une clause de conditions générales qui abrège le délai de prescription.

935 Comme le Tribunal fédéral l'a précisé, le juge doit premièrement établir le sens de la clause avant de se servir des moyens spécifiquement liés au contrôle des conditions générales⁹⁶⁷. Il devra en particulier déterminer si la clause pourrait éventuellement consister en la stipulation d'un délai d'avis des défauts ou en un report du point de départ du délai de prescription (voir N 798-799). S'il arrive à la conclusion que c'est véritablement un délai de prescription plus court qui a été stipulé (N 800), il pourra alors procéder à son contrôle.

936 Le premier contrôle est celui de l'interprétation. Une clause peu claire (par exemple concernant les prétentions visées par la stipulation du délai plus court) ou dérogeant au régime

⁹⁶⁴ Pour un exemple dans le contrat d'assurance, voir MEUWLY, thèse, p. 425.

⁹⁶⁵ Dans le même sens: KESSLER, p. 104.

⁹⁶⁶ Voir par exemple ATF 130 III 686; ATF 123 III 165; ATF 109 II 24; ATF 91 II 344.

⁹⁶⁷ ATF 122 III 118, 124.

légal dispositif (par exemple en modifiant non seulement le délai mais aussi le type des prétentions en garantie) pourra être interprétée au détriment de l'utilisateur des conditions générales ou de manière restrictive (N 916).

937 Le deuxième moyen de contrôle est celui de l'incorporation de la clause d'abrègement du délai au contrat si l'utilisateur des conditions générales n'attire pas l'attention de son co-contractant sur la clause particulière (N 917). La clause peut-elle et, si oui, dans quelles conditions doit-elle être considérée comme insolite ? A notre avis, il est tout à fait possible qu'elle soit considérée comme insolite, mais cela n'est pas automatique⁹⁶⁸. On pourrait citer par exemple une durée de prescription inférieure au délai légal et nettement inférieure à ce qui est usuel dans la branche économique considérée⁹⁶⁹. Le caractère insolite d'une durée dépend d'une part, subjectivement des connaissances de celui qui adhère aux conditions générales et d'autre part, objectivement de la modification apportée à la nature du contrat (« *Vertragscharakter* ») ou au régime légal⁹⁷⁰. Elle varie naturellement aussi en fonction du but et de l'importance de l'affaire. Plus le délai légal est abrégé, plus la clause doit être considérée comme « suspecte ». Vu l'extrême diversité des affaires régies par les règles de la vente et du contrat d'entreprise, il n'est toutefois pas possible de fixer de manière abstraite à partir de quelle durée l'incorporation doit être niée en l'absence d'une information expresse de la part de l'utilisateur des conditions générales. Pour donner malgré tout un ordre de grandeur, il nous semble qu'une clause réduisant le délai légal de prescription de plus de moitié doit être examinée avec beaucoup d'attention.

938 Comme nous l'avons mentionné, le troisième moyen de contrôle, celui du contenu, est difficile à distinguer nettement de la règle de la clause insolite (voir N 918). Il vise particulièrement à peser les droits et obligations des parties et à protéger la partie la plus faible contre d'éventuelles clauses inéquitables. L'examen peut se faire aussi sur la base de plusieurs clauses et s'inspirer des solutions étrangères et européennes (voir N 330-333, 357, 379 et 452). A ce sujet, il est intéressant de noter que le critère adopté de manière générale par notre Tribunal fédéral pour fixer les limites de la modification conventionnelle (interdiction de l'abrègement qui constitue une entrave inéquitable à la poursuite des droits du créancier) correspond au critère général proposé par la doctrine allemande en application des dispositions sur les conditions générales (N 331). Ce critère reste par la force des choses un peu vague, mais il constitue une réponse adéquate au problème posé en cette matière. Même si l'utilisateur des conditions générales attire l'attention de son partenaire contractuel sur une clause abrégeant le délai de garantie, il ne saurait s'en prévaloir si ce délai empêche l'acheteur ou le maître d'ouvrage d'exercer son droit de manière équitable.

⁹⁶⁸ Pour le caractère insolite: KOLLER, *Nachbesserungsrecht*, N 463.

⁹⁶⁹ ATF 119 II 443, 447-448 (critère de la clause usuelle dans l'assurance casco).

⁹⁷⁰ ATF 109 II 452, 458.

Quatrième partie: la renonciation à la prescription en droit suisse

J'ai vu un jour une vieille horloge arrêtée se remettre en marche toute seule, et j'ai compris, j'ai senti que tu n'en finirais pas avec moi.

CHRISTIAN BOBIN
(dans l'ouvrage Le Christ aux coquelicots, 2002)

Chapitre I La notion et la définition de la renonciation à la prescription

Section 1 Les différentes hypothèses

939 Une certaine confusion quant à la signification de l'expression « renonciation à la prescription » existe tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Une distinction est en général faite entre la renonciation à la prescription et la renonciation à l'exception de prescription.

940 Au moment d'étudier la question de façon systématique, il est bon de déterminer quelles hypothèses peuvent être subsumées sous cette expression. Il est également important de définir une terminologie qui ne soit pas équivoque pour ces différentes hypothèses.

941 Dans l'usage courant du français, la renonciation signifie l'abandon volontaire (c'est-à-dire unilatéral) de ce qu'on a ou d'un droit que l'on possède sur quelque chose. Dans l'expression de renonciation à la prescription, le sens de ce mot ne change pas par rapport à son usage courant. C'est la conjonction du mot avec celui de prescription qui pose problème, précisément parce que le terme de prescription a plusieurs sens (N 36). Nous pouvons à ce stade envisager six hypothèses susceptibles d'être comprises sous ce terme:

942 – Premièrement, l'abandon par le débiteur de la prescription en tant qu'institution.

943 – Deuxièmement, la modification conventionnelle d'un délai de prescription.

944 – Troisièmement, l'abandon par le débiteur de la portion du délai qui s'est déjà écoulée et qui consiste en un fait (voir N 243); VOISARD semble assimiler cette hypothèse à la première, ce qui n'est à notre avis pas correct⁹⁷¹.

945 – Quatrièmement, l'abandon par le débiteur de l'exception de prescription en tant que droit subjectif acquis (ou, pour être plus précis, l'abandon de l'exercice de ce droit, voir N 956).

946 – Cinquièmement, l'abandon par le débiteur de l'exception de prescription en tant que droit subjectif avant que ce droit ne soit acquis (ou, pour être plus précis, l'abandon de l'exercice de ce droit avant qu'il ne soit acquis, voir N 957).

947 – Sixièmement, le fait par le débiteur d'adopter un comportement ou de faire une déclaration assimilable à un abandon de l'exercice de ce droit subjectif acquis.

948 La première hypothèse, à savoir la renonciation à l'institution de la prescription, ne présente pas d'intérêt particulier pour notre étude. S'il devait ressortir d'une déclaration d'un débiteur qu'elle a pour objet de rendre sa dette à l'égard du créancier imprescriptible, elle serait absolument nulle, quel que soit son moment. En effet, le débiteur n'est pas autorisé à prendre une telle mesure qui est par ailleurs aussi prohibée dans une convention (pour les détails, voir N 547-553 et les références citées). Nous ne nous pencherons donc pas davantage sur cette hypothèse.

949 Nous avons signalé la deuxième possibilité compte tenu du fait que dans la pratique, les modifications conventionnelles du délai de prescription sont fréquemment désignées, de manière erronée, comme étant des renonciations à la prescription⁹⁷². La question de la modification conventionnelle des délais de prescription a déjà été étudiée (voir N 698-907), raison

⁹⁷¹ VOISARD, p. 1148.

⁹⁷² A ce sujet, voir GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 538; KOLLER, RSJ 1992, p. 369.

pour laquelle nous n'aurons plus qu'à traiter l'éventuel effet « bilatéral » que peut déployer une renonciation à la prescription en cours (N 1255-1256).

950 En revanche, nous examinerons en détail les troisième, quatrième, cinquième et sixième hypothèses. Ce sont elles qui revêtent une importance pratique considérable et dont il est question dans la jurisprudence et la doctrine. Nous allons dans un premier temps nous attacher à leur définition. Définir, c'est préciser les caractères d'une figure juridique et, par la force des choses, procéder à des choix. Il peut sembler critiquable de vouloir le faire avant d'avoir étudié la figure juridique en question de façon approfondie. Dans le cas particulier, cette démarche nous paraît nécessaire pour lever l'incertitude qui subsiste quant à la signification de l'expression renonciation à la prescription et pour nous permettre de structurer la suite de notre exposé.

Section 2 Définition positive

951 Dans un ancien arrêt, le Tribunal fédéral avait défini la renonciation à la prescription comme « un acte juridique supposant un accord entre le créancier et le débiteur qui, expressément ou par des actes concludants, manifeste sa volonté de ne pas se prévaloir de la prescription »⁹⁷³. Cette définition est exacte dans la mesure où elle fait de la renonciation à la prescription un acte juridique (N 953 et 956-958). Elle est naturellement erronée dans la mesure où elle fait dépendre la renonciation d'un accord du créancier. Par définition, la renonciation est unilatérale (N 941). Il n'est pas question ici d'une négociation d'un délai de prescription dans le cadre de pourparlers contractuels, mais de l'abandon par le débiteur de tout ou partie d'une prérogative qu'il a acquise ou qu'il est en train d'acquérir. Nous avons en effet déjà précisé que la prescription est pour l'essentiel un avantage que la loi accorde au débiteur et que c'est sa protection qui est touchée lorsque l'échéance du délai est reportée de quelque façon que ce soit (N 709). Il est fréquent dans la pratique que les parties désignent une convention par le terme de renonciation (N 949). C'est par la voie de l'interprétation qu'il faut déterminer ce que les parties ont vraiment voulu. Dans son récent article GAUCH exige un acte juridique bilatéral à la fois pour la renonciation à la prescription en cours et pour la renonciation à la prescription acquise⁹⁷⁴, tandis que BUCHER explique que la renonciation unilatérale peut aussi être considérée comme un contrat, l'accord du créancier étant présumé⁹⁷⁵. SPIRO expose que la renonciation à la prescription acquise exige une acceptation par le créancier mais que la renonciation à la prescription en cours est possible unilatéralement⁹⁷⁶; KOLLER défend l'opinion inverse⁹⁷⁷. Pour la renonciation au sens strict du terme, l'accord du créancier n'est à notre avis pas nécessaire. Ce caractère unilatéral vaut pour toutes les hypothèses envisagées⁹⁷⁸ (N 944-947).

⁹⁷³ ATF 40 II 521, 522. Dans ce sens également: RJB 133 p. 730; RENNEFAHRT, OR 141 N 5; REY, N 1602; VON BÜREN, AT, p. 439.

⁹⁷⁴ GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 538 note de bas de page 19, 539 note de bas de page 25 et 564. Voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3572 et 3573. Dans le même sens: GIROUD, p. 26; SCHWENZER, N 83.07.

⁹⁷⁵ BUCHER, Verjährung, p. 190 note de bas de page 18.

⁹⁷⁶ SPIRO I, pp. 546-548 et 849-850. Voir aussi SPIRO, FS Neumayer, p. 552 (« *verzichten [kann] nur der Schuldner* »).

⁹⁷⁷ KOLLER, RSJ 103, p. 196.

⁹⁷⁸ ATF 99 II 185, 191; RSJ 75 p. 132 n°31 (Tribunal cantonal vaudois); BJM 1966 p. 27 (Cour d'appel du canton de Bâle-Ville). Du même avis: BÉGUELIN, FJS 813, p. 5; GEHRER, p. 202; KESSLER, pp. 95-97; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 481; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 32; PELET, p. 169; PETER, AcP 200, p. 184; ROSSEL, p. 203;

952 Les quatre hypothèses que nous allons traiter (N 944-947) sont traditionnellement regroupées en deux hypothèses distinctes, la renonciation à la prescription et la renonciation à l'exception de prescription. En vue de leur définition, nous reprenons ces deux catégories distinctes.

A. La renonciation à la prescription

953 La renonciation à la prescription (« *Verjährungsverzicht*, *Verzicht auf die Verjährung* ») peut être définie de la façon suivante: il s'agit d'un acte juridique⁹⁷⁹ par lequel le débiteur déclare (« *Willensäusserung* »⁹⁸⁰) abandonner volontairement la possibilité de se prévaloir de la portion déjà écoulee (ou d'une partie de celle-ci) du délai nécessaire à acquérir le droit de refuser d'exécuter sa prestation.

954 Il ressort de la définition que nous donnons que la renonciation à la prescription ne peut intervenir qu'après que le délai a commencé à courir et avant qu'il ne soit échu.

B. La renonciation à l'exception de prescription

955 La renonciation à l'exception de prescription (« *Verzicht auf die Einrede der Verjährung* ») est envisageable sous trois formes différentes⁹⁸¹.

956 Premièrement, la renonciation à l'exception de prescription peut consister en un acte juridique⁹⁸² par lequel le débiteur déclare abandonner volontairement l'exercice⁹⁸³ du droit acquis de refuser d'exécuter sa prestation par suite de l'écoulement du temps. Dans ce cas, elle est un acte de disposition (« *Verfügungsgeschäft* »⁹⁸⁴). Le débiteur n'abandonne donc pas à proprement parler le droit lui-même, ce qui créerait un cas d'imprescriptibilité prohibé.

957 La deuxième possibilité est qu'elle consiste en un acte juridique par lequel le débiteur déclare ne pas vouloir exercer son droit de refuser l'exécution de sa prestation une fois qu'il l'aura acquis. Dans ce cas de figure, la renonciation à l'exception de prescription est un acte générateur d'obligations (« *Verpflichtungsgeschäft* »).

958 Elle peut troisièmement résider dans le fait que le débiteur adopte un comportement ou fasse une déclaration assimilés à l'abandon volontaire de l'exercice du droit acquis de refuser d'exécuter sa prestation. La volonté implicitement manifestée constitue un acte juridique sous forme d'un acte de disposition. Il ne s'agit pas d'une déclaration expresse, mais d'une renonciation par le silence, par actes concludants ou par une déclaration dont l'objet n'est pas la prescription elle-même, étant rappelé que le mot implicite signifie dans ce contexte que la renonciation est virtuellement contenue dans un fait (celui de ne pas exciper de la prescription, d'adopter un certain comportement ou de faire une déclaration) sans être formellement exprimée.

C. La terminologie

959 Pour la suite de l'exposé, il nous paraît nécessaire d'adopter une terminologie qui différencie nettement les figures juridiques que nous venons de définir. Nous abandonnerons la tradition-

TSCHÜTSCHER, thèse, p. 106; VOISARD, p. 1148; VON TUHR/ESCHER, p. 231. Voir aussi KRAUSKOPF, thèse, N 246.

979 SPIRO, FS Neumayer, p. 552; voir aussi N 951 et les références citées.

980 KESSLER, p. 95.

981 PETER, AcP 200, p. 161.

982 Expressément du même avis: GRÄMIGER, p. 44.

983 GAUCH, *Verjährungsverzicht*, p. 537.

984 OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 4.

nelle distinction bipartite au profit d'une distinction quadripartite (N 944-947, 953 et 956-958). Nous utiliserons les expressions suivantes (voir aussi N 11):

- 960 – « Renonciation à la prescription en cours » pour désigner l'abandon de la portion du délai qui a déjà couru (voir N 1117-1319).
- 961 – « Renonciation à la prescription acquise » pour désigner l'abandon de l'exercice de l'exception après que le délai est écoulé (voir N 1320-1471).
- 962 – « Promesse de renonciation à la prescription acquise » pour désigner l'engagement à ne pas se prévaloir de l'exception avant que le délai ne soit échu (voir N 1472-1494).
- 963 – « Renonciation implicite à la prescription acquise » pour désigner l'abandon de l'exercice de l'exception après que le délai est écoulé, par le silence, par actes concluants ou par une déclaration dont l'objet n'est pas la prescription (voir N 1495-1549).
- 964 Lorsque nous utiliserons l'expression « renonciation à la prescription » sans précision aucune, ce sera dans l'idée que chacune des hypothèses susmentionnées est susceptible d'être concernée par le développement en question.

Section 3 Définition négative

- 965 Pour les deux principales hypothèses visées de renonciation à la prescription, à savoir la renonciation à la prescription en cours et la renonciation à la prescription acquise (N 960-961), il est possible de définir des critères les distinguant d'institutions ou figures juridiques pouvant présenter des similitudes.

A. La renonciation à la prescription en cours

a) *Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et la modification conventionnelle*

- 966 S'il est vrai que les modifications conventionnelles sont fréquemment désignées par erreur comme étant des renonciations (N 949), la renonciation à la prescription en cours et la modification conventionnelle doivent être distinguées nettement. Il existe plusieurs critères qui permettent de faire la différence entre ces deux actes juridiques:

- 967 – La modification conventionnelle est un acte juridique bilatéral (N 708-710), tandis que la renonciation à la prescription en cours est toujours unilatérale, émanant du débiteur (N 951).
- 968 – La modification conventionnelle modifie l'extension du délai (N 707), tandis que la renonciation à la prescription en cours n'a aucune incidence sur cette extension (voir aussi N 142 et 1102)⁹⁸⁵.
- 969 – La renonciation à la prescription en cours ne peut avoir pour objet que la prolongation de la durée de la prescription et non l'abrégement d'un délai, contrairement à la modification conventionnelle (N 761).
- 970 – La renonciation à la prescription en cours ne peut par définition intervenir qu'après que le délai a commencé à courir (voir N 954, 1147-1150), tandis que la modification conventionnelle est possible dans certains cas avant que le délai n'ait couru (N 700-704).

⁹⁸⁵ Imprécis sur ce point: GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 539.

971 Les deux actes juridiques sont possibles simultanément (voir N 784 pour un exemple). En raison du point de départ des délais relatifs, la renonciation à la prescription en cours est envisageable en même temps qu'une modification conventionnelle originaire.

972 *Exemple: le piéton lésé dans un accident de la circulation qui a été causé le 16.04.2001 par un cycliste passe avec ce dernier un accord le 08.08.2001, alors que le montant du dommage n'est pas encore connu. Ils conviennent de prolonger le délai relatif de prescription à 3 ans dès le moment où il commencera à courir. Simultanément, le responsable renonce à la prescription en cours pour la portion du délai absolu qui a déjà couru.*

973 La prolongation conventionnelle d'un délai pendant que celui-ci court n'est cependant pas obligatoirement accompagnée d'une renonciation du débiteur à la prescription en cours.

974 *Exemple: le lésé acquiert connaissance du dommage et de son auteur le 16.04.2001. Le 08.08.2001, les deux parties passent une convention qui prévoit notamment que le délai relatif de prescription est prolongé jusqu'au 31.12.2004. Si la convention devait par la suite être invalidée, le lésé ne saurait déduire de la convention également une renonciation à la prescription du débiteur, à moins qu'une telle renonciation ne soit expressément donnée en même temps (et ainsi valide unilatéralement, indépendamment de la convention).*

b) Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et la reconnaissance de dette

975 Expression par le débiteur de son opinion selon laquelle la dette subsiste, la reconnaissance est de par la loi un acte interruptif de la prescription (N 166-167), ceci tant que cette dernière n'est pas acquise⁹⁸⁶. Il est de ce fait avant tout intéressant de la comparer à la renonciation à la prescription en cours.

976 La principale distinction entre les deux réside dans leur objet. Alors que la reconnaissance de dette porte sur l'obligation elle-même, la renonciation à la prescription en cours ne touche que l'effet du temps sur l'obligation. La principale raison d'être de la renonciation à la prescription en cours est précisément d'éviter l'effet indésirable pour le débiteur de la reconnaissance de dette sur l'obligation, notamment en matière de poursuite pour dettes et de faillite.

977 La deuxième distinction importante se situe au niveau de la nature juridique. Tandis que la reconnaissance de dette n'est pas forcément un acte juridique (elle peut l'être) mais un acte analogue à un acte juridique ou l'expression d'une connaissance du débiteur (« *Wissenserklärung* », voir N 168), la renonciation à la prescription en cours est toujours, selon la définition que nous en donnons, un acte juridique, c'est-à-dire qu'elle nécessite une manifestation de volonté (N 953). Dans le même ordre d'idée, la reconnaissance de dette n'est pas forcément donnée consciemment (N 170), alors que la renonciation à la prescription en cours l'est obligatoirement. Nous excluons en principe une renonciation à la prescription en cours implicite ou par actes concludants (voir N 1135-1145).

978 Il existe des similitudes entre la reconnaissance de dette et la renonciation à la prescription en cours. Elles concernent avant tout leurs modalités:

979 – L'une et l'autre ne sont soumises à aucune exigence de forme (N 169 et 1146).

980 – L'une et l'autre doivent être adressées au créancier lui-même (ou à son représentant) et non à un tiers⁹⁸⁷ (N 171 et 1124).

⁹⁸⁶ ATF 122 III 10, 19; ATF 104 III 20, 22.

⁹⁸⁷ ATF 40 II 521, 522-523.

981 – L'une et l'autre ne doivent pas être chiffrées quant à leur montant, pour autant que la dette à laquelle elles se rapportent soit définie ou à tout le moins définissable (N 172 et 1155).

982 Il est évidemment possible que par la même déclaration, le débiteur veuille à la fois reconnaître la dette et renoncer à la prescription en cours, par exemple si le principe de la dette n'est pas contesté mais que son montant l'est⁹⁸⁸.

c) Distinction entre la renonciation à la prescription en cours et le sursis

983 La distinction est intéressante entre le sursis qui diffère l'exigibilité déjà donnée et la renonciation à la prescription en cours.

984 Nous avons déjà eu l'occasion de définir et de faire quelques développements concernant le sursis, en relation avec les actes interruptifs (N 179), la modification du point de départ de la prescription (N 674) et la modification des causes d'empêchement et de suspension (N 684-688).

985 Le sursis et la prescription traitent en fait d'un même sujet, c'est-à-dire d'obstacles au droit du créancier d'exiger la prestation du débiteur. Le débiteur au bénéfice d'un sursis peut répondre à son créancier qu'il ne peut « pas encore » exiger la prestation (convention de sursis originaire) ou qu'il ne le peut « pas pour l'instant » (convention de sursis subséquente). Le débiteur au bénéfice de l'exception de prescription peut lui dire qu'il ne le peut « plus ».

986 La distinction entre les deux réside dans le fait que la convention de sursis est conclue au profit du débiteur, tandis que le débiteur qui renonce à la prescription en cours le fait au profit du créancier. Pour être plus précis, nous pourrions dire que le sursis touche le droit du créancier de réclamer l'exécution de la prestation, alors que la renonciation à la prescription en cours touche le droit (en cours d'acquisition) du débiteur de la refuser.

987 Le sursis est une convention bilatérale (N 685). La renonciation à la prescription en cours est unilatérale. Le sursis interrompt la prescription parce qu'il implique la reconnaissance par le débiteur de sa dette (N 179). La renonciation à la prescription en cours n'a pas cet effet (voir N 1159-1162): elle est précisément donnée parce que le débiteur ne veut pas ou ne peut pas (encore) reconnaître la dette.

B. La renonciation à la prescription acquise

a) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la modification conventionnelle

988 Comme la renonciation à la prescription en cours, la renonciation à la prescription acquise est unilatérale. Pour le reste, elle se distingue par d'autres caractéristiques de la modification conventionnelle:

989 – La modification conventionnelle touche l'extension du délai de prescription attaché à la créance (N 707), tandis que la renonciation à la prescription acquise n'a aucune influence sur l'extension du délai de prescription. Elle fait courir un nouveau délai d'une durée identique au délai original (N 1396 et 1400).

990 – La renonciation à la prescription acquise ne peut intervenir qu'après l'échéance du délai (voir N 1333-1334), tandis que la modification conventionnelle doit intervenir obligatoirement avant cette échéance (voir aussi N 699).

⁹⁸⁸ KRAUSKOPF, thèse, N 333.

b) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la cession de créance

- 991 Lorsque la créance contre lui est prescrite, le débiteur acquiert un avantage, celui de refuser l'exécution de sa propre prestation (voir aussi N 125-129). Lorsqu'il y renonce, faut-il admettre qu'il cède ou qu'il rétrocède au créancier un avantage comme s'il lui cédait une créance ?
- 992 On pourrait penser que cette manière de voir comporte une part de vérité à la lecture de l'article 2219 CCF qui définit la prescription comme un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps (N 14). En effet, si l'on considère que le débiteur est libéré au moment où il acquiert la prescription, il redonne un droit au créancier en y renonçant. Toutefois, une telle analyse serait erronée. Lorsque le débiteur acquiert le droit formateur lié à l'échéance du délai de prescription, il n'est pas libéré, contrairement au libellé de l'article 2219 CCF. Sa prestation n'est pas considérée comme exécutée. Elle reste exécutable et toute répétition est exclue (article 63 alinéa 2 CO). Il est vrai que la renonciation à la prescription acquise consiste, tout comme la cession d'une créance, à octroyer un avantage à une autre personne. Toutefois, la cession de créance fait intervenir une troisième personne dans le rapport d'obligations, le cessionnaire. La renonciation à la prescription acquise n'implique aucun changement du titulaire de l'élément actif de l'obligation. Elle a pour seul effet la transformation d'une créance « affaiblie » (N 35 et 124) en une créance dont l'exécution forcée peut être exigée contre la volonté du débiteur.
- 993 Si les deux institutions divergent de par leur construction juridique, il est néanmoins évident que d'un point de vue patrimonial, elles peuvent avoir un effet similaire pour le cessionnaire et pour le créancier dont la créance était prescrite, ceci naturellement à condition que la créance pour laquelle le débiteur renonce à la prescription acquise existe.

c) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la donation

- 994 La question de savoir si la renonciation équivaut à une promesse de donner ne se pose que pour la renonciation à la prescription acquise, le même résultat que la renonciation à la prescription en cours pouvant être obtenu par un acte interruptif du créancier⁹⁸⁹. Par ailleurs, l'article 239 alinéa 2 CO précise bien que le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis ne constitue pas une donation.
- 995 Comme l'indique la systématique du Code des obligations, la donation est conçue comme contrat en droit suisse. Elle est caractérisée par deux éléments, le premier étant une attribution de biens et le second l'absence de contre-prestation, c'est-à-dire le caractère gratuit de la prestation (*animus donandi*)⁹⁹⁰. En tant que promesse, elle est soumise à l'exigence de la forme écrite voire authentique (article 243 alinéas 1 et 2 CO). La renonciation à la prescription acquise se distingue de la promesse de donner sur plusieurs points. Elle est unilatérale, ne nécessite pas d'*animus donandi*, n'est soumise à aucune exigence de forme et, surtout, ne crée aucune obligation nouvelle. Elle ne fait que renforcer une créance qui était affaiblie.
- 996 Malgré ces différences importantes sur le plan juridique, il est évident que, d'un point de vue patrimonial, la renonciation à la prescription acquise peut, dans certaines circonstances, avoir un effet similaire à celui d'une donation pour le créancier. En admettant que le débiteur renonce à la prescription acquise sans recevoir de contre-prestation (par exemple s'il ne souhaite pas exciper de la prescription pour des raisons personnelles, mais entend que l'affaire soit jugée au fond), le créancier obtient, si sa créance existe, le droit de la faire exécuter contre le débiteur sans contrepartie.

⁹⁸⁹ KESSLER, p. 145; SPIRO I, p. 850; SPIRO, FS Neumayer, p. 553.

⁹⁹⁰ TERCIER, PS, N 1323-1340.

- 997 Sur la base de cette constatation, KESSLER argumente que si les conditions décrites ci-dessus sont remplies, la renonciation à la prescription acquise doit être considérée comme donation manuelle selon l'article 242 CO. Il en arrive à cette conclusion pour éviter l'exigence de forme de l'article 243 alinéas 1 et 2 CO⁹⁹¹.
- 998 Nous considérons cette opinion comme erronée. En effet, même si d'un point de vue patrimonial un effet « matériel »⁹⁹² similaire (et non identique) à une donation est possible, la renonciation à la prescription acquise n'est jamais une donation, car elle n'en présente nullement les caractéristiques⁹⁹³.
- 999 Signalons en outre que l'exécution d'une prestation alors même que la créance correspondante est prescrite ne constitue pas une donation de par la volonté expresse du législateur (article 63 alinéa 2 CO)⁹⁹⁴.

d) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la disposition à titre gratuit ou l'aliénation

- 1000 Parfois, l'ordre juridique fait référence non à des institutions juridiques obéissant à des règles précises comme par exemple la cession de créance ou la donation que nous venons de comparer à la renonciation à la prescription acquise, mais se base sur le résultat économique d'une affaire, à savoir la diminution de patrimoine d'une partie ou l'augmentation de fortune d'une autre partie. Ce résultat économique ne pose pas de problème particulier dans le cadre général du droit privé soumis à l'autonomie de la volonté. Il existe cependant des cas spécifiques dans lesquels l'ordre juridique attache des conséquences à une telle opération, c'est-à-dire des cas dans lesquels la renonciation à la prescription acquise pourrait tomber sous le coup de telle ou telle règle. Ainsi que nous l'avons expliqué en la comparant à la cession de créance et à la donation, la renonciation à la prescription acquise peut avoir un effet patrimonial négatif en ce sens qu'une dette doit de nouveau figurer au passif du bilan du débiteur. On distingue deux cas dans la législation.
- 1001 Le premier cas concerne ce que la loi désigne par « disposition à titre gratuit » dans les règles sur la poursuite pour dettes et la faillite. Tel est le cas à l'article 298 alinéa 2 LP durant le sursis concordataire ou pour les actes soumis à l'action révocatoire selon l'article 286 alinéa 1 LP et selon l'article 288 LP, ce dernier ne visant toutefois pas seulement les dispositions à titre gratuit.
- 1002 Dans un arrêt de 1908, le Tribunal fédéral avait jugé que le fait de renoncer à une prescription acquise constituait précisément une telle disposition à titre gratuit⁹⁹⁵. Il s'agissait du cas très particulier d'une débitrice qui s'était, postérieurement à la publication d'un sursis concordataire, prononcée favorablement quant à une dette dont la créance correspondante produite dans la procédure concordataire était prescrite. Sur la base de l'article 298 alinéa 2 LP, le Tribunal fédéral avait estimé qu'une telle renonciation n'était de toute manière pas licite; il avait cependant laissé ouverte la question de savoir si le fait d'admettre une créance dans un inventaire constituait bien une renonciation à la prescription acquise, ce que nous réfutons (voir N 1528).

⁹⁹¹ KESSLER, p. 146.

⁹⁹² SCHMID H., p. 23.

⁹⁹³ Du même avis: GIROUD, p. 26; HIESTAND, p. 97 (nuancé); OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 4; SPIRO I, pp. 545-546; TERCIER, PS, N 1335.

⁹⁹⁴ PELET, p. 174.

⁹⁹⁵ ATF 34 II 675, 679-681.

- 1003 Cette opinion jurisprudentielle a été critiquée par SPIRO dans le cadre de ses développements visant à démontrer que la renonciation à la prescription acquise n'est pas une donation⁹⁹⁶. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas considéré que la renonciation à la prescription acquise était une donation mais une disposition à titre gratuit. La jurisprudence du Tribunal fédéral mérite à notre avis d'être approuvée, car la renonciation à la prescription acquise peut, si la créance existe, avoir l'effet d'une disposition à titre gratuit⁹⁹⁷.
- 1004 Le second cas est lié au droit des successions et à ce qui y est désigné par « aliénation ». Les héritiers réservataires bénéficient de la réduction selon l'article 527 CC lorsque leur réserve est lésée. Dans le cas très particulier de l'article 527 chiffre 4 CC, la réduction s'applique aussi aux aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'éluder les règles concernant la réserve. Comme la disposition à titre gratuit, l'« aliénation » (« *Entäusserung von Vermögenswerten* ») au sens de cet article n'est pas une institution juridique obéissant à des règles précises et la note marginale de l'article 527 CC indique simplement qu'elle est considérée comme « libéralité entre vifs ». Tout acte du futur défunt qui a pour effet économique de porter atteinte à la réserve est visé par cette règle⁹⁹⁸. La doctrine admet que la renonciation à la prescription acquise peut tomber sous le coup de l'article 527 chiffre 4 CC et nous nous rallions à cette opinion⁹⁹⁹.

e) Distinction entre la renonciation à la prescription acquise et la novation

- 1005 L'opinion a été émise que la renonciation à la prescription acquise a le même effet qu'une novation, à savoir la constitution d'une nouvelle dette¹⁰⁰⁰. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte¹⁰⁰¹. Avec la doctrine majoritaire, nous sommes d'avis que la renonciation à la prescription acquise n'est pas comparable à une novation¹⁰⁰². L'exception de prescription ne détruit pas la créance, mais paralyse le droit d'action qui y est lié. Son exercice dépend du bon vouloir du débiteur. La renonciation à la prescription acquise vaccine ce droit d'action contre cette paralysie ou, si l'exception a déjà été soulevée, elle l'en guérit. Elle n'a pas d'autre effet. Toutes les autres objections ou exceptions dont le débiteur pourrait se prévaloir lui restent donc acquises.

⁹⁹⁶ SPIRO I, p. 545 note de bas de page 10.

⁹⁹⁷ Du même avis: BÉGUELIN, FJS 813, p. 5.

⁹⁹⁸ Pour un cas d'application, voir ATF 128 III 314, 316.

⁹⁹⁹ KESSLER, p. 162; SPIRO I, p. 545 note de bas de page 12.

¹⁰⁰⁰ PÉTERMANN, pp. 312-313; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

¹⁰⁰¹ ATF 99 II 185, 193.

¹⁰⁰² HIESTAND, p. 97; KESSLER, p. 142; KOLLER, RSJ 103, p. 196; SPIRO I, pp. 545-546; SPIRO, FS Neumayer, p. 553; VON BÜREN, AT, p. 438.

Chapitre II L'objet et le champ d'application de l'article 141 CO

- 1006 Nous avons déjà désigné la règle applicable aux modifications conventionnelles, à savoir l'article 129 CO, à l'exclusion de l'article 141 CO (N 713-715). Il découle de cette affirmation que la disposition qui aurait en principe vocation à s'appliquer à la renonciation à la prescription sous toutes ses formes (N 960-963) est l'article 141 CO, plus particulièrement son alinéa 1. Toutefois, la manière dont il faut comprendre et interpréter cette disposition ne fait de loin pas l'unanimité dans la jurisprudence et la doctrine. Dans le présent chapitre, nous allons nous efforcer de définir l'objet exact de cette disposition et son champ d'application, tandis que nous étudierons son contenu normatif plus en détail dans les chapitres suivants.
- 1007 La question que nous devons nous poser en relation avec l'objet de l'article 141 alinéa 1 CO est celle de savoir si cette disposition s'applique à toutes ou seulement à certaines des différentes formes que peut prendre la renonciation à la prescription (N 960-963). Selon l'objet qui lui est défini, le contenu normatif découlant de cet article peut subir des variations très importantes.
- 1008 Plusieurs compréhensions sont possibles:
- 1009 — Si nous considérons que l'article 141 alinéa 1 CO ne s'applique qu'à la renonciation à la prescription acquise (implicite ou non), il serait possible de déduire de sa formulation qu'il interdit la promesse de renonciation à la prescription acquise ainsi que la renonciation à la prescription en cours.
- 1010 — Tout en lui assignant le même objet, nous pourrions conclure que la renonciation à la prescription en cours n'est pas du tout régie par cette disposition et que le législateur n'a pas pensé à cette hypothèse¹⁰⁰³; ce dernier n'a voulu interdire que les modifications originaires tendant à l'imprescriptibilité et éventuellement la promesse de renonciation à la prescription.
- 1011 — Finalement, l'article pourrait être compris comme s'appliquant à toutes les formes que peut prendre la renonciation, soit également à la renonciation à la prescription en cours pour laquelle ledit article n'interdirait de renoncer qu'à la portion du délai qui n'a pas encore couru.
- 1012 L'enjeu pratique de l'une ou l'autre de ces options est considérable, en particulier eu égard à la validité de la renonciation à la prescription en cours fréquente dans la vie juridique quotidienne. Nous nous pencherons sur le texte légal ainsi que sur les solutions jurisprudentielles et doctrinales pour répondre à la question posée. Tout en faisant la synthèse des différents éléments, nous étudierons le champ d'application de cette disposition.

Section 1 Le texte légal

A. La lettre de la loi

- 1013 A l'image de la plupart des dispositions du Code des obligations entrées en vigueur en 1912, l'article 141 alinéa 1 CO est rédigé de manière très synthétique. Il est pourvu de la note mar-

¹⁰⁰³ Dans ce sens GAUCH, *Verjährungsverzicht*, p. 537; PÉTERMANN, p. 313.

ginale « renonciation à la prescription ». Tandis que les textes français et italien correspondent assez bien en précisant la sanction attachée à la renonciation anticipée, le texte allemand n'en fait pas mention et se borne à prescrire qu'on ne peut renoncer « *zum voraus* » à la prescription.

- 1014 C'est principalement la signification des mots « prescription » et « anticipée » qui pose problème dans la lecture de cette disposition¹⁰⁰⁴. Il nous faut examiner leur sens précis avant de poursuivre notre étude de l'interprétation de cette disposition à l'aide des autres méthodes.

a) Signification du mot « prescription »

- 1015 Ainsi que nous l'avons mentionné au début de notre travail et de la présente partie, le terme de prescription peut désigner à la fois l'institution elle-même, l'exception et le temps qui s'écoule (N 36 et 941-947). Partant, il n'est pas aisé de savoir à quelle signification le législateur voulait se référer à l'article 141 alinéa 1 CO.
- 1016 Dans la doctrine, lorsqu'il est question de la *ratio legis* de l'article 141 alinéa 1 CO, il est parfois expliqué que sans cette disposition, l'institution de la prescription pourrait facilement être vidée de son sens, notamment par le biais de clauses contractuelles stéréotypées¹⁰⁰⁵.
- 1017 S'il l'on interprétait l'article 141 alinéa 1 CO dans le sens de cette *ratio legis*, cela reviendrait à lui assigner la fonction d'interdire les clauses visant à créer un cas d'imprescriptibilité et par conséquent à mettre de côté l'institution dans son ensemble (« *die Verjährung ausschliessen* »). Certains auteurs semblent aller dans ce sens¹⁰⁰⁶.
- 1018 Sans être fausse, une telle compréhension de la règle n'est pas très précise. Il est exact qu'en vertu d'un principe général qui ne ressort pas directement d'une disposition légale particulière (voir aussi N 547-553 et 948), les parties n'ont pas la possibilité de prévoir, par convention ou unilatéralement, qu'une obligation ne sera pas soumise à la prescription. Or, si l'article 141 alinéa 1 CO voulait exprimer cette idée, il ne contiendrait certainement pas l'expression « anticipée » ou « *zum voraus* » dans la version allemande. Une clause ou déclaration d'imprescriptibilité est contraire à la loi, qu'elle soit originaire, subséquente ou postérieure au cours de la prescription.
- 1019 Pour ce qui est de la disposition que contenait l'article 159 CFO, « on peut renoncer à la prescription acquise », il est manifeste que le législateur se référait à l'exception de prescription et non à la prescription en cours. Le législateur avait ainsi fixé une règle selon laquelle la promesse de renonciation à la prescription acquise n'était pas licite, mais seulement la renonciation à la prescription acquise (voir toutefois l'avis de ROSSEL, N 1074).
- 1020 S'agissant de l'article 141 alinéa 1 CO, il n'est malheureusement pas possible de tirer une conclusion aussi claire que pour l'article 159 CFO. En effet, la modification de la formulation intervenue (N 1023-1031) montre qu'une volonté de changement a bel et bien existé.

b) Signification du mot « anticipée »

- 1021 Dans son sens étymologique, le verbe anticiper, du latin « *anticipare* », signifie prendre par avance¹⁰⁰⁷. Dans son sens actuel, l'adjectif anticipé se dit de ce qui se fait avant la date prévue ou sans attendre l'événement.

¹⁰⁰⁴ A ce sujet, voir BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 34-37.

¹⁰⁰⁵ Expressément: BECKER, BK, OR 141 N 1; BÉGUÉLIN, FJS 813, p. 3; BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 30; GIROUD, p. 27; MARTIN, p. 187; OFTINGER/STARK II/1, N 389g.

¹⁰⁰⁶ Voir les références citées en note de bas de page 708.

¹⁰⁰⁷ FÉLIX GAFFIOT, Dictionnaire abrégé Latin-Français illustré, Paris 1936.

- 1022 Dans le contexte de l'article 141 alinéa 1 CO, cet adjectif est lié au mot renonciation. Considérer l'événement avant lequel se produit la renonciation comme l'échéance du délai reviendrait à faire nettement pencher la balance en faveur de l'interprétation du mot prescription comme se rapportant à l'exception de prescription. Cette solution semble être la plus logique¹⁰⁰⁸. Toutefois, une conclusion certaine à ce sujet n'est pas possible. En effet, il serait tout à fait possible de définir l'événement ultérieur comme étant le cours futur de la prescription. Cela élargirait l'objet de l'article 141 alinéa 1 CO à la renonciation à la prescription en cours. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a retenu que le mot « anticipée » se rapportait au moment précis de la conclusion du contrat en se basant sur une comparaison avec la règle de l'article 837 alinéa 2 CC¹⁰⁰⁹.

B. L'histoire de la loi: la modification de la formulation du Code fédéral des obligations au Code des obligations

- 1023 Lors de l'élaboration du Code fédéral des obligations, la disposition sur la renonciation à la prescription n'a pas donné lieu à des difficultés particulières (N 478).
- 1024 Ce n'est que lors de l'adaptation du Code fédéral des obligations au Code civil qu'elle a donné lieu à des discussions (N 510-525 et en particulier 516 et 521).
- 1025 Il est intéressant de constater que dans la doctrine, le changement de formulation est considéré comme étant de nature purement rédactionnelle, en particulier eu égard aux messages du Conseil fédéral de 1905 et 1909 et aux discussions du plénum des Chambres fédérales¹⁰¹⁰. Il est vrai qu'il s'agissait aussi de l'opinion exprimée par les deux rapporteurs aux Chambres fédérales (N 521).
- 1026 Il faut mentionner ici l'opinion plus nuancée de SPIRO qui accorde une signification à la modification de la formulation opérée par le Code des obligations, en précisant que la nouvelle formulation permet une renonciation à la prescription en cours contrairement à l'ancienne¹⁰¹¹.
- 1027 Le Tribunal fédéral attache, quant à lui, une grande importance à la remarque faite par le rapporteur de langue allemande. EUGEN HUBER avait sollicité l'harmonisation de la teneur de l'article 141 alinéa 2 CO avec celle de l'article 837 alinéa 2 CC, disposition qui interdit la renonciation d'avance aux hypothèques légales, à savoir au moment de la conclusion du contrat¹⁰¹².
- 1028 Il est surprenant qu'aucun des auteurs cités ni même le Tribunal fédéral ne se soient penchés sur les procès-verbaux de la commission élargie de 1908 (N 516) et de la Commission du Conseil national (N 521). Il ressort clairement de ces deux procès-verbaux que A. BRÜSTLEIN, membre des deux commissions, voulait absolument obtenir une formulation permettant qu'il soit renoncé à la prescription avant qu'elle ne soit échue. L'actuelle teneur allemande de l'article 141 alinéa 1 CO, « *Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden* » a été retenue comme compromis entre l'ancienne version « *Auf die Verjährung kann nach ihrer*

¹⁰⁰⁸ Dans ce sens BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 33 et 38; GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 534-535. Catégorique: HONSELL, FS Mayer-Maly, p. 379.

¹⁰⁰⁹ ATF 132 III 226, 239.

¹⁰¹⁰ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 32-33; GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 534-535; KESSLER, p. 29. Dans le même sens: OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 2.

¹⁰¹¹ SPIRO I, p. 849, en particulier la note de bas de page 19; SPIRO, FS Neumayer, p. 548. Dans le même sens: VOISARD, p. 1147.

¹⁰¹² ATF 132 III 226, 239.

Vollendung Verzicht geleistet werden » et celle proposée par A. BRÜSTLEIN, à savoir « *Auf die Verjährung kann Verzicht geleistet werden* ».

- 1029 Il ressort manifestement de ces délibérations qu'une volonté de changement du régime juridique de la renonciation à la prescription existait au moment de la nouvelle formulation de la disposition. Les opinions manifestées par les différents intervenants du processus législatif ne sont toutefois pas suffisantes pour déterminer quelle aurait dû être la portée d'une telle modification (interprétation historique subjective).
- 1030 De même, il n'existe pas de conception généralement admise à l'époque de la modification législative pour permettre une conclusion plus précise (interprétation historique objective).
- 1031 En résumé, l'examen de l'histoire de la loi ne permet pas de savoir exactement si le législateur entendait dorénavant régler également la renonciation à la prescription en cours ou non, mais il constitue un indice sérieux dans ce sens.

C. La systématique de la loi

- 1032 S'agissant d'une règle telle que celle examinée en l'espèce, seule l'interprétation systématique horizontale (dans le cadre du Code des obligations) peut être pertinente, à l'exclusion d'une éventuelle interprétation systématique verticale (avec des règles d'autres niveaux).
- 1033 Nous avons déjà expliqué que, d'un point de vue systématique, la disposition de l'article 141 alinéa 1 CO était à distinguer nettement de celle de l'article 129 CO (voir N 713-715 et 1006). Elle constitue un paragraphe distinct (VII. Renonciation à la prescription) des règles du titre troisième consacrées à la prescription.
- 1034 En examinant l'ensemble des règles relatives à la prescription dans le titre troisième (articles 127-142 CO), à l'exception de l'article 141 CO, il apparaît qu'elles peuvent être réparties dans quatre catégories différentes selon leur objet:
- 1035 – Certaines règles se rapportent à l'institution de la prescription en tant que telle et à ses délais: articles 127, 128, 129, 137 alinéa 2, 139 (partiellement) et 140 CO.
 - 1036 – D'autres règles ont trait au cours de la prescription (point de départ et supputation des délais, prolongation de la durée): articles 130, 131 alinéa 1, 132, 134, 135, 136, 137 alinéa 1 et 138 CO.
 - 1037 – Quelques dispositions concernent l'exception de prescription et ses effets: articles 131 alinéa 2, 133 et 142 (partiellement) CO.
 - 1038 – Finalement, on trouve également des règles procédurales: articles 139 et 142 CO, ces deux dispositions appartenant chacune à deux catégories.
- 1039 Sur la base de cette classification, nous constatons qu'il ne se dégage pas une structure bien ordonnée de ces dispositions. Il n'est pas possible d'attribuer sans hésitation l'article 141 alinéa 1 CO à l'une des catégories susmentionnées. Nous pouvons tout au plus préciser que la première et la dernière catégories n'entrent pas en ligne de compte et que la catégorie qui apparaît comme la plus appropriée est la troisième. En effet, l'article 141 alinéa 1 CO se situe hors du « noyau » des règles consacrées au cours de la prescription (articles 130-138 CO) et s'en distingue assez nettement au niveau de la terminologie employée (il n'y est question ni de délais, ni de cours de la prescription). Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les alinéas 2 et 3 de l'article 141 CO ont été conservés plus ou moins tels quels de l'article 159 CFO qui se rapportait clairement à l'exception de prescription. En conséquence, la règle de l'article 141 alinéa 1 CO interprétée dans le contexte des articles 127-142 CO fait ressortir le fait que cette disposition a bien davantage vocation à s'appliquer à l'exception de prescription qu'au cours de la prescription.

D. Le but de la loi

a) *Interprétation téléologique*

- 1040 L'interprétation téléologique d'une règle est sans aucun doute la plus difficile, en particulier du fait qu'elle évolue au fil du temps et prend en considération de nombreux éléments tels que le texte de la loi, l'intention du législateur, les autres normes de l'ordre juridique et même les effets de la solution envisagée pour l'interprétation¹⁰¹³. Malgré son caractère délicat, on ne peut faire l'économie d'une telle démarche. En effet, lorsque le législateur interdit à un ayant droit de renoncer à un droit, il se laisse toujours guider par des considérations de politique juridique (« *rechtspolitische Erwägungen* »), ainsi que le Tribunal fédéral l'a explicité de manière très générale pour toute forme de renonciation, également celle de l'article 141 CO¹⁰¹⁴.
- 1041 En ce qui concerne l'ancien droit (article 159 CFO), le but était aisément identifiable. L'article 159 CFO avait pour but d'empêcher que le débiteur n'influence unilatéralement le cours de la prescription avant qu'elle ne soit acquise, parce que selon la conception de l'époque, les délais et le cours de la prescription étaient entièrement soustraits à la disposition des parties (voir N 498). Seule était tolérée la renonciation à la prescription acquise (voir toutefois l'opinion de ROSSEL, N 1074 et de la Cour d'appel bernoise, N 1064).
- 1042 L'étude de la lettre de la loi (N 1013-1022) et de sa systématique (N 1032-1039) montrent bien que l'article 141 alinéa 1 CO a probablement lui aussi davantage vocation à s'appliquer à la renonciation à la prescription acquise qu'à la renonciation à la prescription en cours. Cela pourrait implicitement signifier qu'il veut interdire la renonciation à la prescription en cours (N 1009) ou alors qu'il ne la règle pas du tout (N 1010). Jusqu'ici, seule l'interprétation historique nous donne un indice susceptible de nous faire admettre que la formulation actuelle a vocation à s'appliquer aussi à la renonciation à la prescription en cours (N 1023-1031).
- 1043 Par son caractère dynamique, l'interprétation téléologique nous permet de nous demander quel est ou quels sont le(s) but(s) de la norme aujourd'hui. A cet effet, la finalité de l'article 141 alinéa 1 CO ne peut pas s'apprécier sans faire référence aux buts généraux de l'institution de la prescription que nous avons déjà exposés (N 53-59), à savoir en particulier la protection du débiteur. Nous nous devons également de rappeler que la prescription remplit aussi un rôle d'intérêt public (N 63-67), raison pour laquelle elle est assez largement soustraite à l'autonomie de la volonté (N 531-536).
- 1044 Les buts possibles sont les suivants:
- 1045 — Le but de l'ancien droit (N 1041): soustraire les délais et le cours de la prescription à la libre disposition des parties en raison de l'intérêt public lié à l'institution.
- 1046 — Un autre but souvent mentionné dans la doctrine est d'empêcher que l'institution ne soit vidée de son sens par des clauses stéréotypées (N 1016) et que ne soient ainsi créés des cas conventionnels d'imprescriptibilité (N 1017), en particulier au moment de la conclusion d'un contrat¹⁰¹⁵.
- 1047 — Dans la doctrine, il est parfois argumenté par la négative, à savoir que le but de l'article 141 alinéa 1 CO n'est en aucun cas d'obliger les parties, en particulier le créancier, à procéder à des actes interruptifs lorsque des pourparlers sont en cours¹⁰¹⁶. Une telle me-

¹⁰¹³ Sur les différentes compréhensions de cette méthode d'interprétation, voir notamment DÜRR, ZK, ZGB 1 N 161-166 et 515; CARONI, pp. 110-112; GRISEL, pp. 135-138; JAUN, RJB 137, pp. 35-45.

¹⁰¹⁴ Pra 14 Nr. 96 p. 253, 253-254.

¹⁰¹⁵ Voir les références citées en note de bas de page 1005.

¹⁰¹⁶ KESSLER, p. 88; PÉTERMANN, p. 313; SPIRO I, pp. 849-850; VON BÜREN, AT, p. 439.

sure serait en effet contraire à la logique même et synonyme de charge supplémentaire pour les organes de l'Etat chargés de donner suite aux actes concernés.

- 1048 — Finalement, il est pensable de mettre l'accent sur le mot « anticipée » pour déduire que le but de l'institution est simplement d'empêcher le débiteur d'influencer le cours futur de la prescription, soit la portion du délai qui n'a pas encore couru et, à plus forte raison, l'exception qui lui sera acquise¹⁰¹⁷.
- 1049 Parmi ces buts possibles, le premier ne nous semble plus correspondre à une exigence fondamentale de notre époque. Nous pouvons tout de même relever que la sanction prévue dans les textes français et italien, à savoir la nullité, démontre qu'il ne peut être exclu que le législateur ait eu un tel but en vue. Par ailleurs, l'autonomie de la volonté reste assez réduite en droit de la prescription.
- 1050 Nous avons déjà exposé que le deuxième but, sans être foncièrement faux, n'était probablement pas tout à fait adapté à la formulation de la règle (N 1018). En effet, s'il s'agissait simplement d'interdire aux parties de convenir l'imprescriptibilité, la disposition ne contiendrait pas le mot « anticipée ». Par ailleurs, la disposition qui avait un tel contenu dans le projet du Département de 1879 a été biffée (N 492 et 497-498).
- 1051 L'argument négatif qui est parfois mentionné dans la doctrine n'est pas vraiment convaincant. Bien qu'une pensée pragmatique en soit l'origine, il ne correspond pas à la réglementation de la prescription du droit suisse. Si le législateur avait voulu faciliter les pourparlers entre les parties ou décharger les organes de l'Etat, il aurait érigé les pourparlers en cause de suspension à l'instar de ce qui a été prévu dans d'autres ordres juridiques (N 317 pour le droit allemand) ou admis une simple interpellation écrite comme cause d'interruption (N 399 pour le droit italien). En droit privé, le législateur a précisément souhaité en règle générale faire dépendre la prolongation de la durée de la prescription d'actes formels de la part du créancier.
- 1052 Le dernier but possible doit s'apprécier dans le contexte de ce début de 21^e siècle. D'une part, notre ordre juridique conserve une place importante à l'autonomie de la volonté. D'autre part, il veut protéger tout un chacun contre des engagements excessifs précoces ou dont il ne mesure pas la portée. Empêcher le débiteur de disposer unilatéralement du cours futur de la prescription ou de l'exception qu'il va acquérir est un but qui s'accorde bien à la tendance actuelle du droit civil. Une telle interprétation téléologique nous amène par ailleurs à une solution qui est conforme aux besoins de la pratique, étant donné qu'elle nous fait admettre que la disposition peut, d'après le but qui lui est ainsi assigné, avoir vocation à s'appliquer aussi à la renonciation à la prescription en cours.

b) Réduction téléologique

- 1053 Lorsqu'il est question de l'interprétation téléologique, nous nous devons de mentionner la méthode d'interprétation qui se greffe sur l'interprétation téléologique et que l'on désigne par réduction téléologique (« *teleologische Reduktion* »). Il s'agit en fait d'une interprétation *contra verba* mais *secundum rationem* de la règle légale, méthode issue de la science juridique allemande. Elle consiste à réduire le champ d'application d'une norme, dont la lettre est claire mais formulée de manière trop large par rapport à la téléologie de la loi, de façon à ce qu'il corresponde au but de la loi déterminé à l'aide de tous les moyens d'interprétation disponibles. Il s'agit en quelque sorte du procédé inverse à celui de l'application par analogie d'une norme. Par cette opération le juge déroge à la lettre de la loi tout en restant fidèle dans son raisonnement aux valeurs que la loi consacre¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁷ HONSELL, Verzicht, p. 105 (pour l'ancien § 225 BGB); SPIRO, FS Neumayer, p. 551.

¹⁰¹⁸ Pour une description plus détaillée de la réduction téléologique, voir JAUN, RJB 137, en particulier pp. 23 et 33-35 et les références citées.

- 1054 Il ne nous appartient naturellement pas de prendre position dans le présent travail sur l'admissibilité ou l'opportunité de la réduction téléologique en tant que telle. Il est toutefois évident qu'elle pose de nombreux problèmes, tant sur le plan de la méthodologie juridique qu'au regard du principe de la séparation des pouvoirs. Etant donné qu'elle n'est pas sérieuse par des conditions et limites d'application claires, elle porte en elle-même le risque de devenir un prétexte formel pour justifier des décisions *contra legem*¹⁰¹⁹. Dans tous les cas, elle ne saurait être entreprise que dans les situations où le juge est absolument certain que l'application d'une norme entraînerait des conséquences inacceptables et insupportables dans le contexte actuel et qu'elle est ainsi incompatible avec l'opinion claire de la collectivité.
- 1055 Une telle réduction téléologique a été préconisée récemment par HONSELL, JAUN, KESSLER et BERTI pour justifier l'admissibilité de la renonciation à la prescription en cours¹⁰²⁰. S'ils proposent une telle réduction, c'est parce qu'à leur avis, la lettre de la loi est claire et qu'elle interdit toute renonciation à la prescription avant que l'exception ne soit acquise. Ils se basent principalement sur l'argument négatif souvent cité (N 1047). Ils estiment en outre que le besoin de protection du débiteur est fort avant que la prescription ne prenne son cours, mais qu'il n'a plus la même importance lorsque la prescription a déjà commencé à courir. BERTI limite expressément la réduction téléologique aux cas dans lesquels le débiteur renonce à la prescription en cours pour éviter un acte interruptif du créancier. Ces auteurs considèrent donc que la renonciation à la prescription en cours est toujours possible.
- 1056 Pour limiter au maximum la réduction entreprise, KESSLER propose de permettre au débiteur de révoquer sa renonciation dès que le délai légal de prescription est échu et de donner au créancier un délai de 60 jours dès cette révocation pour procéder à un acte interruptif¹⁰²¹ (voir aussi N 1395).
- 1057 Il faut préciser que certains auteurs prêtent au Tribunal fédéral l'intention d'avoir procédé à une réduction téléologique de l'article 141 alinéa 1 CO par sa jurisprudence de 1973 (N 1059)¹⁰²². Nous prendrons position ultérieurement quant à cette option d'interprétation (N 1099).

Section 2 La jurisprudence

A. La jurisprudence fédérale

- 1058 Pendant de longues décennies, le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se prononcer sur l'application éventuelle de l'article 141 alinéa 1 CO à la renonciation à la prescription en cours. Ce n'est que dans un arrêt de 1967, dans lequel la question ne devait par ailleurs pas être tranchée vu qu'il était question d'une renonciation à la prescription acquise, qu'il a fait la réflexion suivante: « *Nach Artikel 141 Absatz 1 OR kann auf die Verjährung nicht zum voraus verzichtet werden. Dagegen ist der nachträgliche Verzicht auf die Einrede der Verjährung zulässig; das ergibt sich durch Umkehrschluss aus der genannten Vorschrift und war in Artikel 159 aOR ausdrücklich gesagt* »¹⁰²³. Par cette brève remarque, le Tribunal fédéral a donné deux indications importantes concernant l'interprétation de l'article 141 alinéa 1 CO, car il a

¹⁰¹⁹ JAUN, RJB 137, pp. 74-75.

¹⁰²⁰ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 50-51; HONSELL, FS Mayer-Maly, pp. 377-379; JAUN, thèse, p. 252; KESSLER, pp. 85-91. Semble aller dans le même sens: KRAUSKOPF, thèse, N 260.

¹⁰²¹ KESSLER, p. 91.

¹⁰²² PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 3.

¹⁰²³ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 90 (TF).

considéré que cette disposition autorisait *a contrario* la renonciation à la prescription acquise. Il découle de cette affirmation que d'une part, le Tribunal fédéral a compris cet article comme interdisant la renonciation à la prescription en cours et que d'autre part, le mot « anticipée » devait être compris comme faisant référence au moment de l'acquisition de l'exception.

- 1059 Dans son arrêt topique de 1973, le Tribunal fédéral a repris cette argumentation¹⁰²⁴. Il a jugé que s'il était interdit de modifier conventionnellement les dispositions relatives à la prescription (« *Verjährungsbestimmungen* », alors que l'article 129 CO ne parle que des délais) fixées dans le titre troisième, il devait aussi être interdit de renoncer à la prescription en cours pour ces délais. Le Tribunal fédéral en a déduit qu'il devait de ce fait être possible de renoncer à la prescription en cours pour les délais fixés en dehors du titre troisième, en l'espèce celui de l'article 14 alinéa 1 LRespC, étant donné que ces délais peuvent en principe être modifiés par convention. Il a ainsi restreint le champ d'application de l'article 141 alinéa 1 CO à la mesure de celui de l'article 129 CO¹⁰²⁵.
- 1060 Dans deux arrêts, l'un de 1983 et l'autre de 1986, le Tribunal fédéral a simplement confirmé sa jurisprudence et l'a appliquée au délai de prescription de l'article 46 alinéa 1 LCA¹⁰²⁶ et à celui de l'article 60 CO¹⁰²⁷. Pendant une longue période qui a suivi le prononcé de ces deux arrêts, il ne s'est plus penché sur la question précise de l'objet de l'article 141 alinéa 1 CO et a simplement mentionné dans deux arrêts, l'un de 1998¹⁰²⁸ et l'autre de 2005¹⁰²⁹, qu'il n'y avait pas lieu de remettre en question sa jurisprudence.
- 1061 Ce n'est que très récemment, à savoir dans un arrêt du 13.02.2006, que le Tribunal fédéral a remis l'ouvrage sur le métier. Après avoir procédé à une interprétation historique, notre Haute Cour a modifié sa jurisprudence et considéré que l'article 141 alinéa 1 CO n'interdisait la renonciation à la prescription qu'au moment précis de la conclusion d'un contrat. Il a ainsi jugé que la renonciation à la prescription en cours était licite également pour les délais du titre troisième du Code des obligations et que l'article 141 alinéa 1 CO avait vocation à s'appliquer à tous les délais de prescription¹⁰³⁰.
- 1062 Au titre de jurisprudence fédérale, il nous faut encore citer celle des autorités administratives concernant des prétentions du domaine de la responsabilité publique. Dans un arrêt de 1981, la Commission de recours de l'Administration militaire a simplement repris la jurisprudence du Tribunal fédéral de 1973 et admis la validité d'une renonciation à la prescription en cours dans le cadre d'une action récursoire, la prescription de cette dernière n'étant pas régie par les délais du titre troisième¹⁰³¹. Dans un arrêt de 2000, le Département fédéral de justice et police a apporté une précision importante qui a probablement été admise implicitement dans l'arrêt de 1986 (N 1060), à savoir qu'une renonciation à la prescription est possible en droit de la responsabilité publique même si la prescription doit en principe y être prise en compte d'office¹⁰³².

¹⁰²⁴ ATF 99 II 185, 190.

¹⁰²⁵ ATF 99 II 185, 190-191.

¹⁰²⁶ RBA XV n°96 p. 509, 514.

¹⁰²⁷ ATF 112 II 131, 233.

¹⁰²⁸ ATF 4C.9/1998, c. 4a; voir le compte-rendu in RJB 134 pp. 583-585 et le commentaire de KOLLER, PJA 2000, pp. 246-248.

¹⁰²⁹ ATF 5C.42/2005, c. 2.2.

¹⁰³⁰ ATF 132 III 226, 237-240. Repris en résumé dans un ATF 4C.421/2005, c. 4.1, partiellement publié et commenté par PASCAL PICHONNAZ, DC 2006, pp. 169-170. Voir aussi ATF 133 III 6, 26.

¹⁰³¹ JAAC 48.3 p. 40, 46-47.

¹⁰³² JAAC 65.8 p. 110, 115-116.

B. La jurisprudence cantonale

- 1063 Il existe bien entendu une jurisprudence cantonale sur l'interprétation de l'article 141 alinéa 1 CO. Elle n'est pas extrêmement abondante, mais certains arrêts méritent tout de même d'être mentionnés.
- 1064 On trouve un arrêt très intéressant de la Cour d'appel bernoise de 1911 concernant des faits qui se sont passés sous l'empire du Code fédéral des obligations¹⁰³³. Il s'agissait de juger des prétentions liées à un accident de travail dans lequel l'employeur avait déclaré sur demande de l'avocat du lésé, qu'il renoncerait à exciper de la prescription, alors que cette dernière n'était pas encore acquise. La Cour d'appel avait jugé sur la base de l'article 159 CFO qu'une telle déclaration était dénuée d'effet juridique dans la mesure où l'employeur aurait tout bonnement (« *schlechthin* ») voulu renoncer à la prescription. Dans son raisonnement, la Cour d'appel avait aussi pris en compte le nouvel article 141 CO (pas encore en vigueur à ce moment-là) et jugé qu'il n'apporterait aucun changement à ce sujet. La Cour d'appel a également considéré que l'article 159 CFO était valable de manière générale pour tous les délais de prescription de la législation spéciale. Elle a en outre clairement refusé d'admettre la validité de la renonciation en application du principe de la bonne foi. Ce qui est toutefois remarquable dans cet arrêt, c'est que la Cour d'appel a également analysé la renonciation dont il était question sous l'angle de la renonciation à la portion du délai déjà écoulée (« *Verzicht auf den bereits abgelaufenen Teil der Verjährungsfrist* »), considérant qu'il était possible de l'interpréter comme telle ou de la déduire du fait qu'elle a été donnée pendant le cours de la prescription. Il est très surprenant de constater que la Cour d'appel a jugé qu'une telle renonciation à la portion déjà écoulée du délai était licite, qu'elle ne contrevenait pas à l'article 159 CFO (!) et qu'elle avait pour effet d'interrompre la prescription. Dans le cas d'espèce, la prescription était acquise même en admettant un tel effet de la renonciation.
- 1065 En 1921, le Juge de la Chaux-de-Fonds a pris une option résolument opposée à celle adoptée plus tard (en 1973) par le Tribunal fédéral et retenu que l'article 141 alinéa 1 CO constituait une règle générale, applicable également en droit des assurances privées¹⁰³⁴.
- 1066 Dans un arrêt de 1966 confirmé par le Tribunal fédéral (N 1058), le Tribunal cantonal zurichois a jugé, contrairement à la Cour d'appel bernoise (N 1064), que la renonciation à la prescription en cours n'était pas licite et qu'elle ne pouvait en aucun cas avoir un effet interruptif. Dans son raisonnement, il a considéré que les articles 129 et 141 alinéa 1 CO formaient un tout¹⁰³⁵.
- 1067 Dans un arrêt de 1986, le Tribunal cantonal valaisan a repris à son compte la jurisprudence du Tribunal fédéral, jugeant qu'il n'était pas possible de renoncer à la prescription en cours selon l'article 141 alinéa 1 CO, mais que cette disposition ne s'appliquait pas en dehors du titre troisième du Code des obligations, en l'espèce en droit des assurances privées¹⁰³⁶.
- 1068 Dans un arrêt de 1997, le Tribunal de cassation de Saint-Gall a rendu une jurisprudence intéressante, s'écartant de celle adoptée par le Tribunal fédéral en 1973 et correspondant à celle de notre Haute Cour adoptée en 2006¹⁰³⁷. Il a jugé que la renonciation à la prescription en cours était possible même pour un délai du titre troisième. Il a considéré qu'il ne s'agissait que du rétablissement du délai originnaire et non d'une prolongation de celui-ci. Il s'est basé essentiellement sur l'argument de SPIRO (N 1026 et 1081). Il a en outre jugé que le fait pour le

¹⁰³³ RJB 48 p. 485 (aussi publié in RSJ 8 p. 373 n°96).

¹⁰³⁴ RBA IV n°93 p. 150, 152.

¹⁰³⁵ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 86.

¹⁰³⁶ RVJ 87 p. 253, 256.

¹⁰³⁷ SG GVP 1997 n°45 p. 101.

débiteur de se prévaloir d'une renonciation nulle constituerait de toute manière un abus de droit.

1069 La jurisprudence cantonale comprend encore d'autres arrêts sur le sujet, mais ceux-ci sont moins intéressants en raison du manque d'explications concernant le raisonnement juridique. Nous nous limitons dès lors à les citer:

- 1070 – Dans un arrêt lucernois de 1941 concernant le délai de prescription de l'article 929 alinéa 2 CC, on trouve une très brève remarque selon laquelle le débiteur ne peut renoncer d'avance à la prescription, c'est-à-dire avant que la prescription ne soit acquise¹⁰³⁸.
- 1071 – La Cour de justice civile genevoise a fait la même observation dans un jugement de 1946¹⁰³⁹.
- 1072 – Dans un arrêt de 1985, le Tribunal de district d'Arlesheim (canton de Bâle-Campagne) a relevé, sans précision aucune, qu'une renonciation à la prescription n'était possible que dans les limites de l'article 141 CO¹⁰⁴⁰.

Section 3 La doctrine

A. Concernant l'article 159 CFO

- 1073 Pour ce qui est de l'article 159 CFO, la plupart des auteurs se bornent à mentionner le texte légal tel quel et à faire quelque développement sur la renonciation à la prescription acquise¹⁰⁴¹.
- 1074 SCHNEIDER/FICK expliquent qu'une renonciation intervenant avant l'acquisition de la prescription serait contraire à l'article 148 CFO¹⁰⁴². Quant à ROSSEL, il est le seul à admettre pour l'article 159 CFO qu'une renonciation à la prescription en cours est possible pour le passé mais non pour l'avenir¹⁰⁴³.

B. Concernant l'article 141 alinéa 1 CO

- 1075 Les avis dans la doctrine concernant l'objet et le champ d'application de l'article 141 alinéa 1 CO sont très nombreux et divergents. Il nous semble intéressant de retracer dans les grandes lignes les différents courants de pensée représentés, sans toutefois entrer dans toutes les finesses des divers raisonnements.
- 1076 Dans la doctrine ancienne (antérieure à 1950), plusieurs auteurs sont assez stricts pour dire qu'il n'est pas admissible de renoncer à faire valoir la prescription avant qu'elle ne soit acquise (« *vor deren Ablauf* »), certains en argumentant que cela contreviendrait à la règle établie par l'article 129 CO¹⁰⁴⁴. GRÄMIGER réfute la thèse défendue par certains auteurs et l'arrêt de la Cour d'appel bernoise de 1911 (N 1064), en précisant que la renonciation à la portion

¹⁰³⁸ LGVE (Max) 1941 Nr. 13 p. 11, 12 (Tribunal cantonal lucernois, Commission de justice).

¹⁰³⁹ SJ 1947 p. 376, 379.

¹⁰⁴⁰ BJM 1985 p. 314, 316.

¹⁰⁴¹ BLUMENSTEIN, p. 90; HABERSTICH, p. 277; HAFNER, pp. 65-66; HIESTAND, pp. 95-97; JACOTTET, p. 109.

¹⁰⁴² SCHNEIDER/FICK, aOR 159 N 1, p. 256.

¹⁰⁴³ ROSSEL (1^{re} édition), p. 195.

¹⁰⁴⁴ BÉGUELIN, FJS 813, pp. 3-4; CAPITAINÉ, p. 51; MARTIN, p. 187; OSER, ZK, OR 141 N 1; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 1.

déjà écoulée du délai n'est pas licite parce qu'il n'existe pas de prescription partielle¹⁰⁴⁵. FICK se contente simplement de relever que la renonciation à la prescription acquise est licite¹⁰⁴⁶. OSTERTAG/HIESTAND appliquent l'article 141 CO également au domaine des assurances privées¹⁰⁴⁷.

- 1077 Trois auteurs de la doctrine ancienne, BECKER, RENNEFAHRT et ROSSEL, admettent cependant la renonciation à la portion déjà écoulée du délai, en particulier dans l'intérêt d'éventuels pourparlers transactionnels des parties¹⁰⁴⁸. ROSSEL a ainsi maintenu pour l'article 141 CO l'opinion qu'il avait déjà exprimée pour l'article 159 CFO (N 1074).
- 1078 Il faut également signaler l'avis de VON TUHR, qui semble tolérer une renonciation à la prescription en cours, par exemple lorsqu'une expertise doit être rendue et que la liquidation d'une affaire doit de ce fait être reportée. Il envisage cette possibilité malgré la lettre de l'article 141 alinéa 1 CO et concède ainsi que la norme est en principe censée interdire une telle renonciation. Il développe ce point en faisant également référence à la question de l'abus de droit et cite à l'appui de son argumentation un arrêt qui ne nous semble guère pertinent, si bien qu'il n'est pas possible de savoir exactement dans quelle mesure il voulait considérer la renonciation à la prescription en cours comme licite¹⁰⁴⁹. THALMANN défend une opinion allant dans le même sens que celle de VON TUHR. Selon lui, toute personne qui se prévaudrait de la nullité de sa propre renonciation à la prescription en cours devrait se voir opposer la *replicatio doli*. Il reconnaît ainsi implicitement que la renonciation à la prescription en cours est en principe interdite par l'article 141 alinéa 1 CO¹⁰⁵⁰.
- 1079 Dans la doctrine postérieure à 1950, on retrouve des avis très divergents. Certains auteurs ne tolèrent aucune renonciation avant l'échéance du délai de prescription et déduisent par conséquent de l'article 141 alinéa 1 CO qu'il interdit la renonciation à la prescription en cours¹⁰⁵¹.
- 1080 Sans être très précis, VON BÜREN explique que l'article 141 alinéa 1 CO n'interdit pas les conventions visant à prolonger la prescription après qu'elle a commencé à courir et interprète probablement l'expression « *zum voraus* » dans ce sens¹⁰⁵². L'opinion de VON TUHR/ESCHER reste identique à l'avis originaire de VON TUHR (N 1078)¹⁰⁵³. Celle de PÉTERMANN va dans le même sens, étant donné qu'il estime que le législateur n'a pas songé à l'hypothèse de la renonciation à la prescription en cours en édictant l'article 141 alinéa 1 CO et n'a donc pas voulu l'exclure¹⁰⁵⁴.
- 1081 Un avis qui a été beaucoup discuté dans la jurisprudence et la doctrine est celui de SPIRO. Selon lui, l'article 141 alinéa 1 CO n'interdit pas de renoncer à la prescription en cours pour le passé, à savoir la portion du délai qui s'est déjà écoulée (voir aussi N 1026). Appuyant sa thèse à la fois sur l'interprétation du texte légal et sur le but de la loi, il arrive à la conclusion que l'article 141 alinéa 1 CO vaut pour tous les délais de prescription et que cet article ne veut

¹⁰⁴⁵ GRÄMIGER, p. 50.

¹⁰⁴⁶ FICK, OR 141 N 3.

¹⁰⁴⁷ OSTERTAG/HIESTAND, VVG 46 N 2.

¹⁰⁴⁸ BECKER, BK, OR 141 N 3; RENNEFAHRT, OR 141 N 2; ROSSEL, p. 203.

¹⁰⁴⁹ VON TUHR (1^{re} édition), p. 620; voir aussi VON TUHR/SIEGWART (2^e édition), p. 666.

¹⁰⁵⁰ THALMANN, pp. 223-224.

¹⁰⁵¹ NABHOLZ, pp. 157-158; SCHWANDER, thèse, p. 3. Ce dernier semble toutefois s'être ensuite rallié à la jurisprudence du TF de 1973, voir SCHWANDER, *Verjährung von Schadenersatzforderungen*, pp. 24-27.

¹⁰⁵² VON BÜREN, AT, p. 439.

¹⁰⁵³ VON TUHR/ESCHER, p. 232, avec une mention de la jurisprudence du TF dans le Supplément de 1984, p. 96.

¹⁰⁵⁴ PÉTERMANN, p. 313.

interdire que les actes juridiques visant à écarter (« *ausschliessen* ») la prescription, par référence à l'ancien § 225 BGB¹⁰⁵⁵.

- 1082 OFTINGER/STARK sont d'avis que l'article 141 alinéa 1 CO vaut pour tous les délais de prescription et insistent sur la nécessité de traiter de manière similaire la renonciation à la prescription en cours et la promesse de renonciation à l'exception de prescription. Ils estiment que toute renonciation, quelle qu'elle soit, n'est valable que si elle est limitée dans le temps (« *befristet* »)¹⁰⁵⁶.
- 1083 JAEGER expose, quant à lui, la jurisprudence du Tribunal fédéral de 1973 et explique que ce dernier a « fait violence » au texte de l'article 141 alinéa 1 CO en limitant son champ d'application aux délais du titre troisième. Il a critiqué l'assimilation de la renonciation à la prescription en cours et de la promesse de renonciation à la prescription acquise, en précisant qu'il n'est pas possible de renoncer au temps qui s'écoule et que l'interdiction de l'article 141 alinéa 1 CO doit être prise à la lettre. Il préconise, en cas de nécessité, une prolongation par convention¹⁰⁵⁷.
- 1084 BUCHER se range dans la catégorie des auteurs qui considèrent que l'article 141 alinéa 1 CO interdit en principe une renonciation à la prescription en cours. Tout en relevant que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas pu proposer de solution convaincante pour affirmer la validité d'une telle renonciation pour les délais du titre troisième et autres délais impératifs, il propose d'assimiler la renonciation à une reconnaissance de dette selon l'article 135 chiffre 1 CO d'un point de vue des effets sur la prescription¹⁰⁵⁸. Il a également critiqué la jurisprudence fédérale de 1973 en déclarant que toute la motivation aurait pu être évitée en appliquant l'article 2 CC (« *venire contra factum proprium* »)¹⁰⁵⁹. Par la suite, il a partiellement modifié son opinion (N 1091).
- 1085 Quant à HÄNNI et SCHAFFHAUSER/ZELLWEGE, ils ne font que décrire l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, sans véritablement prendre position¹⁰⁶⁰. GIROUD et HÜNERWADEL se sont ralliés à l'opinion de SPIRO¹⁰⁶¹.
- 1086 La doctrine récente (dès 1990) comprend tout d'abord plusieurs auteurs qui ne font que mentionner le texte légal ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ses grandes lignes et quelques opinions de la doctrine, sans véritablement prendre position¹⁰⁶².
- 1087 D'autres auteurs se sont ralliés à la thèse de SPIRO et admettent que l'article 141 alinéa 1 CO s'applique aussi à la renonciation à la prescription en cours mais ne l'interdit pas pour la portion du délai déjà écoulée, parfois avec l'une ou l'autre nuance dans la motivation¹⁰⁶³. Au

¹⁰⁵⁵ SPIRO I, pp. 849-851; SPIRO, FS Neumayer, pp. 547-551 et 555; SPIRO, Mélanges Assista, p. 216. *De lege ferenda*: SPIRO, FS Müller-Freienfels, p. 628.

¹⁰⁵⁶ OFTINGER/STARK II/1, N 389d-389i.

¹⁰⁵⁷ JAEGER, pp. 27-30.

¹⁰⁵⁸ BUCHER, AT, p. 448.

¹⁰⁵⁹ BUCHER, RDS 102 II, pp. 340-341.

¹⁰⁶⁰ HÄNNI, pp. 34-35; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGE, N 1519.

¹⁰⁶¹ GIROUD, p. 26; HÜNERWADEL, pp. 129-130 et la note de bas de page 604.

¹⁰⁶² ACOCELLA, p. 337; ENGEL, PG, pp. 809-810; FISCHER, pp. 138-141; GLAVAS, p. 491; HUGUENIN, pp. 142-143; SCHÖBI, p. 89; MAURER, p. 399 note de bas de page 1040; TERCIER, PG, N 1461-1464; WERRO, N 1422-1425.

¹⁰⁶³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3573; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2284; GAUCH, SIA-Kommentar, Art. 180 N 6; GEHRER, p. 201; GUHL/KOLLER, § 39 N 16; KRAUSKOPF, thèse, N 258-261 (voir aussi KRAUSKOPF, Verjährung, pp. 141-144 et KRAUSKOPF, Verjährungsunterbrechung, p. 133 notes de bas de page 20 et 23); PETER, AcP 200, p. 161; TSCHÜTSCHER, thèse, pp. 104-105; WESSNER, Prescription des actions, pp. 157-158. On

rang de ces auteurs figure aussi PICHONNAZ dans le Commentaire romand¹⁰⁶⁴. Sans faire référence expressément à SPIRO, KELLER est aussi de cet avis. Il rajoute toutefois que même s'il fallait refuser la validité d'une renonciation à la prescription en cours selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faudrait examiner la question d'un éventuel abus de droit du renonçant¹⁰⁶⁵. Dans son ouvrage individuel, REY reprend sur le principe l'admissibilité de la renonciation à la prescription en cours pour le passé s'agissant de tous les délais, mais il va plus loin en admettant qu'en dehors du titre troisième du Code des obligations, la renonciation pour l'avenir est aussi possible¹⁰⁶⁶.

- 1088 Dans le Commentaire bâlois, BERTI a tout d'abord défendu la thèse de SPIRO selon laquelle l'article 141 alinéa 1 CO vaut pour tous les délais de prescription mais n'interdit pas la renonciation à la prescription en cours pour la portion du délai déjà écoulée. En outre, il a précisé que la renonciation à la prescription en cours par des sociétés d'assurances et autres personnes formées aux questions juridiques était devenue un usage (« *Usanz* ») et que le fait de se prévaloir d'une nullité constituerait un abus de droit¹⁰⁶⁷. Il a été suivi dans son raisonnement par DÄPPEN dans les éditions ultérieures du Commentaire bâlois¹⁰⁶⁸. Dans son plus récent Commentaire zurichois, BERTI a rejeté la thèse de SPIRO en argumentant qu'elle contrevenait à la lettre de l'article 141 alinéa 1 CO, à la probable intention du législateur et à la jurisprudence fédérale¹⁰⁶⁹. Il s'est rangé dans le courant doctrinal, englobant aussi HONSELL, JAUN et KESSLER, qui préconise une réduction téléologique (N 1053-1057)¹⁰⁷⁰.
- 1089 Une opinion restée isolée est celle BUCHSER, pour qui la renonciation à la prescription ne touche pas le droit matériel mais est une convention de procédure tendant à une omission, celle d'exciper de la prescription. Il en déduit que la prescription, institution de droit matériel, ne peut jamais être prolongée par un acte du débiteur autre qu'une reconnaissance de dette¹⁰⁷¹.
- 1090 L'avis de GRABER mérite d'être cité ici dans la mesure où il s'agit de celui qui va le plus loin. Il mentionne tout d'abord la jurisprudence du Tribunal fédéral et le fait que l'article 141 alinéa 1 CO n'est, sur la base de cette jurisprudence, pas applicable au droit des assurances privées. Il en conclut qu'une renonciation anticipée est possible en droit des assurances privées, par exemple dans la police d'assurance, c'est-à-dire avant que le délai n'ait commencé à courir¹⁰⁷².
- 1091 Dans la doctrine la plus récente, à savoir celle qui s'est prononcée postérieurement à la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral (N 1061), se trouve l'avis de GAUCH pour lequel la renonciation à la prescription avant qu'elle ne soit acquise n'est pas possible. Il fonde son opinion en particulier sur les travaux préparatoires et des avis doctrinaux « de la première heure ». En conséquence, il estime que la renonciation à la prescription en cours n'est pas visée par l'article 141 alinéa 1 CO et qu'elle doit être comprise comme modification conventionnelle du délai, interdite pour les délais du titre troisième par l'article 129 CO¹⁰⁷³. Ayant ainsi manifestement changé d'avis par rapport à l'opinion défendue précédemment dans son

retrouve l'opinion de KOLLER dans KOLLER, RSJ 92, p. 369 note de bas de page 3; KOLLER, RSJ 103, p. 194; KOLLER, *Verjährung von Versicherungsansprüchen*, pp. 31-32.

1064 PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 4-5.

1065 KELLER II, pp. 291-292.

1066 REY, N 1601-1602.

1067 BERTI, BSK, OR 141 N 2-3.

1068 DÄPPEN, BSK, OR 141 N 2-3.

1069 BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 49.

1070 Voir les références citées en note de bas de page 1020.

1071 BUCHSER, p. 261.

1072 GRABER, BSK, VVG 46 N 37.

1073 GAUCH, *Verjährungsverzicht*, pp. 536 et 539-540.

ouvrage collectif¹⁰⁷⁴, il a sévèrement critiqué la nouvelle jurisprudence qu'il qualifie de peu convaincante. Dans son résultat, il prône en fait un retour à l'ancienne jurisprudence¹⁰⁷⁵. KOLLER a précisé son opinion (N 1087), en argumentant que l'article 141 alinéa 1 CO se rapporte à la renonciation définitive à la prescription comme droit subjectif et qu'il ne l'interdit pas si la prescription est déjà acquise. En revanche, il considère la renonciation à la prescription en cours comme tolérée par cette disposition dans les limites de l'article 129 CO pour les délais du titre troisième et dans les limites de l'article 27 CC pour les délais situés hors du titre troisième. Sauf sur cette question de durée, il a salué la nouvelle jurisprudence¹⁰⁷⁶. SCHWENZER n'a, quant à elle, pas critiqué cette nouvelle jurisprudence. Elle explique par référence à celle-ci que la renonciation à la prescription en cours pour la partie déjà écoulée du délai est possible, tout en maintenant que l'article 141 alinéa 1 ne s'applique qu'aux délais du titre troisième, sans toutefois exposer la conséquence de cette restriction¹⁰⁷⁷. PICHONNAZ a pour l'essentiel approuvé la nouvelle jurisprudence, en s'attachant principalement à la nouvelle sécurité juridique qu'elle instaure¹⁰⁷⁸. DÄPPEN s'est déclaré favorable à la nouvelle jurisprudence¹⁰⁷⁹. Quant à BUCHER, tout en abandonnant partiellement son ancienne opinion (N 184 et 1084)¹⁰⁸⁰, il a approuvé la nouvelle liberté donnée à l'autonomie des parties.

Section 4 Synthèse

1092 Les développements qui précèdent montrent bien la disproportion qui peut exister entre une disposition légale fort succincte et les difficultés qu'engendre sa compréhension. Nous sommes par ailleurs bien conscient du fait que le présent travail ne constitue qu'un avis supplémentaire en la matière.

A. L'objet de l'article 141 alinéa 1 CO

1093 Il est bon de nous rappeler que la loi doit tout d'abord se comprendre selon sa lettre. Il est aussi utile de l'étudier dans une perspective comparée.

1094 Ni la lettre de la loi ni la note marginale ne nous permettent de tirer une conclusion définitive quant à l'objet de l'article 141 alinéa 1 CO. En revanche, nous avons pu constater que l'interprétation historique offre un indice quant à la possible intention du législateur de régler par cet article également la renonciation à la prescription en cours et non seulement la renonciation à l'exception de prescription (N 1023-1031). L'interprétation téléologique permet aussi d'aller dans ce sens (N 1040-1052).

1095 Il est particulièrement intéressant de noter que le texte français de l'article 159 alinéa 1 CFO correspondait à la deuxième partie de l'article 2220 CCF et que le texte de l'actuel article 141 alinéa 1 CO se rapproche davantage de la première partie de cet article du code français. Pour le droit français, la doctrine a rapidement admis que la renonciation à la prescription en cours était possible pour la portion du délai écoulée (N 386). Il faut noter que dans la doctrine et la jurisprudence suisses plus anciennes, l'admissibilité de la renonciation à la prescription en cours sur la base de l'article 141 alinéa 1 CO ne semblait pas exclue. A ce sujet, nous nous

¹⁰⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3573.

¹⁰⁷⁵ GAUCH, *Verjährungsverzicht*, p. 566.

¹⁰⁷⁶ KOLLER, RSJ 103, p. 195.

¹⁰⁷⁷ SCHWENZER, N 83.07. Egalement sans prise de position: MÜLLER/MADER, p. 27.

¹⁰⁷⁸ PICHONNAZ, *Du nouveau sur la renonciation à la prescription*, pp. 119-120.

¹⁰⁷⁹ DÄPPEN, BSK, OR 141 N 3a.

¹⁰⁸⁰ BUCHER, *Verjährung*, pp. 194-195 et en particulier la note de bas de page 26.

référons particulièrement à l'avis de ROSSEL (N 1077) et à l'arrêt de la Cour d'appel bernoise de 1911 (N 1064). Il faut relever que ROSSEL a élaboré le texte français de notre code et qu'il a en outre participé très activement à la procédure législative. Comme il a été entre autres professeur de droit français à l'Université de Berne à une époque où celui-ci était encore en vigueur dans les districts jurassiens du canton de Berne, l'influence du droit français est sensible dans toute son œuvre. Cette influence se retrouvant dans la formulation même de la loi, l'application au droit suisse du principe généralement admis par la doctrine française nous semble tout à fait défendable.

- 1096 Il serait certes possible de rétorquer à cet argument que le texte allemand de l'article 141 alinéa 1 CO ressemble à celui de la première phrase du § 1502 ABGB (N 356), lequel interdit en principe la renonciation à la prescription en cours. Toutefois, la jurisprudence autrichienne a fait des pourparlers contractuels une cause de suspension (N 355) et admet largement un abus de droit du débiteur qui se prévaut de la nullité de sa renonciation (N 363). Récemment, une nouvelle compréhension du § 1502 ABGB a été proposée par VIEHBÖCK qui suggère de comprendre l'expression « *im voraus* » comme voulant dire « avant que le délai n'ait commencé à courir » et non pas « avant que la prescription ne soit acquise »¹⁰⁸¹ (voir aussi N 365). Cette démarche correspond d'ailleurs dans une large mesure à celle préconisée par SPIRO pour le droit suisse et approuvée par une bonne partie de la doctrine (N 1081 et 1087).
- 1097 Sur la base de ce qui a été discuté par la commission élargie de 1908 (N 516) et par la Commission du Conseil national (N 521), nous nous rallions à cette interprétation. En effet, ce n'est pas faire violence à la lettre de la loi et à la note marginale de l'article 141 alinéa 1 CO que de la comprendre comme s'appliquant aussi à la renonciation à la prescription en cours et ne voulant l'interdire qu'avant que la prescription n'ait couru, à savoir pour l'avenir.
- 1098 Nous ne pouvons ainsi que saluer la récente modification de jurisprudence opérée par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 2006¹⁰⁸². Même si la justification de son changement de jurisprudence ne nous convainc pas sur tous les points, elle va dans le bon sens. Nous sommes d'avis que comprendre le terme « anticipée » comme se rapportant au moment de la conclusion du contrat par comparaison avec l'article 837 alinéa 2 CC n'est pas tout à fait pertinent¹⁰⁸³, étant donné que l'article 141 alinéa 1 CO s'applique aussi aux délais de prescription pour lesquels aucun contrat n'est conclu, en particulier à ceux du droit de la responsabilité civile. Par ailleurs, l'harmonisation voulue de l'article 141 alinéa 1 CO avec l'article 837 alinéa 2 CC concernait la forme et non le contenu¹⁰⁸⁴. Il nous semble ainsi plus judicieux de comprendre le terme « anticipée » comme se rapportant au cours de la prescription. Si c'est bien sur la base de l'interprétation historique que nous nous rallions à la thèse de SPIRO, à l'instar du Tribunal fédéral, les procès-verbaux des discussions de la commission élargie de 1908 (N 516) et de la Commission du Conseil national (N 521) sur la règle de l'actuel article 141 alinéa 1 CO nous paraissent plus pertinents pour justifier cette adhésion que la remarque du rapporteur allemand mentionnée par le Tribunal fédéral. En effet, ce même rapporteur avait précisé qu'il ne voyait dans cette nouvelle formulation aucune modification de fond (N 521). L'harmonisation avec la disposition du Code civil devait selon lui n'être que de pure forme. Quoi qu'il en soit, dans son résultat, la nouvelle jurisprudence est profondément juste et parfaitement adaptée à la pratique¹⁰⁸⁵. Cette opinion ne fait toutefois pas l'unanimité (N 1091).

¹⁰⁸¹ VIEHBÖCK, p. 775. Pour les difficultés liées à cette nouvelle compréhension, voir MADER, p. 5.

¹⁰⁸² ATF 132 III 226.

¹⁰⁸³ Plutôt favorables à cette comparaison: BUCHER, Verjährung, p. 194; VOISARD, p. 1147.

¹⁰⁸⁴ GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 535-536.

¹⁰⁸⁵ Du même avis: PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 120.

- 1099 Les développements qui précèdent nous conduisent à rejeter la thèse de la réduction téléologique (N 1053-1057 et 1088) que le Tribunal fédéral n'a même pas mentionnée dans sa nouvelle jurisprudence. Indépendamment de son admissibilité, elle apparaît comme superfétatoire. Par ailleurs, les auteurs qui la préconisent ne se penchent pas véritablement sur l'obstacle que constituent à notre avis les textes français et italien de l'article 141 alinéa 1 CO consacrant la nullité de la renonciation anticipée. Si le législateur prévoit expressément une sanction claire, le juge peut-il décider de lui-même de réduire l'application de la règle s'il pense que sa lettre est claire ? Poser la question est lui donner la réponse qu'elle mérite. Nous soutenons la thèse défendue par une bonne partie de la doctrine parce qu'elle est compatible avec la lettre de la loi.
- 1100 Nous rejetons également l'ancienne thèse de BUCHER (N 1084) dont l'idée est de faire de la renonciation à la prescription en cours une cause d'interruption. Il est vrai que l'article 135 chiffre 1 CO ouvre largement la porte à l'interruption de la prescription par le débiteur. Toutefois, ainsi que nous l'avons vu, la renonciation à la prescription en cours se distingue nettement de la reconnaissance de dette (N 975-982). Il faudrait donc une intervention du législateur pour pouvoir faire de la renonciation un acte interruptif à part entière.
- 1101 Quant à la thèse isolée de BUCHSER (N 1089), elle est naturellement erronée dans la mesure où la prescription est une institution de droit matériel fédéral. KESSLER a par ailleurs relevé à juste titre que cette thèse ne méritait pas d'être retenue¹⁰⁸⁶.
- 1102 Contrairement à l'opinion du Tribunal fédéral dans sa jurisprudence de 1973 (N 1059) et en accord avec ce qu'il semble admettre dans sa dernière jurisprudence (« Cette norme [l'article 129 CO] signifie que lesdits délais ne peuvent être ni prolongés ni raccourcis. Mais elle n'empêche pas que la survenance de la prescription soit repoussée par l'effet d'une suspension ou d'une interruption ou encore par l'octroi d'un sursis retardant l'exigibilité de la créance »)¹⁰⁸⁷, la renonciation à la prescription en cours n'est pas assimilable à une modification conventionnelle du délai de prescription. Selon ce que nous avons exposé, la modification conventionnelle touche l'extension du délai de prescription, sa durée « nominale » (N 707 et 968). Par exemple, si le délai variable d'un an selon l'article 210 alinéa 1 CO est porté à trois ans, il s'écoulera une durée plus longue que celle prévue par la loi entre le point de départ du délai et son échéance, sans qu'aucune intervention (reconnaissance de dette ou acte interruptif) des parties ne soit nécessaire. En admettant que le débiteur renonce à la prescription en cours même pour toute la portion du délai qui s'est déjà écoulée, il n'en découlera jamais un délai plus long que celui prévu par la loi entre la renonciation (qui est une intervention de l'une des parties) et l'échéance du délai. Il n'y a donc en aucun cas une prolongation de la durée de la prescription qui irait au-delà de ce que les parties pourraient réaliser par un acte interruptif, contrairement à l'effet possible d'une prolongation conventionnelle (voir aussi N 142). Par ailleurs, la possibilité que laisse le législateur d'interrompre la prescription même pour les longs délais (N 165) montre bien que celui-ci n'a en aucun cas voulu empêcher que la prescription ne soit acquise que bien après son point de départ¹⁰⁸⁸.
- 1103 Sur la base des développements qui précèdent, nous postulons en résumé que l'objet de l'article 141 alinéa 1 CO est le suivant:
- 1104 — L'article 141 alinéa 1 CO s'applique à la renonciation à la prescription en cours aussi bien qu'à la renonciation à la prescription acquise et à la promesse de renonciation à la prescription acquise.

¹⁰⁸⁶ KESSLER, pp. 49-50

¹⁰⁸⁷ ATF 132 III 226, 239-240.

¹⁰⁸⁸ SPIRO, FS Neumayer, p. 549.

- 1105 – L'article 141 alinéa 1 CO n'interdit pas la renonciation à la prescription en cours en tant que telle. Il ne permet toutefois que de renoncer à la portion du délai déjà écoulée.
- 1106 Pour ce qui est de la renonciation implicite à la prescription acquise, elle est certes régie par l'article 141 alinéa 1 CO, mais elle est aussi réglementée partiellement par l'article 63 alinéa 2 CO (N 1518-1523). Lorsque l'exception acquise n'est simplement pas soulevée, le comportement du débiteur ne peut pas obligatoirement être assimilé à une renonciation à la prescription acquise. Dans ce cas, son attitude relève du champ d'application de l'article 142 CO (N 1536).

B. Le champ d'application de l'article 141 alinéa 1 CO

- 1107 Selon l'opinion que nous défendons, l'objet des articles 129 et 141 alinéa 1 CO n'est pas le même (N 713-715). Cette thèse nous conduit naturellement à rejeter, avec la majorité de la doctrine, l'ancienne opinion du Tribunal fédéral qui n'applique l'article 141 alinéa 1 CO qu'aux délais du titre troisième (N 1059) et à saluer le récent changement de jurisprudence à ce sujet¹⁰⁸⁹. L'interprétation systématique montre par ailleurs clairement que l'ancienne jurisprudence n'était pas correcte. L'article 141 alinéa 1 CO n'entre pas du tout dans la même catégorie de règles que l'article 129 CO (N 1032-1039). Il découle comme conséquence importante de la nouvelle jurisprudence que la renonciation à la prescription en cours est possible aussi pour les délais du titre troisième, de même que pour tous les autres délais (N 750).
- 1108 L'opinion de GRABER (N 1090) ne saurait ainsi être retenue lorsqu'il affirme que dans le domaine des assurances privées, l'article 141 alinéa 1 CO ne s'applique pas. Cet article a également vocation à s'appliquer dans ce domaine en vertu de l'article 100 alinéa 1 LCA. Selon la lecture que nous en faisons, l'article 141 alinéa 1 CO interdit de renoncer de manière anticipée, c'est-à-dire avant que la prescription n'ait couru. Il n'est donc pas question de permettre à l'une ou l'autre des parties au contrat de renoncer à la prescription avant qu'elle n'ait commencé à courir, par exemple dans une police d'assurance.
- 1109 Ces considérations nous obligent à nous montrer très critique envers le raisonnement du Tribunal fédéral dans son arrêt de 1998¹⁰⁹⁰, étant rappelé que celui-ci avait admis la validité d'une clause de renonciation dans une convention de recours entre deux assureurs, la CNA et la société d'assurance Zürich, selon laquelle en cas d'annonce par courrier par la CNA de la prétention récursoire, la société d'assurance Zürich renonce à l'exception de prescription (pour la teneur de la clause, voir N 693¹⁰⁹¹). A notre avis, le Tribunal fédéral avait fait un raisonnement très incomplet dans cet arrêt. Il n'avait ni déterminé le délai de prescription de l'action récursoire dont il était question au cas particulier, ni expliqué la disposition légale sur laquelle il se basait, ni défini le *dies a quo* du délai. Il avait simplement rappelé sa jurisprudence de 1973 selon laquelle l'article 141 alinéa 1 CO n'est pas applicable aux délais situés hors du titre troisième et qu'une renonciation à la prescription est valable pour une durée de dix ans au plus. Il avait admis qu'un courrier adressé à la société d'assurance Zürich par la CNA était suffisant pour que la renonciation à la prescription prévue par la clause de la convention de recours soit valable.
- 1110 Le but d'une convention de recours est de s'appliquer à un grand nombre de cas. La clause de renonciation prévue était censée faciliter la liquidation de cas de recours et éviter des actes

¹⁰⁸⁹ ATF 132 III 226, 239.

¹⁰⁹⁰ ATF 4C.9/1998; voir le compte-rendu in RJB 134 pp. 583-585 et le commentaire de KOLLER, PJA 2000, pp. 246-248.

¹⁰⁹¹ Concernant une clause similaire dans le domaine de la responsabilité pour la circulation routière, voir SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1507.

interruptifs superflus. Selon l'interprétation de la convention que la CNA a alléguée par-devant le Tribunal fédéral, la réclamation écrite devait impliquer la renonciation définitive à la prescription, tandis que selon la société d'assurance Zürich, cette renonciation devait être limitée à dix ans, avis auquel s'est par ailleurs rangé le Tribunal fédéral en appliquant l'article 20 alinéa 2 CO.

- 1111 L'interprétation préconisée par la CNA aurait pour conséquence inévitable la nullité absolue de la clause, étant donné qu'elle tendrait à créer un cas d'imprescriptibilité (N 942 et 948). Selon nous, même le fait de limiter son effet à dix ans au maximum ne permet pas d'admettre la clause comme renonciation. En effet, la déclaration de renonciation est donnée dans le cadre d'une convention globale, avant même que la prescription n'ait commencé à courir dans un quelconque cas particulier. Il s'agit donc là d'une véritable renonciation anticipée que l'article 141 alinéa 1 CO ne tolère pas. Il s'agit en fait d'une double clause, en ce sens qu'elle contient à la fois une renonciation et une clause voulant autoriser d'autres actes interruptifs du créancier à l'action récursoire, possibilité que nous rejetons également (N 694). On relèvera par ailleurs que la durée de dix ans ne ressort nullement de cette clause et que l'interprétation du Tribunal fédéral en est dès lors assez hasardeuse. Selon la clause, il suffit que l'avis écrit soit donné pendant le cours ordinaire de la prescription pour que la renonciation soit valable. L'interprétation qu'en fait le Tribunal fédéral peut engendrer une durée de prescription supérieure à dix ans sans qu'un véritable acte interruptif ou qu'une renonciation à la prescription en cours n'interviennent.
- 1112 L'arrêt du Tribunal fédéral est empreint de pragmatisme et il est manifeste que celui-ci a tenu compte du fait que le litige opposait deux puissantes sociétés d'assurance dont aucune n'avait un besoin de protection comparable à celui d'un particulier. Il est vrai que dans ce genre d'affaires, une réglementation plus adaptée au commerce pourrait sans doute être la bienvenue. Toutefois, la volonté claire du législateur de ne pas introduire de code de commerce implique celle de soumettre les rapports entre commerçants au droit commun. L'application de l'article 141 alinéa 1 CO est par conséquent obligatoire, étant donné que cette disposition a vocation à s'appliquer aussi aux délais situés hors du titre troisième¹⁰⁹².
- 1113 Dans l'arrêt en question, il aurait été intéressant que le Tribunal fédéral se prononce sur le délai applicable à l'action récursoire, la disposition légale qui le fonde et le point de départ du délai. A notre avis, il lui aurait été possible, vu la nullité de la clause de renonciation, d'examiner la question sous l'angle de l'abus de droit. A défaut d'indications suffisantes concernant tous ces points, nous ne sommes pas en mesure de déterminer si le résultat de l'examen du Tribunal fédéral, à savoir le rejet de l'exception de prescription, est correct ou non selon les principes que nous avons développés jusqu'ici.
- 1114 Nous nous devons encore de préciser que les parties à une convention de recours comme celle examinée par le Tribunal fédéral ne sont nullement dans l'impossibilité de prendre des dispositions qui visent à empêcher des actes interruptifs inutiles. Il ressort de cet arrêt que la CNA a octroyé ses prestations à l'un de ses assurés suite à un accident de la circulation survenu en 1976. Pour le montant des prestations allouées, elle a donc été subrogée aux droits de cet assuré envers la société d'assurance Zürich qui était l'assureur de responsabilité civile du détenteur du véhicule ayant causé l'accident, ceci probablement sur la base de l'article 100 de l'ancienne Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents¹⁰⁹³. Dès lors, faute d'une règle spéciale dans cette loi, la prescription de son droit de recours était fixée par l'article 83 alinéa 3 LCR, à savoir deux ans à compter du jour où la prestation a été complè-

¹⁰⁹² *Contra* par rapport à l'arrêt de 1998: KRAUSKOPF, Verjährungsunterbrechung, p. 133.

¹⁰⁹³ Loi fédérale du 13.06.1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, RO 1912 351, 386 (ultérieurement désignée par Loi fédérale sur l'assurance-maladie, RO 1982 1676, 1714). Pour un cas d'application similaire, voir ATF 113 II 86.

tement effectuée et le responsable connu. Etant donné que nous avons classé ce délai dans la catégorie des délais minimaux (N 891), il aurait été loisible aux parties à la convention de recours de définir que ce délai de recours entre les parties était dans tous les cas prolongé pour atteindre la durée maximale de dix ans dès la survenance de l'accident, à savoir le point de départ du délai absolu et objectif applicable en l'espèce (article 83 alinéa 1 LCR; N 758)¹⁰⁹⁴. De cette façon, il n'y aurait ni création d'un cas d'imprescriptibilité ni stipulation d'une durée de prescription supérieure à dix ans sans qu'il n'y ait d'acte interruptif ou de renonciation à la prescription en cours. Certes, l'extension même du délai serait touchée, mais dans la limite autorisée par la loi. En outre, peu avant l'échéance de ce délai fixé conventionnellement, la société défenderesse à l'action récursoire aurait tout loisir de renoncer à la prescription en cours.

- 1115 Il est légitime de se poser la question de savoir si le Tribunal fédéral aurait pu réduire la clause en question à la mesure autorisée que nous préconisons. Selon nous, il y a lieu de répondre par la négative, car la clause ne permet pas une interprétation à ce point éloignée de sa lettre.
- 1116 Il serait aujourd'hui très intéressant que le Tribunal fédéral ait à rejuger cette affaire. Etant donné qu'il comprend désormais l'article 141 alinéa 1 CO comme s'appliquant à tous les délais, le mot « anticipée » comme se référant au moment de la conclusion du contrat et qu'il a répété que les parties ne peuvent prévoir d'autres actes interruptifs du créancier¹⁰⁹⁵, il est fort probable qu'il n'admettrait plus la validité de la clause dont il était question.

¹⁰⁹⁴ Ainsi que cela ressort implicitement de l'ATF 125 II 339, 342-343.

¹⁰⁹⁵ ATF 132 III 226, 235 et 239.

Chapitre III La renonciation à la prescription en cours

- 1117 Après avoir défini la renonciation à la prescription en cours (N 953 et 960) et étudié l'objet et le champ d'application de la règle qui lui est applicable (N 1092-1116), nous allons examiner ses conditions, son interprétation, ses effets, les sanctions pouvant lui être rattachées et ses modalités.

Section 1 Les conditions

A. L'exercice des droits civils

- 1118 Etant donné que la renonciation à la prescription en cours est un acte juridique, elle implique nécessairement que le renonçant ait l'exercice des droits civils au sens de l'article 12 CC¹⁰⁹⁶. Vu qu'il ne s'agit pas d'un acte strictement personnel, il peut également être accompli par un représentant légal ou institué. Il est aussi possible que la renonciation à la prescription en cours soit déclarée par un mineur dans le cadre des biens dont il dispose librement en vertu de l'article 323 alinéa 1 CC, étant donné que la jurisprudence lui reconnaît à cet effet la pleine capacité civile¹⁰⁹⁷.
- 1119 Des problèmes peuvent se poser lorsque le débiteur est sous le coup d'une incapacité de disposer suite à l'ouverture d'une faillite (article 204 alinéa 1 LP) ou à l'octroi d'un sursis concordataire (article 298 alinéa 2 LP).
- 1120 Si un jugement de faillite intervient, la question ne se pose naturellement que pour des créances nées avant l'ouverture de la faillite. L'article 204 alinéa 1 LP mentionne expressément que « sont nuls à l'égard des créanciers, tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse ». Cette règle vise tous les actes par lesquels la masse dite passive est frustrée d'un élément appartenant à la masse active; il s'agit de tous les actes par lesquels un droit ou un rapport juridique sont modifiés, supprimés ou aliénés et qui conduisent à une diminution de l'actif ou à une augmentation du passif¹⁰⁹⁸. Le Tribunal fédéral a jugé de manière très générale que le dessaisissement prive le failli du droit de passer des actes juridiques se rapportant à des créances contre lui¹⁰⁹⁹. La renonciation à la prescription en cours étant précisément un acte juridique qui se rapporte à une créance dirigée contre le débiteur, elle tomberait en principe sous l'interdiction de l'article 204 alinéa 1 LP.
- 1121 En l'espèce, il est légitime de se poser la question de savoir si la renonciation à la prescription en cours répond réellement aux critères d'une disposition selon l'article 204 alinéa 1 LP. En effet, bien que la renonciation à la prescription en cours soit un acte juridique, elle ne conduit ni à une diminution de l'actif ni à une augmentation du passif et ne fait pas changer le droit en question de titulaire. Elle n'a aucun effet patrimonial, car elle ne se prononce pas sur le bien-fondé d'une créance et ne porte nullement préjudice à la prérogative ultérieure de l'administration de la faillite de décider d'admettre une créance dans la masse passive (article 245 LP). Elle n'est donc pas un acte de disposition. A notre avis, le débiteur qui renonce à

¹⁰⁹⁶ KESSLER, p. 93; SPIRO I, p. 546.

¹⁰⁹⁷ ATF 112 II 102, 103; ATF 106 III 8, 9-10.

¹⁰⁹⁸ GILLIÉRON II, art. 204 N 12; WOHLFAHRT H., BSK, SchKG 204 N 10

¹⁰⁹⁹ ATF 121 III 28, 30.

une prescription en cours après l'ouverture de sa faillite peut le faire sans qu'il n'y ait lieu d'appliquer la sanction prévue à l'article 204 alinéa 1 LP.

- 1122 Nous nous devons de relever que l'utilité pratique d'une telle renonciation est limitée, étant donné que la prescription de toutes les créances qui sont produites dans la faillite est de toute manière interrompue (article 135 chiffre 2 CO), même si la faillite est par la suite révoquée ou suspendue¹¹⁰⁰. Seul un créancier non poursuivant au moment de l'ouverture de la faillite et dont la créance est menacée de prescription peu après cette ouverture pourrait avoir intérêt à requérir une telle renonciation. En effet, dans un tel cas, il se trouve dans l'impossibilité de produire sa créance aux fins d'interrompre la prescription tant que la faillite n'est pas publiée. La variante la plus simple qui s'offre à lui est de demander au débiteur de renoncer à la prescription en cours. En cas de refus, il se verrait dans l'obligation de faire une réquisition de poursuite, laquelle serait certes interruptive de prescription, mais devrait être rejetée par l'office des faillites (article 206 alinéa 1 LP)¹¹⁰¹. Il pourrait également intenten une action en justice (ou demander une citation en conciliation), qui serait automatiquement suspendue dès son introduction (article 207 alinéa 1 LP), mais qui aurait aussi pour effet de suspendre le cours de la prescription (article 207 alinéa 3 LP).
- 1123 Pour ce qui est du sursis concordataire, la situation est plus claire. En effet, dès la publication du sursis, la loi interdit au débiteur seulement d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et d'aliéner à titre gratuit pendant la durée du sursis (article 298 alinéa 2 LP). Comme nous l'avons expliqué, la renonciation à la prescription acquise pourrait dans certains cas être considérée comme disposition à titre gratuit, mais pas la renonciation à la prescription en cours (N 1000-1003). Le débiteur en sursis conserve donc la faculté de renoncer à la prescription en cours, à l'instar du failli¹¹⁰². L'utilité pratique est toutefois quasiment inexistante, étant donné que l'article 297 alinéa 1 LP prévoit de manière générale que le cours de la prescription est suspendu pendant la durée du sursis.

B. Une manifestation de volonté

- 1124 Nous avons défini la renonciation à la prescription en cours comme acte juridique. Elle présuppose par conséquent une manifestation de volonté, nécessaire à produire l'effet voulu. Comme pour la reconnaissance de dette, la renonciation à la prescription en cours doit être adressée au créancier (ou à son représentant) et non à une tierce personne¹¹⁰³ (voir N 980).

a) Divergence entre la volonté et la manifestation de volonté

- 1125 Il peut tout à fait se produire une divergence entre la volonté réelle du débiteur et sa volonté exprimée par la déclaration de renonciation à la prescription en cours. Comme il est question d'un acte juridique unilatéral, nous n'aurons pas à traiter de la question d'une éventuelle divergence bilatérale entre la volonté et la manifestation de volonté, c'est-à-dire constatée chez les deux parties, qu'elle soit involontaire (erreur commune) ou volontaire (simulation). En revanche, nous devons examiner quelles sont les conséquences d'une divergence unilatérale, plus spécifiquement lorsqu'elle est involontaire (erreur du débiteur). La question de la divergence unilatérale volontaire (restriction mentale) est moins importante et nous ne ferons

¹¹⁰⁰ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, SchKG 332 N 11. *Contra*: Vouilloz, CR-LP, art. 232 N 17.

¹¹⁰¹ GILLIÉRON II, art. 206 N 12.

¹¹⁰² *Contra* (pour la faillite et le sursis concordataire): KESSLER, p. 93, qui cite d'autres auteurs ne se référant à notre avis qu'à la renonciation à la prescription acquise, voir N 1324-1325.

¹¹⁰³ ATF 40 II 521, 522; RVJ 1987 p. 253, 256 (Tribunal cantonal valaisan). KRAUSKOPF, Verjährung, p. 140.

que la mentionner brièvement. Même si la renonciation est un acte juridique unilatéral, les conséquences d'une erreur s'apprécient selon les règles générales du Code des obligations sur les vices du consentement qui s'appliquent par analogie¹¹⁰⁴. Cela vaut aussi pour le dol et la crainte fondée que nous n'aborderons pas plus en détail.

1126 S'agissant d'une divergence unilatérale entre la volonté et la manifestation de volonté du débiteur, elle est envisageable sous deux formes différentes. La première est celle de l'erreur dans la déclaration. On peut imaginer le cas d'un débiteur qui ne souhaite pas renoncer à la prescription en cours pour souligner qu'il est totalement opposé à des pourparlers et qui omet par inadvertance la négation dans sa déclaration. Il renonce à la prescription en cours alors que telle n'était précisément pas son intention. Peut-il dans un tel cas se prévaloir d'une erreur essentielle au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 1 CO ? L'admettre laisserait la possibilité au débiteur de mettre le créancier dans une situation extrêmement délicate si la prescription arrive à échéance entre le moment où le débiteur a donné sa déclaration viciée et le moment où il invalide cette déclaration. Si le créancier n'interrompt pas la prescription en se basant sur la déclaration du débiteur, le fait pour le débiteur de se prévaloir de son erreur serait à notre avis contraire aux règles de la bonne foi selon l'article 25 alinéa 1 CO. En effet, le Tribunal fédéral a jugé que le fait de se prévaloir d'une erreur pour invalider un acte juridique viole les règles de la bonne foi notamment dans l'hypothèse d'une disproportion grossière des intérêts¹¹⁰⁵. Dans le cas d'espèce, il y aurait bien une disproportion grossière entre l'intérêt du débiteur à manifester son opposition à des pourparlers et l'intérêt du créancier à ce que la prescription ne puisse survenir. Nous préconisons une solution similaire lorsque le débiteur mentionne par erreur la fausse créance ou se trompe sur le montant pour lequel il renonce à la prescription en cours. Nous reviendrons ultérieurement sur la question d'une erreur dans la déclaration par l'omission d'une réserve quant à la prescription acquise (N 1190-1192).

1127 La deuxième forme d'erreur possible est une erreur sur les motifs. Une telle erreur est difficilement envisageable pour une renonciation à la prescription en cours. Elle peut néanmoins se produire, par exemple si le débiteur ignore que le créancier est au bénéfice d'un concours d'actions (à la fois sur le plan délictuel et sur le plan contractuel) lorsqu'il renonce à la prescription en cours et qu'il renonce en conséquence à la prescription en cours aussi pour le long délai, mais sans le savoir (voir N 1222 par analogie). Il n'y a à notre avis pas d'erreur essentielle dans ce cas, car la déclaration est motivée par la volonté d'éviter un acte interruptif du créancier. La connaissance certaine de la nature juridique (contractuelle ou délictuelle) du délai de prescription en cause ne constitue pas la base nécessaire de la déclaration. De manière générale, la renonciation intervient toujours dans des circonstances qui font que le débiteur doit être conscient que sa déclaration s'inscrit dans une démarche visant si possible à la résolution d'un litige à l'amiable. D'autres hypothèses de divergence unilatérale entre la volonté et la manifestation de volonté sont possibles, par exemple si le débiteur ne sait pas ce qu'est la prescription ou n'en connaît ni les règles ni les délais. Si, malgré cela, il renonce à la prescription en cours à la requête du créancier, il ne pourra pas invalider sa déclaration. Il s'agirait dans ce cas soit d'une restriction mentale et non d'une erreur (le débiteur déclare quelque chose qu'il ne veut pas), soit d'une erreur sur les motifs (le débiteur accède sans réserve à la demande du créancier et ne prend pas la peine de se renseigner sur les effets exacts de sa déclaration), sans pertinence en vertu de l'article 24 alinéa 2 CO¹¹⁰⁶. Il ne s'agirait clairement pas d'une erreur sur la base nécessaire de l'acte juridique au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO. Dans un tel cas, le créancier peut considérer selon les règles de la bonne

¹¹⁰⁴ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 87-89 (pour la renonciation à la prescription acquise; Tribunal cantonal zurichois).

¹¹⁰⁵ ATF 123 III 200, 203.

¹¹⁰⁶ ATF 49 II 167, 182.

foi que la volonté de produire un effet juridique (« *Geschäftswille* ») est bel et bien donnée, même si le débiteur n'est pas conscient des effets de sa déclaration ou ne les veut pas¹¹⁰⁷.

b) Déclaration expresse

- 1128 Il n'est pas nécessaire que le mot « renonciation » ou « renoncer » soit utilisé dans une déclaration de renonciation à la prescription en cours. Il suffit que de cette déclaration ressorte de manière non équivoque la volonté du débiteur de ne pas se prévaloir de la prescription. On trouve dans la jurisprudence un certain nombre d'exemples de déclarations expresses ayant été considérées comme renonciations valables à la prescription en cours:
- 1129 – Lorsque le débiteur déclare « *bis Ende Februar 1970 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten*¹¹⁰⁸. »
- 1130 – « La soussignée (...) renonce par la présente à soulever une exception de prescription contre toutes les prétentions que (...) peut faire valoir (...). La déclaration intervient simplement pour éviter l'interruption de la prescription par une poursuite ou le dépôt d'une action et elle est valable jusqu'au 31.12.2003¹¹⁰⁹. »
- 1131 – « Il n'a jamais été dans notre intention de faire valoir la prescription¹¹¹⁰. »
- 1132 – « *Auf unseres Telefongespräch mit (...) zurückkommend, verzichten wir mit diesem Schreiben auf die Verjährungseinrede. Dies im Rahmen unserer vertraglichen Versicherungsgarantien und unter Vorbehalt aller Rechte und Pflichten*¹¹¹¹. »
- 1133 La déclaration du débiteur par laquelle il accuse réception d'un acte interruptif du créancier ne constitue en revanche pas une renonciation à la prescription en cours¹¹¹².
- 1134 A notre avis, si le débiteur se limite à demander au créancier de ne pas intenter une poursuite aux fins d'interrompre la prescription afin de permettre une discussion sur le fond de l'affaire, il ne formule pas une déclaration suffisante de renonciation à la prescription en cours. En effet, le débiteur ne manifeste que son intention de vouloir éviter un acte interruptif et de mener des pourparlers transactionnels. Une telle déclaration pourrait toutefois être prise en compte dans l'examen d'un éventuel abus de droit (N 1140-1144).

c) Renonciation implicite à la prescription en cours

- 1135 Le débiteur peut-il renoncer implicitement à la prescription en cours ? Dans un tel cas, il manifeste sa volonté soit par le silence, soit par son comportement, à savoir un ou plusieurs actes concluants voire même par une déclaration dont l'objet est autre que la prescription.
- 1136 Pour ce qui est du silence, la question peut se poser lorsque le créancier envoie un courrier au débiteur dans lequel il explique qu'il part du principe qu'il est renoncé à la prescription jusqu'à la fin des négociations entre les parties. Dans un cas de responsabilité publique, la question avait été laissée ouverte par la Commission de recours du Département militaire fédéral, faute de preuve suffisante de l'envoi du prétendu courrier¹¹¹³. Toutefois, cette Commission avait à juste titre mentionné que la question devrait être tranchée sur la base de l'article 6 CO. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le silence ou un comportement purement

¹¹⁰⁷ ATF 79 II 272, 275-276.

¹¹⁰⁸ ATF 99 II 185, 186.

¹¹⁰⁹ ATF 132 III 226, 230-231.

¹¹¹⁰ RSJ 75 p. 132 n°31 (Tribunal cantonal vaudois).

¹¹¹¹ RVJ 1987 p. 253, 256 (Tribunal cantonal valaisan).

¹¹¹² JAAC 61.90 p. 864, 867-868 (Commission de recours du Département militaire fédéral).

¹¹¹³ JAAC 61.90 p. 864, 868.

passif ne constitue en principe pas une acceptation¹¹¹⁴. On ne saurait donc déduire sans autre du simple écrit d'un créancier exigeant une réaction en cas de défaut d'acceptation que le débiteur veut renoncer à la prescription en cours. On peut cependant admettre que dans des cas biens spécifiques, l'absence de réaction du débiteur pourrait valoir acceptation. Ce serait par exemple le cas si des pourparlers sont menés à l'initiative du débiteur ou si le débiteur les poursuit après le courrier du créancier sans émettre de réserve aucune, en particulier s'il est versé dans les affaires juridiques ou s'il s'agit d'une compagnie d'assurance.

- 1137 Bien plus délicate est la question d'une renonciation implicite à la prescription en cours par actes concluants. Est-il possible de déduire de certains comportements du débiteur ou de certains de ses actes, voire d'une déclaration expresse n'ayant pas pour objet la prescription, qu'il entend exprimer une volonté destinée à avoir l'effet juridique de renoncer à la prescription en cours ?
- 1138 Le premier cas de figure envisageable est celui dans lequel le débiteur et le créancier passent un accord réglant les modalités d'un éventuel procès entre eux en raison d'un désaccord sur le fond qui ne peut être résolu. A notre avis, un tel accord ne peut en aucun cas être compris également comme une renonciation à la prescription en cours à défaut d'une déclaration expresse dans ce sens, ceci précisément parce qu'il y a désaccord. On peut penser par exemple à la renonciation par le débiteur à une audience de conciliation, à la signature d'une prorogation de for¹¹¹⁵ ou d'un compromis, par analogie à ce qui vaut pour la reconnaissance de dette (N 183). On ne peut nullement déduire d'une telle démarche l'intention du débiteur de se priver des moyens de fond (dont fait partie la prescription) pour se défendre.
- 1139 Le deuxième cas de figure envisageable est celui dans lequel les parties mènent des pourparlers transactionnels extrajudiciaires sur le fond de l'affaire. Comme nous l'avons expliqué, les pourparlers transactionnels ne constituent pas un motif de suspension de la prescription en droit suisse (N 279). Ni la loi ni la jurisprudence ne leur donnent la valeur d'une renonciation par le débiteur à la prescription en cours. Le droit de la prescription est formaliste et le calcul des délais obéit à des règles bien précises. Il ne serait dès lors que très difficilement possible pour un juge de déterminer le moment à partir duquel l'attitude du débiteur pourrait faire admettre une renonciation à la prescription en cours et pour quelle portion du délai.
- 1140 Il faut réserver le cas dans lequel l'attitude du débiteur a incité le créancier à ne pas interrompre la prescription, sans toutefois faire de déclaration de renonciation à la prescription en cours (N 1134). Dans de telles circonstances, la jurisprudence et la doctrine admettent à juste titre que le débiteur qui excipe de la prescription abuse de son droit (voir N 253-257 et 260-284). L'abus de droit se distingue toutefois de la renonciation à la prescription en cours sur trois points principaux:
- 1141 — La renonciation à la prescription en cours est un acte juridique qui fait précisément défaut lorsque le juge examine la question d'un abus de droit.
 - 1142 — L'admission par le juge d'un abus de droit implique que la prescription soit acquise (N 271 et 280), tandis que la renonciation à la prescription en cours implique une prolongation de la durée de prescription (N 1193-1195).
 - 1143 — La renonciation à la prescription en cours prolonge le délai d'une durée définie ou définissable (N 1207-1216), tandis que le débiteur qui invoque un abus de droit doit agir dans un bref délai non prédéfini pour conserver son droit, sans incidence sur le délai de prescription (N 277 et 281).

¹¹¹⁴ ATF 123 III 53, 59-60.

¹¹¹⁵ Question laissée ouverte dans l'ATF 89 II 26, 29.

- 1144 Le juge ne doit donc pas se demander si le débiteur s'est comporté *comme s'il avait renoncé* à la prescription en cours mais bien *si, par son attitude, il a incité* le créancier à ne pas interrompre la prescription. D'ailleurs, ce n'est pas cette attitude que l'article 2 CC sanctionne, mais le fait d'exciper de la prescription¹¹¹⁶.
- 1145 En conclusion, nous pouvons affirmer qu'une renonciation implicite à la prescription en cours n'est possible qu'à titre tout à fait exceptionnel par le silence du débiteur et qu'elle n'est en principe pas envisageable par actes concluants¹¹¹⁷, l'application de l'article 2 CC devant être réservée. Les auteurs de l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile préconisent de fixer dans la loi une règle exigeant une déclaration expresse (voir N 1567).

d) Absence d'exigence de forme

- 1146 La renonciation à la prescription en cours n'est subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière (article 11 alinéa 1 CO). Ce point n'est pas contesté dans la doctrine¹¹¹⁸ et la jurisprudence¹¹¹⁹. Il en va de même si la créance dont il est question n'a pu prendre naissance que sous certaines conditions de forme.

C. Le moment possible

- 1147 Lorsqu'il est question de la renonciation à la prescription en cours, il est évident qu'elle ne peut en principe intervenir qu'à condition que le délai ait effectivement commencé à courir. En droit civil, la supputation des délais se fait en jours (N 120). Un jour n'est accompli que s'il est entièrement écoulé, à savoir dès minuit, heure qui marque le début du jour suivant (24h00 ou 0h00). En conséquence, une portion de la prescription n'est acquise que lorsque le jour où elle commence à courir est écoulé. La renonciation à la prescription en cours est donc théoriquement possible dès 0h00 le jour suivant celui où le délai commence à courir¹¹²⁰. Le dernier moment possible de renonciation à la prescription en cours est le dernier jour du délai à 23h59.
- 1148 *Exemple: le lésé acquiert connaissance de son dommage et de son auteur le 02.08.2006, le délai de prescription étant celui de l'article 60 alinéa 1 CO. Le débiteur peut renoncer à la prescription en cours entre le 03.08.2006 à 0h00 et le 02.08.2007 à 23h59.*
- 1149 Tant qu'une cause d'empêchement subsiste (N 144-148 et 157-163), une renonciation à la prescription en cours n'est pas possible. Elle ne porte aucun préjudice aux parties. Elle n'est simplement pas en mesure de déployer un quelconque effet.
- 1150 Lorsque le cours de la prescription est suspendu (N 144-145 et 149-163), rien n'empêche le débiteur de renoncer à tout ou partie de la portion du délai qui a couru avant la survenance de la cause de suspension. Dans un tel cas, il ne s'agit pas à proprement parler d'une renonciation à la prescription en cours, étant donné qu'il y a suspension. L'effet est toutefois similaire. Dès la fin de la suspension, la prescription reprend son cours avec en sus la portion du délai à laquelle il a été renoncé. Nous reviendrons ultérieurement sur la problématique de la supputation des délais (N 1229-1243).

¹¹¹⁶ SJ 2003 p. 329, 332 (TFA B 32/01).

¹¹¹⁷ Du même avis: SPIRO I, p. 548 note de bas de page 26. *Contra*: KRAUSKOPF, Verjährung, p. 141.

¹¹¹⁸ KESSLER, pp. 97-98.

¹¹¹⁹ Par exemple BJM 1966, p. 27 (Cour d'appel du canton de Bâle-Ville).

¹¹²⁰ Pour un exemple concernant l'ancien article 292 LP, voir BJM 1985 p. 314, 316 (Tribunal de district d'Arlesheim, canton de Bâle-Campagne).

Section 2 L'interprétation

A. En général: selon le principe de la confiance

- 1151 La renonciation à la prescription en cours peut se faire de manière fort simple, par une déclaration compréhensible pour toute personne qui n'est pas versée dans le domaine juridique¹¹²¹. On trouve des exemples dans la jurisprudence de formulations ayant été choisies par des parties (N 1129-1132).
- 1152 Comme pour tout acte juridique, il peut évidemment y avoir une différence entre ce qui est voulu, ce qui est déclaré et ce qui est compris. Vu l'enjeu de la prescription, le destinataire d'une déclaration de renonciation a besoin de savoir comment il doit et peut la comprendre.
- 1153 La volonté du débiteur renonçant est l'élément déterminant. Si elle ne ressort pas clairement de la déclaration de renonciation, ce qui n'est malheureusement pas rare, il convient de procéder à l'interprétation de cette déclaration.
- 1154 Le Tribunal fédéral a précisé que l'interprétation se fait à l'aide du principe de la confiance¹¹²², ce qui n'est pas contesté. Il faut donc donner à la déclaration de renonciation à la prescription en cours la signification que le créancier pouvait de bonne foi lui donner en la recevant. Si la déclaration de renonciation est formulée par le créancier ou proposée par ce dernier en des termes précis approuvés par le débiteur, c'est le créancier qui doit supporter les conséquences d'un éventuel manque de clarté et non le débiteur¹¹²³.

B. La détermination de l'objet

- 1155 Pour déterminer l'objet d'une renonciation à la prescription en cours, le libellé de celle-ci fait foi en premier lieu. En cas d'incertitude, il faut se référer aux circonstances du cas, en particulier à un éventuel échange de correspondance entre les parties. Il est possible que seule une partie de la créance qui fait l'objet de pourparlers soit contestée. Le créancier prudent veillera à inviter le débiteur à déclarer précisément la partie de la créance pour laquelle il renonce à la prescription en cours. A défaut de précision, il faudrait à notre avis admettre que la renonciation à la prescription en cours a pour objet l'entier de la créance qui fait l'objet des pourparlers entre les parties. La même règle vaut si le montant de la créance lui-même est encore indéterminé au moment de la déclaration de renonciation. Dans ce cas, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a jugé à juste titre que la renonciation est donnée pour l'intégralité du montant de la créance¹¹²⁴. Cette règle peut revêtir une certaine importance pratique, notamment lorsque des pourparlers sont en cours avec une assurance de responsabilité civile suite à un dommage dont l'ampleur globale ne peut pas encore être définie avec précision en raison d'un dommage corporel susceptible d'évoluer. Si certains postes du dommage sont connus, par exemple concernant la partie matérielle du dommage, la prescription correspondante commence à courir¹¹²⁵, d'où l'utilité du principe développé pour le lésé.
- 1156 Nous privilégions une solution similaire lorsque plusieurs obligations lient les mêmes parties et qu'elles ont toutes été traitées dans les pourparlers (par exemple si le débiteur fait valoir une créance en dommages-intérêts et une créance en réparation du tort moral). S'il y a un

¹¹²¹ JAAC 48.3 p. 41, 46 (Commission de recours du Département militaire fédéral).

¹¹²² ATF 112 II 231, 233. Voir aussi RJB 133 p. 730 (Cour d'appel bernoise) et KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 482 (pour la renonciation à la prescription acquise).

¹¹²³ RJB 133 p. 730 (Cour d'appel bernoise).

¹¹²⁴ RBA VI n°184 p. 361, 365.

¹¹²⁵ OFTINGER/STARK II/1, N 358. *Contra*: REY, N 1628; WERRO, N 1439.

doute, il sied de considérer que la renonciation à la prescription en cours vaut pour toutes les créances.

- 1157 Pour ce qui est de l'existence d'une erreur dans la déclaration par rapport au montant de la créance ou à la créance visée, nous renvoyons aux développements concernant la divergence unilatérale entre la volonté et la manifestation de volonté du débiteur (N 1126).
- 1158 Selon l'article 133 CO, la prescription déploie ses effets non seulement sur la créance elle-même, mais aussi sur tous les droits accessoires qui peuvent lui être rattachés (pour les détails, voir N 137-138). Il est naturellement loisible au débiteur de préciser dans sa déclaration de renonciation à la prescription en cours qu'il ne souhaite pas que celle-ci déploie son effet également pour les droits accessoires. Toutefois, en l'absence de précision de sa part, à moins que le contraire ne résulte des circonstances, sa déclaration vaut également pour les droits accessoires¹¹²⁶, que ces derniers soient soumis à une prescription indépendante ou non¹¹²⁷. Dans l'hypothèse où le débiteur renoncerait à la prescription en cours pour un droit accessoire qui se prescrirait indépendamment, il n'y aurait pas lieu de considérer que sa déclaration déploie un effet aussi sur la créance principale, à moins que le contraire ne résulte de l'interprétation selon le principe de la confiance ou des circonstances¹¹²⁸.

C. La réserve quant à une reconnaissance de responsabilité

- 1159 Fréquemment, les déclarations de renonciation à la prescription en cours sont accompagnées de réserves ou de conditions, ce qui est parfaitement licite (voir aussi N 1313 et 1318). On trouve souvent une réserve telle que « la présente renonciation intervient sans préjudice » ou « sans reconnaissance d'une obligation ». La jurisprudence en a aussi donné des exemples:
- 1160 – « *Dieser Verzicht erfolgt ohne Präjudiz*¹¹²⁹. »
- 1161 – « Cette renonciation à la prescription intervient sans reconnaissance de responsabilité, avec la réserve expresse que de telles prétentions existent et qu'elles peuvent être opposées à la soussignée. La déclaration intervient simplement pour éviter l'interruption de la prescription par une poursuite ou le dépôt d'une action et elle est valable jusqu'au 31.12.2003¹¹³⁰. »
- 1162 A notre avis, il n'est pas nécessaire, en vertu du principe de la confiance, que la déclaration de renonciation contienne une telle réserve pour que le créancier doive la comprendre ainsi. En effet, selon l'usage, elle est implicitement contenue dans une renonciation à la prescription en cours dont l'objectif est d'éviter à la fois un acte interruptif du créancier et les effets indésirables d'une reconnaissance de dette pour le débiteur¹¹³¹.

D. La réserve quant à la prescription acquise

a) Utilité

- 1163 Lorsque le débiteur formule sa déclaration de renonciation ou lorsque le créancier le fait pour lui, il ne précise en général pas s'il renonce à la prescription en cours ou à la prescription acquise. Il est par ailleurs fréquent que les parties elles-mêmes ne sachent pas si la prescription

¹¹²⁶ KESSLER, p. 147.

¹¹²⁷ SCHÖBI, p. 114 (pour la renonciation à la prescription acquise).

¹¹²⁸ KESSLER, p. 149.

¹¹²⁹ ATF 99 II 185, 186.

¹¹³⁰ ATF 132 III 226, 230-231. Voir aussi ATF 133 III 6, 33.

¹¹³¹ Voir aussi KRAUSKOPF, thèse, N 332-333.

est acquise ou non. Le débiteur peut donc être amené à faire une déclaration alors qu'il n'est lui-même pas au clair au sujet de l'état de la prescription.

1164 De ce fait, le débiteur ajoute souvent la réserve usuelle qu'il renonce à la prescription pour autant qu'elle ne soit pas encore acquise, réserve dont la jurisprudence fournit des exemples:

1165 – « Dans la mesure où celle-ci [la prescription] n'aurait pas été acquise au 01.01.1979¹¹³². »

1166 – « *Der Verzicht gilt lediglich, soweit die Verjährung bis zu diesem Datum noch nicht eingetreten sei*¹¹³³. »

b) Hypothèses

1167 Lorsque la prescription est encore en cours, plusieurs hypothèses sont envisageables quant à l'incertitude pouvant subsister pour le débiteur et pour le créancier au sujet de l'échéance ou non du délai de prescription et de la réserve quant à la prescription acquise qui est formulée ou non. Bien entendu, il n'est pas possible d'imaginer tous les cas de figure qui pourraient se produire dans la pratique, la réalité finissant toujours par dépasser la fiction. Nous pouvons néanmoins dénombrer huit hypothèses principales:

1168	La prescription est objectivement	Le débiteur renonce à la prescription	Le débiteur pense que la prescription est	Le créancier pense que la prescription est
1169	En cours	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	En cours	En cours
1170	En cours	Sans réserve	En cours	En cours
1171	En cours	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	En cours	Acquise
1172	En cours	Sans réserve	En cours	Acquise
1173	En cours	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	Acquise	En cours
1174	En cours	Sans réserve	Acquise	En cours
1175	En cours	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	Acquise	Acquise
1176	En cours	Sans réserve	Acquise	Acquise

1177 Par rapport à ces diverses hypothèses, le créancier destinataire de la déclaration ne sait pas forcément ce que pense le débiteur. Il doit donc donner de bonne foi à la déclaration du débiteur la signification qu'elle a au regard de toutes les circonstances. S'il sait ce que pense (ou prétend) le débiteur par rapport à l'échéance du délai, il s'agira d'un indice supplémentaire pour lui. Nous nous devons de souligner qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a un consentement des parties, car la déclaration de renonciation du débiteur reste dans tous les cas un acte juridique unilatéral. Il s'agit simplement d'examiner les circonstances du cas en fonction de l'opinion des parties par rapport à l'état de la prescription.

1178 La première hypothèse (N 1169) est sans doute celle qui se produit le plus souvent dans la pratique. Les deux parties sont au clair sur l'état de la prescription. Le débiteur se prémunit contre toute éventualité en apportant une réserve quant à la prescription acquise. Pour le créancier, le sens qu'il doit donner à la déclaration du débiteur est univoque.

¹¹³² ATF 112 II 231, partie publiée seulement in SJ 1987 p. 33, 39.

¹¹³³ ATF 127 III 421, 427-428; ATF 115 II 456, 460; JAB 2002 p. 185, 190 (Tribunal administratif bernois).

- 1179 La deuxième hypothèse (N 1170) ne se distingue en fait pas fondamentalement de la première. L'absence de réserve ne joue aucun rôle dans le cas d'espèce. Le créancier sait aussi comment il doit comprendre la déclaration du débiteur.
- 1180 Dans la troisième hypothèse (N 1171), les deux parties ne sont pas du même avis quant à l'état de la prescription. Vu la réserve qui est formulée, il est toutefois clair pour le créancier que le débiteur ne veut renoncer qu'à la prescription en cours.
- 1181 La quatrième hypothèse (N 1172) est théoriquement susceptible de poser problème au créancier, celui-ci étant d'avis que la prescription est acquise. S'il connaît l'avis du débiteur, il pourra naturellement en déduire que celui-ci ne voulait renoncer qu'à la prescription en cours. Quoi qu'il en soit, l'état objectif de la prescription implique que la déclaration du débiteur ne pourra être interprétée par le juge que comme renonciation à la prescription en cours ou, éventuellement, comme promesse de renonciation à la prescription acquise assimilée (N 1472-1494).
- 1182 Dans la cinquième hypothèse (N 1173), le débiteur estime qu'il ne renonce à rien du tout en raison de la réserve qu'il émet. Toutefois, par sa déclaration, il se montre disposé à renoncer à la prescription en cours, ce qu'il fait effectivement dans le cas d'espèce. Il n'y a donc pas à proprement parler d'erreur de sa part, ni même de véritable déclaration conditionnelle. Il s'agit bien plus d'une réserve apportée à sa déclaration par rapport à une situation juridique subjectivement incertaine. Ce cas de figure ne pose pas de problème particulier, étant donné que la situation est claire pour le créancier.
- 1183 Dans la sixième hypothèse (N 1174), le débiteur veut renoncer à la prescription acquise, vu la déclaration qu'il émet sans réserve et l'avis qui est le sien. Etant donné que la prescription est encore en cours, il ne le peut pas. A notre avis, même si le créancier sait ce que pense le débiteur, il peut de bonne foi interpréter la déclaration de ce dernier comme valant aussi renonciation à la prescription en cours, celle-ci étant seule possible¹¹³⁴. En effet, il n'y a pas de motif permettant de considérer qu'un débiteur qui accepterait *a priori* de renoncer à la prescription acquise ne serait pas d'accord d'y renoncer si elle était encore en cours, cette seconde mesure lui étant nettement moins préjudiciable que celle qu'il voulait. D'un point de vue dogmatique, il s'agit d'un cas de conversion d'un acte juridique, ainsi que SPIRO l'explique¹¹³⁵. En effet, les conditions nécessaires à une telle conversion sont ici remplies¹¹³⁶:
- 1184 – L'acte juridique voulu est nul pour cause d'impossibilité et il est susceptible d'être converti.
- 1185 – Il existe un acte juridique de substitution (« *Ersatzgeschäft* »), qui est en l'espèce la renonciation à la prescription en cours, ainsi qu'une congruence entre les deux actes. En outre, l'acte de substitution ne va pas au-delà de l'acte voulu.
- 1186 – La volonté hypothétique du débiteur permet d'affirmer, en application des règles sur la bonne foi, que s'il avait connu l'impossibilité de renoncer à la prescription acquise, il aurait été d'accord de renoncer à la prescription en cours, respectivement aurait préféré cet acte juridique à la nullité de sa déclaration.
- 1187 La septième hypothèse (N 1175) se rapproche beaucoup de la cinquième (N 1182). Elle ne s'en différencie que par le fait que le créancier se trompe au même titre que le débiteur par rapport à une situation juridique subjectivement incertaine. Le débiteur renonce ici à la prescription en cours, alors même que les deux parties étaient d'avis qu'elle ne l'était plus au

¹¹³⁴ Du même avis: KESSLER, p. 128; SPIRO I, p. 851 note de bas de page 28.

¹¹³⁵ SPIRO I, p. 851 note de bas de page 28.

¹¹³⁶ A ce sujet, voir SCHÖLL, N 468-509.

moment de la déclaration. Comme l'effet de renonciation à la prescription en cours est admis par le débiteur, il n'y a pas de conflit potentiel sur ce point.

- 1188 Dans la huitième hypothèse (N 1176), le débiteur veut renoncer à la prescription acquise vu la déclaration qu'il émet sans réserve et l'avis qui est le sien. Le créancier comprendra dès lors sa déclaration comme telle vu sa propre opinion, ce d'autant plus s'il connaît celle du débiteur. A notre avis, l'effet de la déclaration du débiteur sera le même que dans la sixième hypothèse (N 1183), à savoir une renonciation à la prescription en cours.
- 1189 D'un point de vue neutre et en connaissance de tous les faits, nous pouvons conclure que pour le juge qui constate que la prescription était encore en cours au moment où la déclaration a été donnée, les hypothèses susmentionnées ne sont que peu ou pas du tout problématiques. Le fait que la prescription ne soit pas encore arrivée à échéance au moment de la déclaration rend l'interprétation selon le principe de la confiance en bonne partie superflue. Nous examinerons des hypothèses similaires pour le cas où la prescription est acquise, ce qui pose naturellement d'autres problèmes si la réserve quant à la prescription acquise n'est pas formulée (N 1348-1368).

c) Invocation d'une erreur si la réserve n'est pas formulée

- 1190 Il se peut que le débiteur veuille donner sa déclaration de renonciation à la prescription, seulement sous réserve que la prescription ne soit pas encore acquise, mais qu'il omette de le faire par inadvertance. Nous serions alors en présence d'une erreur dans la déclaration.
- 1191 Si le débiteur pense que la prescription est acquise (N 1174, 1176, 1183 et 1188) et fait par erreur sa déclaration sans réserve, peut-il invoquer une erreur au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 1 CO pour faire invalider sa déclaration, respectivement pour ne se déclarer obligé que dans la mesure d'une renonciation à la prescription en cours selon l'article 25 alinéa 2 CO ? Si le juge constate qu'au moment où la déclaration est donnée la prescription est encore en cours, il doit en conclure que l'erreur n'a aucune incidence sur les effets de la déclaration. Dans ce cas, le débiteur n'a pas produit par sa déclaration un effet autre que celui qu'il voulait. Il n'y aurait donc tout simplement pas d'erreur essentielle causale d'un point de vue objectif¹¹³⁷.
- 1192 Si le juge parvient à la conclusion que la prescription est acquise, le problème est très différent. Nous reviendrons sur cette question dans le cadre de l'étude de la renonciation à la prescription acquise (N 1369-1388).

Section 3 Les effets sur la prescription

A. La prolongation de la durée

- 1193 Aujourd'hui, il est incontesté que la renonciation à la prescription en cours prolonge la durée de la prescription, au même titre qu'en cas d'interruption ou de suspension. La durée « nominale » du délai n'est cependant pas modifiée, sauf s'il s'agit d'un délai inférieur à dix ans et que le débiteur reconnaît en même temps la dette aux conditions de l'article 137 alinéa 2 CO, ce qui est peu probable (N 1162). Le débiteur qui renonce à la prescription en cours ne se voit pas seulement empêché d'exciper de la prescription pendant un certain temps après son échéance normale. Le cours de la prescription se poursuit.

¹¹³⁷ SPIRO I, p. 851 note de bas de page 28.

- 1194 *Exemple: par rapport à un accident de la circulation survenu le 23.08.2004 dont le responsable et le dommage sont connus le jour même, l'assureur de responsabilité civile du détenteur du véhicule responsable renonce à la prescription en cours envers le lésé le 14.08.2006 pour toute la portion déjà écoulée. La renonciation de l'assureur ne signifie pas que la prescription sera acquise le 23.08.2006 et que l'assureur ne pourra pas s'en prévaloir jusqu'au 14.08.2008, mais bien que la prescription courra jusqu'au 14.08.2008.*
- 1195 Cette distinction est importante dans la mesure où, pendant la prolongation de la durée de la prescription, le cours de celle-ci peut être interrompu par le créancier¹¹³⁸ ou par le débiteur. Il est aussi susceptible d'être suspendu. Cela ne serait plus possible si la prescription était acquise.

B. Interruption de la prescription ?

- 1196 Dans sa jurisprudence de 1986 sur la renonciation à la prescription en cours, le Tribunal fédéral avait adopté une solution ayant quelque peu déstabilisé les praticiens. Il avait en effet considéré que « le débiteur qui déclare renoncer à exciper de la prescription dans un tel contexte [à savoir pour éviter un acte interruptif du créancier] accepte d'être placé dans la même situation que si les notifications évitées avaient eu lieu ». Sur cette base, il avait interprété une déclaration datée du 24.10.1979, par laquelle le débiteur avait renoncé à exciper de la prescription pour une durée échéant au 31.10.1980, comme équivalant à une interruption de la prescription survenue le 24.10.1979 pour les délais d'un an et de dix ans de l'article 60 CO¹¹³⁹. Cet arrêt soulevait une grande incertitude dans la mesure où le Tribunal fédéral semblait considérer que toute renonciation à la prescription en cours était en fait un acte interruptif, même si sa durée dans le temps était limitée.
- 1197 Dans la doctrine, certains auteurs se sont clairement prononcés contre cette interprétation¹¹⁴⁰ ou ont plaidé pour l'importance pratique de pouvoir procéder à une renonciation à la prescription en cours pour une brève durée¹¹⁴¹. Par ailleurs, dans un arrêt de 1997, la Cour d'appel bernoise a refusé de reprendre cette jurisprudence telle quelle, considérant qu'il s'agissait d'un cas isolé et que la durée de la renonciation à la prescription en cours se déterminait selon la volonté des parties¹¹⁴². A l'heure actuelle, toute cette controverse n'a plus que valeur historique, raison pour laquelle nous renonçons à l'exposer plus en détail. En effet, dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral s'est clairement défendu de vouloir faire de l'arrêt de 1986 une jurisprudence de principe et a rendu en cette matière à l'autonomie de la volonté des parties la place qui lui revient¹¹⁴³.
- 1198 Néanmoins, il convient de relever que la renonciation à la prescription en cours peut avoir le même effet qu'un acte interruptif si elle intervient pour toute la portion déjà écoulée du délai¹¹⁴⁴. Ceci explique la terminologie du « contrat interruptif » que l'on trouve parfois dans l'ancienne doctrine française (N 386) ou l'assimilation autrefois préconisée par BUCHER de la renonciation à la prescription à un acte interruptif (N 1084). Dans ce cas, la prescription

¹¹³⁸ BUCHER, Verjährung, p. 195.

¹¹³⁹ ATF 112 II 231, 233-234 (pour plus de précision sur les faits, voir aussi SJ 1987 p. 33, 39).

¹¹⁴⁰ GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2284; HÜNERWADEL, p. 130 note de bas de page 607; KOLLER, RSJ 92, p. 370; KRAUSKOPF, Verjährung, pp. 141-142; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 4.

¹¹⁴¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3573.

¹¹⁴² RJB 133 p. 730, 730-731.

¹¹⁴³ ATF 132 III 226, 240-241. Voir aussi VOISARD, p. 1149.

¹¹⁴⁴ KRAUSKOPF, Verjährung, p. 141.

recommence à courir dès que la déclaration est donnée, respectivement dès qu'elle déploie ses effets¹¹⁴⁵.

C. La durée maximale

- 1199 L'opinion dominante traditionnelle veut que le débiteur puisse provoquer en renonçant à la prescription en cours une prolongation équivalant au maximum à la portion du délai déjà écoulée¹¹⁴⁶. Ceci signifie que la prolongation maximale est toujours égale au délai de prescription moins un jour, si elle intervient le jour où le délai arrive à échéance.
- 1200 Dans sa nouvelle jurisprudence, le Tribunal fédéral a considéré que
- 1201 « Toutefois, la renonciation à la prescription ne saurait être émise pour une durée dépassant le délai ordinaire de dix ans institué par l'article 127 CO, peu importe le délai de prescription considéré. Il convient effectivement d'éviter que le créancier ne parvienne indéfiniment à différer sa volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qu'il invoque¹¹⁴⁷. »
- 1202 PICHONNAZ et DÄPPEN sont d'avis que, par cette brève remarque, le Tribunal fédéral a voulu imposer un changement de paradigme et admettre dans tous les cas une renonciation à la prescription en cours pour une durée de dix ans¹¹⁴⁸. Nous n'avons pas la même opinion sur ce point. Certes, la tournure « peu importe le délai de prescription considéré » pourrait permettre une telle interprétation. Il s'agit toutefois probablement d'une formulation malheureuse utilisée par le Tribunal fédéral pour répéter ce qu'il avait dit dans sa jurisprudence de 1973, par ailleurs citée entre parenthèses dans le considérant du jugement consacré à ce point. Cette expression est à mettre sur le compte de l'amalgame que le Tribunal fédéral faisait entre les articles 129 et 141 alinéa 1 CO pour dire qu'une prolongation conventionnelle est en principe limitée à la durée de dix ans, étant donné que cette durée est en règle générale la durée maximale d'un délai de prescription en droit privé suisse. Cette jurisprudence est exacte dans la mesure où une renonciation peut parfois être interprétée comme modification conventionnelle (voir N 1255) et nous pensons que rien n'a changé sur ce point. En effet, comme PICHONNAZ le mentionne, comprendre la nouvelle jurisprudence comme permettant dans tous les cas une renonciation pour dix ans signifierait la suppression pure et simple de l'article 129 CO. C'est n'est sans doute pas ce que le Tribunal fédéral a voulu par la tournure malheureusement choisie. S'il avait voulu une telle conséquence, il aurait à notre avis dû la motiver de manière bien plus complète. Par ailleurs, cette compréhension reviendrait aussi à vider de tout sens l'article 141 alinéa 1 CO lui-même, ainsi que PICHONNAZ le relève à juste titre¹¹⁴⁹.
- 1203 Concernant la durée maximale de la renonciation à la prescription en cours, nous pouvons résumer la situation ainsi:
- 1204 — La durée maximale de la renonciation à la prescription en cours est égale à la portion du délai qui a déjà couru, qui correspond en principe à la durée du délai (aussi d'un éventuel délai modifié par convention) considéré moins un jour (N 1199).
- 1205 — Si elle est donnée pour une durée plus longue que celle de la portion du délai qui s'est déjà écoulée, elle peut alors éventuellement être interprétée comme modification conventionnelle pour le surplus (voir N 1255), mais doit rester dans les limites fixées

¹¹⁴⁵ RJB 48 p. 485, 489 (Cour d'appel bernoise).

¹¹⁴⁶ ATF 99 II 185, 192; RBA XV n°96 p. 509, 514 (TF). Voir PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, pp. 119-120 et en particulier la note de bas de page 9.

¹¹⁴⁷ ATF 132 III 226, 240-241.

¹¹⁴⁸ DÄPPEN, BSK, OR 141 N 3a; PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 120. Dans le même sens: BUCHER, Verjährung, pp. 194-195.

¹¹⁴⁹ PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 119.

pour la durée d'une modification conventionnelle, à savoir dix ans (N 757). Une telle interprétation est toutefois exclue pour les délais du titre troisième du Code des obligations (N 750). Seule la renonciation à la portion déjà écoulée du délai est possible pour ces derniers et tous les délais absolument invariables (N 840-861). Une prolongation jusqu'à la durée de dix ans est possible sans réserve lorsque le débiteur reconnaît la dette selon les exigences fixées à l'article 137 alinéa 2 CO en même temps qu'il renonce à la prescription en cours (ce qui est peu probable, voir N 1159-1162).

- 1206 — Il se peut que la portion du délai déjà écoulée soit supérieure à dix ans si la loi prévoit un très long délai de prescription (voir par exemple les délais cités dans la catégorie des délais absolument invariables, N 847, 851, 855, 856, 857 et 860). Dans ce cas, la renonciation est possible pour toute la durée du délai déjà écoulée, même si elle est supérieure à dix ans, contrairement à l'opinion du Tribunal fédéral (N 1201). De même, il serait possible qu'une renonciation puisse être interprétée comme modification conventionnelle (voir N 1255) pour une durée supérieure à dix ans dans ces cas (N 758-759), une telle durée n'étant pas problématique au regard de l'article 27 CC (N 760).

D. La détermination de la durée au cas particulier

- 1207 Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a remis l'autonomie de la volonté à sa juste place en ce qui concerne la durée de la prolongation concédée par une renonciation (à ce sujet, voir N 1197). En effet, le débiteur a la possibilité de renoncer seulement à une partie de la portion du délai écoulée ou alors jusqu'à une certaine date, dans la mesure où la période s'étendant entre la date de la déclaration et la date d'échéance n'excède pas la portion déjà écoulée du délai.
- 1208 *Dans l'exemple susmentionné (N 1194), l'assureur du responsable pourrait déclarer qu'il renonce à la prescription en cours par exemple pour une durée de neuf mois ou jusqu'au 31.10.2007. Il ne pourrait en revanche pas renoncer à la prescription en cours jusqu'au 30.06.2009 (voir toutefois N 1255 concernant l'effet possible d'une telle déclaration).*
- 1209 La durée de la prolongation se détermine sur la base de la déclaration du débiteur. Ainsi que nous l'avons exposé de manière générale, une déclaration qui n'est pas claire s'interprète selon le principe de la confiance (N 1151-1154). Si la formulation de la déclaration est celle du créancier, ce dernier doit supporter les conséquences d'un éventuel manque de clarté. Bien entendu, l'interprétation se fait en fonction de toutes les circonstances du cas et en particulier d'un éventuel échange de correspondance.
- 1210 Sans prétention à l'exhaustivité, nous pouvons établir les règles de base suivantes pour la détermination de la durée de la renonciation à la prescription en cours:
- 1211 — Si sa durée est exprimée en jours, en mois ou en années, la prolongation du délai doit se faire en ajoutant la durée exprimée dès le moment de la déclaration et non dès la fin ordinaire de la prescription, à moins que la formulation aille clairement dans le sens d'une prolongation conforme au principe posé par l'article 80 CO¹¹⁵⁰.
- 1212 *Dans l'exemple susmentionné (N 1194), si l'assureur déclare le 14.08.2006 qu'il renonce à la prescription pour neuf mois, la prescription interviendra le 14.05.2007 et non seulement le 23.05.2007 (échéance ordinaire plus neuf mois).*

¹¹⁵⁰ Du même avis: KESSLER, pp. 122-123. *Contra*: HÜNERWADEL, p. 130 note de bas de page 607; SPIRO I, p. 850 et, avec des nuances, SPIRO, FS Neumayer, p. 554; VOISARD, p. 1149.

- 1213 – Si la durée est exprimée par l'échéance d'un jour précis, il n'y a pas de difficultés particulières. Il faut cependant considérer qu'une prolongation en raison d'un samedi (N 122), d'un dimanche ou d'un jour férié reste possible.
- 1214 *Dans l'exemple susmentionné (N 1194), si l'assureur déclare qu'il renonce à la prescription en cours jusqu'au 30.09.2007, la prescription n'interviendra que le 01.10.2007 à minuit, étant donné que le 30.09.2007 est un dimanche.*
- 1215 – Si aucune durée n'est exprimée et qu'elle ne ressort pas par déduction d'un échange de correspondance, il sied d'admettre que la renonciation à la prescription en cours vaut pour toute la portion écoulée du délai (soit aussi d'un éventuel délai modifié par convention) et non pas pour une durée qui équivaut toujours à dix ans ainsi que le suggère PICHONNAZ¹¹⁵¹.
- 1216 *Toujours dans l'exemple susmentionné (N 1194), si l'assureur déclare le 14.08.2006 qu'il renonce à la prescription en cours sans aucune précision, la durée de la prescription est prolongée jusqu'au 14.08.2008.*

E. La pluralité de délais de prescription

- 1217 Il est fréquent que deux voire trois délais courent simultanément en matière de responsabilité civile (N 117-118), éventuellement avec un point de départ différé en raison des règles liées aux délais dits relatifs. Les déclarations manquent souvent de clarté par rapport à l'existence d'une pluralité de délais¹¹⁵².
- 1218 La première question qui se pose est de savoir si le débiteur renonce à la prescription en cours à la fois pour le délai relatif et pour le délai absolu. Deux cas de figure sont envisageables:
- 1219 – Si au moment de la déclaration du débiteur le délai relatif n'a pas encore commencé à courir, il est évident que seul le délai absolu est visé par la renonciation à la prescription en cours. Si le délai relatif commence à courir après la déclaration de renonciation, il ne peut naturellement pas être touché par celle-ci.
- 1220 *Exemple: l'assureur de responsabilité civile du détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.1996 renonce à la prescription en cours envers le lésé le 08.08.2006, alors qu'en raison de complications extraordinaires, le dommage corporel de ce dernier n'est pas encore connu. L'assureur limite sa déclaration de renonciation au 31.12.2009. En date du 15.01.2007, le dommage peut être considéré comme connu, si bien que la prescription serait en principe acquise le 15.01.2009 selon l'article 83 alinéa 1 LCR et non seulement le 31.12.2009.*
- 1221 Quel sort faudrait-il réserver dans l'exemple précité à une action du lésé introduite après le 15.01.2009 mais avant le 31.12.2009 si l'assureur excipait de la prescription ? Selon les développements qui précèdent, la demande devrait en toute bonne logique être rejetée. Nous nous devons toutefois de nuancer ce propos. A notre avis, le juge devrait examiner si la déclaration de l'assureur du 08.08.2006 ne pourrait pas être comprise à la fois comme renonciation à la prescription en cours pour le délai absolu et comme offre de modification conventionnelle du délai relatif avant qu'il n'ait commencé à courir (ce qui est licite, voir N 880 et 891), offre dont l'acceptation tacite peut être présumée (voir N 1255). Le cas échéant, l'exception de prescription devrait être écartée.
- 1222 – Lorsque les deux délais courent au moment de la déclaration de renonciation, la renonciation à la prescription en cours porte en principe sur le délai relatif et le délai ab-

¹¹⁵¹ PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 120.

¹¹⁵² WESSNER, Prescription des actions, p. 157.

solu¹¹⁵³. Par conséquent, si la renonciation n'est pas limitée dans le temps, elle a pour effet une prolongation qui correspond à l'interruption des deux délais. Ce principe vaut par ailleurs aussi si la renonciation est limitée dans le temps par l'indication d'une durée ou l'échéance d'un jour précis.

1223 *Exemple: l'assureur de responsabilité civile du détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.1996 et dont le dommage est connu le jour même renonce à la prescription en cours (sans préciser de durée) envers le lésé le 08.08.1998. Dans ce cas, le délai de prescription relatif arrivera à échéance le 08.08.2000 et le délai de prescription absolu arrivera à échéance le 08.08.2008.*

1224 Toutefois, si la renonciation est limitée dans le temps à l'échéance d'un jour précis antérieur à l'échéance du délai absolu, elle ne porte que sur le délai relatif.

1225 *Exemple: l'assureur de responsabilité civile du détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.2004 et dont le dommage est connu le jour même renonce à la prescription en cours envers le lésé le 08.08.2006. L'assureur limite sa déclaration de renonciation au 31.12.2007. Dans ce cas, la prescription absolue sera acquise le 15.08.2014 à minuit. Il n'y a pas lieu de rajouter l'intervalle de temps situé entre le 08.08.2006 et le 31.12.2007 au délai de prescription absolu.*

1226 La deuxième question concerne l'effet d'une renonciation à la prescription en cours non limitée dans le temps sur un éventuel délai extraordinaire (N 118). En principe, ce délai obéit aux règles du droit civil sur l'interruption, sauf si la prescription (absolue) de l'action pénale est déjà acquise (à ce sujet, voir N 165). Pour cette raison, nous sommes d'avis qu'il convient d'appliquer les mêmes principes à une renonciation à la prescription en cours. Cela signifie que le débiteur qui renonce à toute la portion déjà écoulée du délai le fait aussi pour le délai extraordinaire si, au moment de sa déclaration, l'action pénale n'est pas encore prescrite.

1227 *Exemple: le détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.2004 et dont le dommage est connu le 31.05.2006 renonce à la prescription en cours envers le lésé le 08.08.2006 (sans indiquer de durée ou d'échéance). Le détenteur qui est aussi conducteur s'est rendu coupable envers le lésé de lésions corporelles graves par négligence, ce qui implique une prescription de l'action pénale de sept ans (article 125 CP en relation avec l'article 70 alinéa 1 lettre c aCP ou l'article 97 alinéa 1 lettre c nCP). Sa renonciation illimitée à la prescription en cours déploie le même effet qu'une interruption, si bien que la prescription sera acquise au plus tôt le 08.08.2013. Dans le présent exemple, la prescription de l'action pénale serait acquise le 15.08.2011 à minuit (le jour où l'infraction a été commise n'est pas non plus compté en matière pénale¹¹⁵⁴). Par conséquent, toute renonciation illimitée à la prescription en cours du détenteur intervenant après cette date n'aurait plus que pour effet de faire courir un nouveau délai de deux ans et non de sept ans.*

1228 Nous nous devons tout de même de relever que les règles de la loi instaurant un délai extraordinaire ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral ne vont pas sans soulever de sérieuses interrogations quant à leur justification. Dans l'exemple qui précède, il est difficile d'expliquer pourquoi une renonciation non limitée dans le temps survenue le 14.08.2011 à 23h59 fait courir un nouveau délai de sept ans, alors que la même renonciation survenue le 15.08.2011 à 0h00 fait courir un délai de deux ans seulement. Cette problématique pourrait être désamorcée par la suppression pure et simple du délai extraordinaire (voir N 1554).

¹¹⁵³ Dans ce sens: ATF 112 II 231, 233-234.

¹¹⁵⁴ GÜNTHER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Stämpfli Berne 2007, Art. 98 N 5 et les arrêts cités.

F. Le moment des effets et la supputation des délais

- 1229 La détermination du moment des effets et la supputation des délais ne posent pas de problèmes particuliers lorsque la renonciation à la prescription en cours fait l'objet d'une manifestation de volonté directe. Dans ce cas, si elle n'est pas limitée dans le temps, elle déploie ses effets immédiatement, comme un acte interruptif (N 1198). De la même manière que lorsque le délai commence à courir, le jour de la déclaration ne compte pas, si bien que la prescription sera acquise selon les règles générales de supputation¹¹⁵⁵. Si elle est limitée dans le temps par la mention d'une durée ou d'un jour précis d'échéance, elle déploie ses effets également immédiatement, pour la durée expressément mentionnée.
- 1230 *Exemple: lors d'une séance extrajudiciaire qui a lieu le 10.08.2006, les mandataires des deux parties à un contrat de vente passent une convention provisoire dans laquelle ils règlent la procédure pour la résolution du litige. Dans ladite convention, l'acheteur renonce à la prescription en cours pour toute la portion déjà écoulée du délai de prescription pour le paiement du prix de vente, qui est exigible depuis le 15.08.2004 et qui n'a pas encore été effectué. Chaque partie reçoit séance tenante un exemplaire de la convention. Dans ce cas, la renonciation à la prescription en cours déploie ses effets immédiatement et la prescription selon l'article 127 CO ne sera acquise que le 10.08.2016.*
- 1231 La supputation des délais peut s'avérer plus délicate dans les cas où la déclaration est donnée de manière indirecte, par voie de correspondance. Plusieurs théories sont possibles, à savoir les théories de l'émission, de l'expédition, de la réception ou finalement de l'information ou perception (concernant cette problématique en relation avec l'interruption, voir N 201-203).
- 1232 Selon les principes généraux du droit des obligations, en tant qu'acte juridique, la déclaration de renonciation à la prescription en cours est soumise à réception, ce qui signifie qu'elle ne peut déployer ses effets qu'à partir de ce moment-là¹¹⁵⁶. En effet, si un acte procédural est réputé accompli à temps par la remise à la poste, il n'en va en principe pas de même d'une manifestation de volonté entre particuliers. Comme pour la manifestation de volonté directe, le jour de la réception ne compte pas dans le calcul des délais si la renonciation porte sur l'ensemble de la portion du délai déjà écoulée (N 1229).
- 1233 Le créancier avisé veillera donc toujours à ce qu'une déclaration de renonciation à la prescription en cours écrite lui parvienne au plus tard le dernier jour du délai de prescription, faute de quoi la prescription sera acquise. Il convient toutefois de préciser que si l'écrit en question n'est que la confirmation écrite d'une déclaration faite oralement, cette dernière est aussi valable.
- 1234 *Exemple: un accident de la circulation survient le 15.08.2004. Le dommage est connu le même jour. L'avocat de la personne lésée adresse le 10.08.2006 un courrier recommandé au mandataire du détenteur responsable pour lui demander s'il serait disposé à éviter un acte interruptif en renonçant à la prescription. Le courrier parvient au mandataire du détenteur du véhicule responsable le 11.08.2006. Ce dernier rédige une déclaration de renonciation qu'il signe et poste le 15.08.2006, en courrier B. Elle parvient à l'avocat de la personne lésée le 17.08.2006. Dans un tel cas, la renonciation à la prescription (si elle est faite avec la réserve habituelle) n'est pas en mesure de prolonger la durée de la prescription, car elle intervient après l'échéance du délai. Il en irait naturellement autrement si le mandataire du détenteur du véhicule avait téléphoné le 11.08.2006 à l'avocat de la personne lésée pour lui dire qu'il acceptait de renoncer à la prescription et qu'il lui enverrait une confirmation écrite.*

¹¹⁵⁵ PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11.

¹¹⁵⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 196.

- 1235 Il est légitime de se poser la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'appliquer par analogie l'article 10 CO concernant le moment des effets d'un contrat entre absents à la renonciation à la prescription en cours. Cette disposition est d'une interprétation qui n'est pas toujours facile¹¹⁵⁷. Elle concerne seulement le moment des effets du contrat (« *Gestaltungswirkung* ») et non le moment de sa conclusion (« *Bindungswirkung* »)¹¹⁵⁸. Si l'on appliquait l'alinéa 1 de l'article 10 CO à l'exemple que nous venons d'exposer (en considérant que la renonciation à la prescription en cours est en fait une « acceptation » de l'offre de l'avocat de la personne lésée), la renonciation déploierait ses effets dès le 15.08.2006.
- 1236 A notre avis, l'application de l'article 10 CO doit cependant être rejetée pour plusieurs raisons:
- 1237 – Tant selon la note marginale que la lettre de ses deux alinéas, l'article 10 CO ne s'applique qu'aux contrats.
- 1238 – Il n'est possible de subsumer la renonciation à la prescription en cours ni à une acceptation (article 10 alinéa 1 CO) ni à une offre (article 10 alinéa 2 CO), étant donné qu'elle est un acte juridique unilatéral.
- 1239 – Admettre l'application de l'article 10 CO revient en toute bonne logique à retenir aussi l'application de l'article 9 CO, ce qui donnerait la possibilité au débiteur de revenir sur sa déclaration de renonciation à la prescription en cours avant qu'elle ne parvienne à la connaissance du créancier, laissant ainsi libre cours au débiteur de mettre le créancier dans une situation très délicate.
- 1240 – Du point de vue du créancier, la solution qui consiste à faire naître les effets de la renonciation à la prescription en cours dès sa réception le place dans une situation claire. Il sait que s'il n'a rien reçu le dernier jour du délai, il doit agir, ce qu'il peut faire facilement par une réquisition de poursuite ou une citation en conciliation.
- 1241 Les effets de la renonciation à la prescription en cours donnée de manière indirecte ont ainsi lieu dès réception par le créancier¹¹⁵⁹. Si la renonciation à la prescription en cours est donnée oralement et ensuite confirmée par écrit, les effets se produisent à la fois lors de la déclaration faite oralement et lors de la réception de la confirmation écrite (comme par exemple lorsqu'il y a plusieurs actes interruptifs successifs, voir N 195).
- 1242 *Exemple: un accident de la circulation survient le 15.08.2004. Le dommage est connu le même jour. L'avocat de la personne lésée adresse le 10.08.2006 un courrier recommandé au mandataire du détenteur responsable pour lui demander s'il serait disposé à éviter un acte interruptif en renonçant à la prescription. Le mandataire du détenteur responsable reçoit le courrier le 11.08.2006 et téléphone le jour même à l'avocat de la personne lésée pour lui dire qu'il accepte de renoncer à la prescription en cours (pour toute la portion écoulée du délai). Il envoie le 12.08.2006 un courrier de confirmation par pli recommandé qui parvient à l'avocat de la personne lésée le 13.08.2006. Dans ce cas, tant la déclaration orale que la réception du courrier déploient l'effet de la renonciation. La prescription sera donc acquise le 13.08.2008 à minuit.*

¹¹⁵⁷ Voir notamment BRUNO SCHMIDLIN, Das Obligationenrecht, Art. 3-10, BK VI/1/1/2, Stämpfli Berne 1985, OR 10 N 6-7.

¹¹⁵⁸ ENGEL, PG, p. 209; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 461-462. Voir aussi DANIEL GUGGENHEIM, Le droit suisse des contrats, La conclusion des contrats, Georg Genève 1991, pp. 106-107.

¹¹⁵⁹ Du même avis: PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11 et PICHONNAZ, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, p. 120. Egalement dans ce sens: ZR 67 Nr. 23 p. 84, 89 (pour la renonciation à la prescription acquise, Tribunal cantonal zurichois) et 91 (TF).

- 1243 Nous nous devons de réserver le cas où la renonciation à la prescription en cours est intégrée à une convention qui comprend plusieurs clauses (par exemple en vue du règlement d'un litige en matière de responsabilité civile) ou si elle est en même temps une proposition de modification conventionnelle du délai de prescription (N 1255). Dans ces hypothèses bien précises, une application des articles 9 et 10 CO est envisageable.

Section 4 Le fardeau de la preuve

- 1244 S'il est question de déterminer l'existence ou le moment des effets d'une renonciation à la prescription en cours, la première pensée qui vient à l'esprit des mandataires des parties et du juge est de savoir comment les faits allégués doivent ou peuvent être prouvés.
- 1245 Selon ce qui nous avons déjà exposé, c'est le créancier seul qui supporte le fardeau de la preuve concernant une éventuelle prolongation de la durée de la prescription par une interruption ou une suspension (N 251). Il en va de même pour l'existence d'une renonciation à la prescription en cours. Le créancier prudent veillera donc toujours à disposer d'une confirmation écrite dûment datée et signée de la part du débiteur. Si le créancier expose dans un courrier adressé au débiteur qu'il part du principe que le débiteur renonce à la prescription jusqu'à la fin des discussions et qu'il souhaite ensuite déduire une renonciation à la prescription en cours du silence du débiteur (N 1136 et 1145), c'est à lui de prouver que le débiteur a reçu son courrier¹¹⁶⁰.
- 1246 Par rapport à la preuve du moment des effets de la renonciation à la prescription en cours, chacune des parties peut avoir à supporter le fardeau de la preuve:
- 1247 – Le débiteur excipant de la prescription doit prouver, s'il a déclaré renoncer à la prescription en cours à condition que la prescription ne soit pas encore acquise, le point de départ du délai de prescription qui lui permet d'affirmer qu'au moment de sa déclaration, la prescription était déjà acquise. Le créancier est naturellement admis à la contre-preuve, mais ce n'est en principe pas à lui de supporter à proprement parler le fardeau de la preuve à ce sujet, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (N 250).
- 1248 – Le créancier voulant démontrer qu'un acte interruptif postérieur à une renonciation à la prescription en cours est intervenu à temps (N 251), parce que le débiteur excipe de la prescription, doit pouvoir prouver le moment à partir duquel la renonciation a déployé ses effets.
- 1249 *Dans l'exemple mentionné ci-dessus (N 1242), l'avocat de la personne lésée dépose une réquisition de poursuite le 13.08.2008. Le mandataire du détenteur responsable excipe de la prescription dans le procès qui s'ensuit pour le motif qu'il a renoncé à la prescription le 12.08.2006 et que la prescription était donc acquise au moment de la réquisition de poursuite. L'avocat du lésé doit alors prouver qu'il a reçu la déclaration de renonciation le 13.08.2006, ce qu'il pourra faire facilement en demandant à l'office de poste une attestation de la date de notification du pli recommandé. Si la déclaration a été envoyée par pli simple, il pourra le faire en conservant l'enveloppe sur laquelle figure le timbre postal.*
- 1250 Pour éviter ce genre d'inconvénient au niveau de la preuve, le créancier aura soin de toujours demander au débiteur de renoncer à la prescription en cours suffisamment tôt avant l'échéance du délai. Néanmoins, si un problème devait se poser à ce sujet, le juge pourra tou-

¹¹⁶⁰ Pour un exemple de preuve non rapportée: JAAC 61.90 p. 864, 867-868 (Commission de recours du Département militaire fédéral).

jours tenir compte, à défaut de preuve stricte disponible, du moment à partir duquel la déclaration de renonciation aura au plus tôt (ou au plus tard selon les cas) déployé ses effets.

- 1251 *Exemple: si le créancier souhaite prouver qu'il a reçu la déclaration de prescription par pli simple en courrier B trois jours après son expédition mais qu'il n'y parvient pas, le juge pourra considérer comme établi qu'elle lui est parvenue au plus tôt le lendemain de sa remise à la poste, étant donné qu'il n'est pas totalement à exclure que le courrier B soit distribué le lendemain de sa remise à la poste.*

Section 5 La sanction

A. En général

- 1252 Lorsque la loi instaure une règle, se pose toujours la question de savoir quelle sanction est attachée à son non-respect. Dans les textes français et italien, l'article 141 alinéa 1 CO lève tout doute quant à la sanction d'une renonciation à la prescription en cours qui contreviendrait aux exigences légales: il s'agit de la nullité.
- 1253 Selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral (N 1061), il n'est plus de délais pour lesquels une renonciation à la prescription en cours n'est pas possible. En conséquence, une renonciation à la prescription en cours qui serait nulle *per se* sur la base de l'article 141 alinéa 1 CO n'est plus concevable. Néanmoins, une déclaration qui serait donnée avant que le délai n'ait commencé à courir serait dépourvue d'effets (N 1147-1149).

B. La renonciation pour l'avenir

- 1254 Selon la règle de l'article 141 alinéa 1 CO, seule la renonciation anticipée est nulle. Cela signifie que le débiteur ne peut renoncer qu'à la portion du délai qui a déjà couru (N 1105). Pour vérifier si cette restriction est respectée, il y a lieu de déterminer le délai applicable et son point de départ. Il faut aussi prendre en compte un éventuel délai extraordinaire. S'il devait ressortir du calcul ainsi fait que le débiteur a renoncé à la prescription en cours pour une portion du délai supérieure à celle qui a déjà effectivement couru, la sanction légale devrait être appliquée.

a) *Interprétation comme modification conventionnelle*

- 1255 Dans la pratique, il est nécessaire d'examiner si une renonciation à la prescription en cours n'est pas en fait une modification conventionnelle du délai de prescription, indépendamment de la terminologie, souvent erronée, utilisée par les parties (voir N 949). S'agissant des délais pour lesquels une prolongation conventionnelle est admissible (N 862-907), la déclaration de renonciation à la prescription en cours du débiteur au-delà de la portion déjà écoulée pourra en général être interprétée comme une offre de prolonger conventionnellement le délai de prescription¹¹⁶¹. Dans ce cas, l'accord du créancier peut être présumé, même s'il n'y a pas de manifestation de volonté expresse dans ce sens. En effet, la prolongation du délai lui est favorable (N 709) et il n'a en général pas de raison de la refuser. Il s'agit en fait également d'un cas de conversion d'un acte juridique (pour les conditions, voir N 1183-1186), la conversion présentant la particularité de faire d'un acte juridique voulu unilatéral un acte juridique bilatéral, ce qui n'est nullement exclu¹¹⁶².

¹¹⁶¹ Dans le même sens: PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11.

¹¹⁶² SCHÖLL, N 470.

1256 *Exemple: un accident de la circulation survient le 15.08.2004. Le dommage est connu le même jour. L'avocat de la personne lésée adresse le 10.07.2006 un courrier recommandé à l'assureur de responsabilité civile du détenteur responsable pour lui demander s'il serait disposé à éviter un acte interruptif en renonçant à la prescription. L'assureur de responsabilité répond par un courrier du 24.07.2006 qu'il accepte de renoncer à la prescription jusqu'au 31.12.2008. Dans ce cas, l'assureur renonce en fait pour l'avenir. Comme le délai de deux ans de l'article 83 alinéa 1 LCR est susceptible d'être prolongé conventionnellement jusqu'à une durée de dix ans (N 891), on peut admettre, si l'avocat de la personne lésée ne réagit pas, que cette dernière admet implicitement cette prolongation.*

b) Nullité partielle

1257 Lorsque l'interprétation d'une renonciation à la prescription en cours « excessive » comme modification conventionnelle n'est pas possible (par exemple parce qu'il s'agit d'un délai absolument invariable, N 840-861) ou qu'en dépit de cela elle reste excessive, la sanction légale doit être déterminée. Deux solutions sont possibles. Soit nous pouvons considérer que la renonciation à la prescription en cours est absolument nulle et de nul effet dans son ensemble, soit nous faisons application de l'article 20 alinéa 2 CO et retenons que seule la partie excessive qui ne peut pas être « sauvée » par interprétation comme modification conventionnelle est nulle.

1258 Cette seconde voie a été choisie par le Tribunal fédéral dans son arrêt de 1998:

1259 « (...) soweit eine Verlängerung der Verjährungsfrist oder ein Einredeverzicht darüber hinaus reichen, sind diesbezügliche Abreden oder Verzichtserklärungen unwirksam und auf das erlaubte Mass zurückzunehmen¹¹⁶³. »

1260 Ce choix nous semble parfaitement correct et conforme à l'esprit de l'article 20 alinéa 2 CO, peu importe qu'il soit justifié d'un point de vue dogmatique par une réduction à la mesure autorisée¹¹⁶⁴ ou par la nullité totale de la clause et son remplacement par une règle supplétive (« Ersatzregel ») tirée de la volonté hypothétique des parties¹¹⁶⁵, le résultat étant le même. En effet, une éventuelle durée excessive ne saurait remettre en question le principe d'une renonciation à la prescription en cours. Cette opinion est admise dans la doctrine¹¹⁶⁶. Toute autre solution reviendrait à permettre au débiteur de se prévaloir de la nullité de sa déclaration de renonciation, alors même que le créancier aurait procédé à un acte interruptif dans le délai correspondant à la portion non excessive de la renonciation. Il y a donc simplement lieu de réduire la renonciation à la prescription en cours au maximum autorisé.

1261 *Pratiquement, la réduction peut se faire assez simplement. Il suffit de vérifier que l'échéance de la renonciation à la prescription en cours ne soit pas, à compter du moment où la déclaration déploie ses effets, éloignée dans le temps d'une durée supérieure à celle du délai de prescription applicable et qui n'est pas susceptible d'être modifié par convention. Si elle l'est, il faut la ramener à l'échéance qui correspond à la durée du délai de prescription courant à compter des effets de la déclaration.*

¹¹⁶³ ATF 4C.9/1998, c. 4a; voir le compte-rendu in RJB 134 pp. 583-585, 584.

¹¹⁶⁴ SPIRO, übermässige Verpflichtungen, pp. 462-465.

¹¹⁶⁵ HÜRLIMANN, N 261-275.

¹¹⁶⁶ KRAUSKOPF, thèse, N 268 et 335; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11. Pour la renonciation à la prescription acquise: GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 537.

C. L'abus de droit

- 1262 En relation avec la sanction de nullité prévue par l'article 141 alinéa 1 CO se pose la question de savoir si l'attitude du débiteur qui se prévaut de la nullité (partielle) d'une déclaration de renonciation à la prescription en cours peut constituer un abus de droit.
- 1263 Sous l'empire de l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral qui interdisait la renonciation à la prescription en cours pour les délais du titre troisième du Code des obligations, il était tentant pour un débiteur ayant renoncé à la prescription en cours pour l'un de ces délais de se prévaloir de la nullité de sa propre déclaration. Commettait-il de ce fait un abus de droit ? L'abus a été retenu dans la pratique par le Tribunal fédéral lui-même dans un arrêt rendu à fin 2000¹¹⁶⁷ et envisagé par le Tribunal de cassation de Saint-Gall à titre de motivation complémentaire pour sa jurisprudence de 1997 s'écartant de l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral (N 1068)¹¹⁶⁸. Une partie de la doctrine a aussi défendu ce point de vue pour le motif qu'il s'agirait d'un cas de « *venire contra factum proprium* »¹¹⁶⁹. Vu le revirement de jurisprudence du Tribunal fédéral (N 1061), cette problématique n'a plus d'importance pratique et nous renonçons à l'examiner plus en détail.
- 1264 De manière très générale, la jurisprudence a parfois exposé que le fait de se prévaloir de la nullité de sa propre renonciation à la prescription en cours pour des délais autres que ceux du titre troisième peut constituer un abus de droit, sans toutefois sanctionner ce comportement en l'espèce étant donné qu'elle avait admis la validité des déclarations en cause. La Commission de recours du Département militaire fédéral l'a fait dans un jugement de 1981 relatif à un cas de responsabilité publique¹¹⁷⁰ et le Tribunal fédéral lui-même a défendu ce point de vue dans son arrêt de 1986¹¹⁷¹. Cette argumentation n'est à notre avis pas très convaincante, même à titre de considération superfétatoire.
- 1265 Si la déclaration de renonciation à la prescription en cours est valable, l'exception du débiteur doit, si elle est mal fondée, être rejetée. En revanche, si la renonciation à la prescription en cours est excessive, elle est partiellement nulle et il n'y a aucun abus de droit du débiteur à se prévaloir de cette nullité. Dans la mesure où la loi le protège d'un engagement pour l'avenir, il n'y a à notre avis pas d'attitude répréhensible dans le fait d'invoquer la règle correspondante.

Section 6 La pluralité de débiteurs

A. Les règles applicables

- 1266 Il n'est pas rare dans la pratique que plusieurs débiteurs soient liés par une même obligation. Le champ d'application personnel d'une renonciation à la prescription en cours doit dès lors être examiné.
- 1267 Le Code des obligations règle expressément la matière aux alinéas 2 et 3 de l'article 141 pour certains cas de pluralité de débiteurs. Comme nous ne pouvons pas nous baser sur des sources suffisantes datant de l'époque de son élaboration, nous avons émis l'hypothèse que ces deux

¹¹⁶⁷ ATF 4C.314/1992 du 21.11.2000, c. 7b.

¹¹⁶⁸ SG GVP 1997 n°45 p. 101, 102.

¹¹⁶⁹ BUCHER, RDS 102 II, pp. 340-341; HONSELL, *Haftpflichtrecht*, p. 129; HUGUENIN, p. 143; KESSLER, pp. 68-71; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11.

¹¹⁷⁰ JAAC 48.3 p. 41, 47.

¹¹⁷¹ ATF 112 II 231, 234.

dispositions ont été édictées pour contrebalancer les règles que contient aujourd'hui l'article 136 CO et éviter leur application en cas de renonciation (à ce sujet, voir N 502-505).

- 1268 Dans la doctrine, l'avis a été exprimé que les alinéas 2 et 3 de l'article 141 CO ne s'appliquent pas à la renonciation à la prescription en cours et qu'il y a donc lieu de la soumettre à l'article 136 CO¹¹⁷². Pour les auteurs qui s'expriment dans ce sens, cette solution se justifie par le fait que la renonciation à la prescription en cours est en fait un succédané de l'interruption. Il en découle que la renonciation à la prescription en cours serait par exemple opposable aux codébiteurs solidaires.
- 1269 D'autres auteurs appliquent en revanche ces alinéas aussi à la renonciation à la prescription en cours¹¹⁷³. BERTI indique non sans pertinence que défendre l'opinion selon laquelle l'article 141 alinéa 1 CO s'applique à la renonciation à la prescription en cours et non les deux autres alinéas du même article est quelque peu contradictoire¹¹⁷⁴.
- 1270 A l'appui de la thèse des auteurs qui n'appliquent pas les alinéas 2 et 3 de l'article 141 CO à la renonciation à la prescription en cours, nous pouvons argumenter que l'alinéa 1 est le seul à avoir été adapté lors de la révision du Code fédéral des obligations (N 521, 1023-1031), tandis que les alinéas 2 et 3 qui se rapportaient selon l'ancien droit clairement à la renonciation à la prescription acquise n'ont pour ainsi dire subi aucun changement. En outre, une telle interprétation est naturellement favorable aux intérêts du créancier.
- 1271 Notre préférence va à la thèse qui considère que ces deux alinéas s'appliquent également à la renonciation à la prescription en cours. Plusieurs arguments parlent en faveur d'une telle application:
- 1272 — Le premier argument consiste en la lettre de la loi elle-même. Les alinéas 2 et 3 sont ainsi formulés qu'aucune réserve n'est faite quant à leur application à la renonciation à la prescription en cours. La même remarque peut être faite concernant la note marginale.
- 1273 — Le respect de la cohérence interne de l'article 141 CO va dans le même sens. En effet, il serait contradictoire, comme le relève BERTI (N 1269), de « dépecer » cette norme en procédant à une interprétation de l'objet des différents alinéas au moyen d'un dualisme de méthodes discutable.
- 1274 — Selon le texte légal et l'opinion doctrinale de BERTI qui nous semble pertinente, l'article 136 alinéas 1 et 2 ne vise que les cas où la prescription est interrompue *contre* et non *par* un coobligé. Cela signifie que seul un acte interruptif du créancier selon l'article 135 chiffre 2 CO est en mesure de déployer ses effets envers d'autres coobligés et non les actes du débiteur selon l'article 135 chiffre 1 CO¹¹⁷⁵. Cette solution se justifie aussi par le fait que l'acte interruptif du créancier fait appel aux moyens d'exécution forcée au sens large (N 186) et qu'il est donc officiellement documenté, ce qui n'est pas le cas d'une déclaration qui serait faite sous seing privé. Or, la renonciation à la prescription en cours s'apparente davantage à un acte interruptif du débiteur qu'à un acte interruptif

¹¹⁷² BÉGUELIN, FJS 813, p. 5; DÄPPEN, BSK, OR 141 N 6; HÜNERWADEL, p. 130 note de bas de page 607; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 15; SPIRO I, p. 850; SPIRO, FS Neumayer, p. 554.

¹¹⁷³ BERTI, ZK, OR 136/141 Abs. 2 und 3 N 3, 10, 13 et 23 (contrairement à son opinion exprimée dans BERTI, BSK, OR 141 N 6); KESSLER, pp. 152-153. Semblent aussi aller dans ce sens: ROSSEL, p. 203; TERCIER, PG, N 1465.

¹¹⁷⁴ BERTI, ZK, OR 136/141 Abs. 2 und 3 N 23.

¹¹⁷⁵ A ce sujet, voir BERTI, ZK, OR 136/141 Abs. 2 und 3 N 7. Du même avis: KRAUSKOPF, Verjährung, p. 138; KRAUSKOPF/MÜLLER, p. 326; ATF 106 II 250, 253. *Contra*: CORBOZ, pp. 59-60; SCHWENZER, N 88.22.

du créancier. En outre, une telle interprétation est conforme au principe général de l'article 146 CO¹¹⁷⁶.

- 1275 — L'article 136 alinéas 1 et 2 CO introduit des règles qui sont parfois considérées dans la doctrine comme sévères pour les codébiteurs solidaires, les codébiteurs d'une dette indivisible et la caution¹¹⁷⁷. Très tôt, à savoir encore sous l'empire du Code fédéral des obligations, le Tribunal fédéral a refusé une interprétation extensive de cette règle¹¹⁷⁸. Il n'applique l'alinéa 1 qu'à la solidarité parfaite¹¹⁷⁹ (voir aussi N 214). Il est donc discutable de vouloir, sans disposition légale claire allant dans ce sens, appliquer l'article 136 à la renonciation à la prescription en cours.
- 1276 — Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a exposé que les alinéas 2 et 3 de l'article 141 CO « ne sont d'aucun secours [pour dégager sans hésiter le sens de l'article 141 alinéa 1 CO], du moment qu'ils ne s'appliquent que si la renonciation est valable au regard de l'article 141 alinéa 1 CO »¹¹⁸⁰. Il ne s'est pas penché plus en détail sur la problématique de l'application des deux alinéas considérés à la renonciation à la prescription en cours, mais il semble comprendre les alinéas 2 et 3 comme s'appliquant à toute renonciation valable. Vu sa nouvelle jurisprudence concernant l'alinéa 1, il est judicieux, pour la sécurité du droit, d'interpréter les alinéas 2 et 3 selon la même logique.
- 1277 Au vu de ce qui précède, nous arrivons à la conclusion que les alinéas 2 et 3 doivent aussi s'appliquer à la renonciation à la prescription en cours.

B. La solidarité parfaite et le concours de prétentions

- 1278 S'il y a plusieurs débiteurs solidaires, l'article 141 alinéa 2 CO dispose que la renonciation à la prescription en cours de l'un d'eux ne déploie pas d'effets pour les autres. Cette règle est en fait un cas d'application de l'article 146 CO qui précise que l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres¹¹⁸¹. Le créancier doit donc exiger de chacun des débiteurs solidaires qu'il renonce pour lui-même.
- 1279 La possibilité que l'un des débiteurs solidaires renonce pour tous les autres ou certains d'entre eux subsiste en vertu des règles générales sur la représentation, mais cela n'est pas le cas de par la loi.
- 1280 L'article 141 alinéa 2 CO s'applique à la solidarité parfaite. Il ressort implicitement et à plus forte raison de cette disposition que la renonciation à la prescription en cours d'un des débiteurs n'engage pas les autres débiteurs si le créancier jouit d'un concours de prétentions (cas de solidarité dite imparfaite).

C. La dette indivisible

- 1281 L'article 141 alinéa 3 CO adopte une solution identique pour les codébiteurs d'une dette indivisible (article 70 alinéa 2 CO) à celle de son alinéa 2 pour les codébiteurs solidaires. Cette solution se justifie, étant donné que la réglementation de la dette indivisible correspond

¹¹⁷⁶ KRAUSKOPF, Verjährung, p. 139.

¹¹⁷⁷ Voir par exemple CORBOZ, pp. 60-61; KRAUSKOPF, Verjährung, p. 139. Voir aussi les références citées en note de bas de page 325.

¹¹⁷⁸ ATF 17 500, 506.

¹¹⁷⁹ ATF 133 III 6, 11; ATF 127 III 257, 264 et les références citées.

¹¹⁸⁰ ATF 132 III 226, 237.

¹¹⁸¹ BERTI, ZK, OR 136/141 Abs. 2 und 3 N 7; KESSLER, p. 152; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 16 (pour la renonciation à la prescription acquise).

largement à celle de la solidarité passive¹¹⁸². Un codébiteur d'une dette indivisible ne peut par conséquent pas engager les autres par une renonciation à la prescription en cours, une éventuelle représentation selon les règles générales restant naturellement possible.

D. Le cautionnement

- 1282 Nous devons préciser ici que la dette de cautionnement est soumise à une prescription indépendante de celle de la dette principale, d'un délai de dix ans dès son exigibilité selon les règles générales des articles 127 et 130 CO¹¹⁸³. La loi règle seulement le cas particulier de l'effet de la renonciation à la prescription en cours du débiteur principal envers la caution. L'article 141 alinéa 3 CO répond clairement et simplement à la question en disposant que la déclaration du débiteur principal n'est pas opposable à la caution.
- 1283 S'agissant de la renonciation de la caution, la loi est muette. Toutefois, la solution à ce problème peut être tirée d'une lecture par analogie de l'article 136 alinéa 3 CO qui précise que la prescription interrompue contre la caution ne l'est pas contre le débiteur principal¹¹⁸⁴. Partant, la renonciation à la prescription en cours de la caution n'engage pas le débiteur principal.
- 1284 Il est envisageable qu'il y ait plusieurs débiteurs principaux (solidaires ou non, d'une dette divisible ou non) ou plusieurs cautions (conjointes, solidaires ou indépendantes, article 497 alinéas 1, 2 et 4 CO). Que ce soit pour la pluralité des débiteurs principaux ou des cautions, il convient d'appliquer, selon le cas qui est réalisé, les règles pour la solidarité passive (N 1278, aussi pour les cautions solidaires, article 497 alinéa 2 CO), la dette indivisible (N 1281, par analogie pour plusieurs cautions indépendantes, article 497 alinéa 4 CO) et la dette divisible (N 1290, par analogie pour les cautions conjointes, article 497 alinéa 1 CO).

E. Le recours

- 1285 Diverses dispositions légales prévoient que le débiteur ayant désintéressé le créancier dispose d'un droit de recours contre son ou ses codébiteurs ou que le juge peut prévoir un tel droit. Il s'agit donc d'un cas dans lequel la pluralité de débiteurs est originaire, mais où elle peut se transformer par la suite en un rapport ne liant plus que deux parties ou en un rapport complexe liant plusieurs parties. Nous renonçons ici à énumérer tous les cas d'actions récursoires que connaît notre droit privé (pour quelques exemples en matière de responsabilité civile, voir N 112 et la note de bas de page 149). Par rapport à la renonciation à la prescription en cours, il faut distinguer deux grandes catégories de cas.
- 1286 La première concerne les cas dans lesquels la loi prévoit que le débiteur qui devient créancier de la prétention récursoire est subrogé, dans la mesure où il a payé, aux droits du créancier qu'il a désintéressé (par exemple en matière de responsabilité civile commune, en vertu des articles 50 et 149 alinéa 1 CO, ou de cautionnement, en vertu de l'article 507 alinéa 1 CO), c'est-à-dire qu'il jouit des droits que le créancier originaire avait contre son codébiteur. Si ce codébiteur avait renoncé envers le créancier originaire à la prescription en cours, alors le créancier de la prétention récursoire bénéficiera lui aussi *ex lege* de cette renonciation à la prescription en cours. En résumé, la renonciation à la prescription en cours d'un débiteur envers le créancier originaire n'oblige pas son ou ses éventuels codébiteurs envers le créancier, mais leur profite s'ils deviennent par la suite créanciers à l'action récursoire contre le débiteur renonçant.

¹¹⁸² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3897.

¹¹⁸³ SPIRO I, p. 811.

¹¹⁸⁴ BERTI, ZK, OR 136/141 Abs. 2 und 3 N 24.

- 1287 La deuxième catégorie concerne les cas dans lesquels une subrogation n'est pas prévue par la loi. La renonciation à la prescription en cours du débiteur envers le créancier originaire n'est naturellement pas opposable par le créancier à son ou ses codébiteurs et elle ne leur profitera pas non plus s'ils deviennent créanciers à l'action récursoire.
- 1288 Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la renonciation à la prescription en cours du débiteur (« pour éviter la notification d'un commandement de payer ou l'ouverture d'une action judiciaire ») sera néanmoins opposable par lui-même à un coresponsable contre lequel il se retournera, dans les limites du délai absolu (s'il y en a un), qu'il y ait subrogation ou non, dans la mesure où il aura avisé celui qu'il tient pour coresponsable dès qu'il le pouvait selon les règles de la bonne foi¹¹⁸⁵.

F. Les autres cas

- 1289 En plus des cas de la solidarité passive, de la dette indivisible et du cautionnement que la loi mentionne expressément, il existe principalement deux autres cas de figure dans lesquels plusieurs débiteurs sont impliqués et pour lesquels la question du champ d'application personnel de la renonciation à la prescription en cours peut se poser.
- 1290 Le premier cas est celui des codébiteurs d'une dette divisible¹¹⁸⁶. Si, contrairement à ce qui touche l'obligation indivisible, la loi est muette sur ce point, c'est parce que la solution est évidente. En effet, chacun des codébiteurs est tenu seulement d'une partie de la prestation due et il apparaît donc logique que la renonciation à la prescription en cours d'un codébiteur d'une dette divisible ne concerne que la partie de la prestation dont il est tenu. Par conséquent, sa déclaration n'oblige pas les autres codébiteurs. La représentation selon les règles générales reste possible.
- 1291 Le deuxième cas est celui des associés d'une société disposant d'une quasi-personnalité juridique¹¹⁸⁷, à savoir une société en nom collectif ou en commandite (la société simple est régie par les seules règles sur la solidarité), par rapport à une dette sociale. Dans ces deux formes de société, tous les associés sont habilités de par la loi (articles 563 et 603 CO) à représenter la société comme communauté des associés (sauf le commanditaire dans la société en commandite). Il résulte de ce droit de représentation que l'associé qui renonce à la prescription en cours relativement à une dette de la société engage cette dernière et, partant, également les autres associés, même ceux entrés dans la société postérieurement à la déclaration de renonciation (articles 569 et 612 CO). Cette conséquence s'explique par le fait que la société elle-même n'a pas de personnalité juridique, autrement dit qu'elle n'existe qu'en tant que communauté des associés. Dans ce cas, pour les besoins de la vie économique, la règle exprimée aux articles 141 alinéa 2 et 146 CO cède le pas aux règles sur la représentation du droit des sociétés, pour le commanditaire seulement dans la mesure de sa commandite. Cet effet ne se produit toutefois naturellement pas si l'associé renonçant n'est pas habilité à représenter selon le registre du commerce (article 563 CO). Comme nous l'avons déjà retenu pour l'article 136 alinéa 3 CO en relation avec le cautionnement (N 1283), nous appliquons l'article 593 CO par analogie pour dire que, comme l'interruption, la renonciation à la prescription en cours d'un associé ne déploie aucun effet pour l'associé qui est sorti de la société.

¹¹⁸⁵ ATF 133 III 6, 28-29.

¹¹⁸⁶ Sur la notion, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3886-3887.

¹¹⁸⁷ Sur cette question, voir RUEDIN, N 790-799.

G. Synthèse

- 1292 En résumé, nous pouvons poser le principe suivant: un débiteur n'engage pas les autres coobligés par sa renonciation à la prescription en cours¹¹⁸⁸. Nous voyons une seule exception à ce principe dans les sociétés à quasi-personnalité juridique si l'associé (indéfiniment responsable) renonçant à la prescription en cours par rapport à une dette sociale a le pouvoir de représenter selon le registre du commerce (N 1291).

Section 7 La pluralité de créanciers

A. En général

- 1293 En ce qui concerne la renonciation à la prescription en cours, la loi ne règle expressément aucun des cas dans lesquels plusieurs créanciers sont bénéficiaires d'une même obligation. Il nous est cependant possible de dresser un parallèle avec la pluralité de débiteurs pour les différentes hypothèses envisageables. La question qui se pose est celle de savoir si la déclaration de renonciation à la prescription en cours faite envers l'un des créanciers bénéficie de par la loi à tous les autres créanciers.

B. La solidarité

- 1294 Selon l'article 150 alinéa 1 CO, la solidarité active existe lorsque le débiteur y consent ou lorsque la loi le prévoit. Dans ce cas, chacun des créanciers a le droit de demander le paiement intégral de la créance au débiteur. La solidarité active donne à plusieurs créanciers un droit identique à une (et une seule) prestation comprise dans son ensemble. S'il n'y a qu'une seule prestation due, chacun des créanciers est néanmoins au bénéfice d'une créance individuelle pour lui-même (cette situation est désignée en allemand par « *Einzelgläubigerschaft* »). Par application analogique de l'article 146 CO, la doctrine admet qu'un des créanciers solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres, mais que s'il intervient auprès du débiteur d'une manière qui est dans l'intérêt de tous les créanciers, son fait personnel peut déployer ses effets pour tous les créanciers solidaires en application de l'article 419 CO sur la gestion d'affaires sans mandat¹¹⁸⁹. Faut-il dès lors en conclure que si un créancier parvient à obtenir du débiteur qu'il renonce à la prescription en cours, cette déclaration bénéficiera à tous les autres créanciers ? La réponse à cette question doit être nuancée.
- 1295 Si le débiteur renonce de lui-même expressément envers tous les créanciers, la situation est claire, même si la déclaration n'est adressée qu'à l'un des créanciers et non à tous, comme le voudrait le principe général en matière de manifestations de volonté (N 1124). En effet, dans ce cas, le débiteur doit s'attendre à ce que sa déclaration soit communiquée aux autres créanciers, même si lui-même ne le fait pas. La situation est également évidente si le créancier agit comme représentant des autres selon les règles générales, ou si, sans pouvoir, il obtient du débiteur qu'il renonce à la prescription en cours expressément envers tous les créanciers, agissant ainsi dans l'intérêt présumable des autres créanciers par gestion d'affaires sans mandat. Dans la grande majorité des cas, la déclaration du débiteur vaudra donc au profit de tous les créanciers, sans qu'il n'y ait toutefois lieu d'établir une présomption dans ce sens, ce qui signifie que c'est le créancier invoquant la renonciation à la prescription en cours qui supporte le fardeau de la preuve à ce propos.

¹¹⁸⁸ Voir aussi KESSLER, p. 154.

¹¹⁸⁹ BUCHER, AT, p. 500; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3864.

1296 Dans l'hypothèse où aucun de ces cas n'est réalisé et qu'une situation litigieuse se produit, il faut chercher à établir la volonté du débiteur au moyen de sa déclaration et des circonstances. En l'absence d'indices clairs parlant en faveur d'une renonciation voulue au profit de tous les créanciers, il ne serait à notre avis pas possible de considérer que la déclaration du débiteur déploie *ex lege* ses effets envers tous les créanciers. En effet, la prescription touche le droit d'action rattaché aux créances (N 91-93) et est liée à chacune des créances individuelles des créanciers solidaires et non à la prestation due par le débiteur. Dès lors, la prescription doit être considérée indépendamment pour les différentes créances¹¹⁹⁰ et une renonciation à la prescription en cours serait nécessaire pour chacun des créanciers solidaires.

1297 *Exemple: le débiteur renonce à la prescription en cours envers l'un des créanciers solidaires. Au moment d'établir les faits, le juge constate que seul le créancier envers lequel il a été renoncé a cherché à obtenir satisfaction, tandis que les autres créanciers solidaires ne se sont pas manifestés. Le juge constate en outre que les créanciers solidaires n'ont absolument pas communiqué entre eux par rapport à l'affaire. Dans ce cas, une renonciation envers tous ne pourrait à notre avis pas être admise.*

C. La créance indivisible

1298 S'il y a plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers d'une même obligation indivisible, l'article 141 alinéa 3 CO s'applique à la renonciation à la prescription en cours de l'un des débiteurs (N 1281).

1299 Plus délicate est la situation lorsqu'il n'y a qu'un seul débiteur d'une obligation indivisible et plusieurs créanciers (article 70 alinéa 1 CO). Dans ce cas de figure, chacun des créanciers est habilité à réclamer individuellement la prestation envers tous les créanciers (et non envers lui seul). Il est titulaire d'une créance individuelle. La doctrine majoritaire est d'avis que chacun des créanciers est au bénéfice d'une procuration légale pour représenter les autres lorsqu'il agit contre le débiteur. En cas d'absence de volonté des autres créanciers, il est admis que le créancier qui agit le fait comme gestionnaire d'affaires sans mandat¹¹⁹¹. En conséquence, si le débiteur de l'obligation indivisible renonce à la prescription en cours, sa déclaration vaut envers tous les créanciers, à moins qu'il ne déclare expressément renoncer qu'envers l'un ou certains d'entre eux.

D. Le cautionnement

1300 Pour ce qui est de la relation entre le débiteur principal et plusieurs créanciers, les règles concernant la renonciation à la prescription en cours en cas de solidarité (N 1294), de créance indivisible (N 1299), de créance divisible (N 1304) et de créance commune (N 1305) s'appliquent en fonction du cas qui se trouve réalisé.

1301 Le cautionnement est un contrat distinct de celui liant le débiteur principal et le créancier (article 492 alinéas 1 et 2 CO). S'il y a plusieurs créanciers, il est possible que le paiement de la dette contractée par le débiteur principal ne soit garanti par la caution qu'envers l'un d'entre eux. Si la caution est néanmoins donnée envers plusieurs créanciers, ce sont les termes du contrat de cautionnement (et non du contrat principal) qui en déterminent les modalités. Toutes les hypothèses envisageables pour le contrat principal le sont aussi pour le cautionnement, sans pour autant que l'un et l'autre ne doivent obligatoirement être régis par les mêmes modalités.

¹¹⁹⁰ BECKER, BK, OR 150 N 11; VON TUHR/ESCHER, p. 323.

¹¹⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3882 et les références citées.

- 1302 *Exemple: si le débiteur principal doit verser 40'000 francs à la communauté héréditaire (composée de deux héritiers) de son créancier initial (créance commune), le contrat peut prévoir que la caution s'engage envers chaque créancier à concurrence de 20'000 francs, chacun ne pouvant réclamer que sa part à titre individuel. Si le débiteur principal renonce à la prescription en cours envers l'un des cohéritiers, sa déclaration déploie obligatoirement des effets envers tous les héritiers (N 1305). Si la caution fait de même, sa déclaration ne vaudra qu'envers le cohéritier concerné (N 1304).*

E. Les autres cas

- 1303 Comme pour la pluralité de débiteurs, il existe deux autres cas principaux dans lesquels la question des effets de la renonciation à la prescription en cours peut se poser s'il y a une pluralité de créanciers.
- 1304 Le premier cas est celui de la créance divisible. Chaque créancier n'est en droit de réclamer qu'une partie de la créance pour lui-même¹¹⁹². Il n'y a donc aucune raison qu'une renonciation à la prescription en cours donnée par le débiteur envers l'un des créanciers profite également aux autres, sauf en cas de déclaration expresse dans ce sens et si le créancier est représentant des autres lorsqu'il négocie avec le débiteur.
- 1305 Le deuxième cas est celui d'une créance dite commune. Ce cas de figure se rencontre principalement lorsque les créanciers forment une communauté en vertu de la loi ou d'un contrat (« *Gesamthandverhältnis* » ou « *Gesamthandsgemeinschaft* »), comme par exemple une communauté héréditaire, une société simple¹¹⁹³ ou encore une société à quasi-personnalité juridique (société en nom collectif et société en commandite¹¹⁹⁴). Les créanciers ne peuvent réclamer qu'en commun l'exécution de l'entier de la prestation et le débiteur ne peut se libérer qu'en exécutant l'entier de la prestation envers tous les créanciers. En conséquence, les créanciers ne peuvent négocier avec le débiteur que tous ensemble ou alors par le biais d'un représentant. Dès lors, de par la loi, le débiteur qui renonce à la prescription en cours en ce qui concerne une créance commune le fait avec effet envers tous les créanciers.

Section 8 Les particularités en droit des assurances privées

A. En général

- 1306 Dans le domaine des assurances privées, une renonciation à la prescription en cours intervient souvent dans le règlement des affaires qui présentent une certaine complexité, en particulier eu égard au délai de prescription relativement bref de deux ans. Dans la mesure où c'est le preneur d'assurance (ou éventuellement le bénéficiaire désigné par celui-ci) qui touche la prestation de l'assureur, la relation entre les deux parties au contrat d'assurance ne pose pas de problèmes particuliers par rapport à une renonciation à la prescription en cours. On trouve à ce sujet une ancienne jurisprudence du Tribunal de commerce de Zurich de 1923 selon laquelle un agent général ne serait pas habilité à renoncer pour sa compagnie d'assurance à la

¹¹⁹² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3857.

¹¹⁹³ Pour plus de détails et les autres cas possibles, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3872-3877.

¹¹⁹⁴ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 13 N 16-28 et § 14 N 16-18.

prescription en cours envers un preneur d'assurance¹¹⁹⁵. Quelles que soient les compétences internes d'un agent général d'assurances, un tel jugement ne serait aujourd'hui plus défendable, étant donné que l'article 34 LCA prévoit, dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 01.01.2006, que l'assureur répond des actes de ses intermédiaires comme de ses propres actes envers le preneur d'assurance¹¹⁹⁶.

B. Dans l'assurance de responsabilité civile

1307 L'assurance de responsabilité civile présente une particularité en ce sens qu'elle couvre le risque du preneur d'assurance (ou de son bénéficiaire) d'être recherché en responsabilité civile. Elle fait donc intervenir une tierce personne, le lésé. Dans la majorité des cas, ce dernier n'a qu'une prétention et un droit d'action contre l'auteur du dommage ou la personne responsable. Dans certains domaines, la loi rend l'assurance de responsabilité civile obligatoire et accorde en même temps au lésé un droit d'action directe contre l'assureur de responsabilité de l'auteur du dommage ou de la personne responsable¹¹⁹⁷.

a) Sans droit d'action directe

1308 S'il n'y a pas de droit d'action directe, le lésé n'a de prétention que contre l'auteur du dommage (ou contre la personne qui en est responsable). C'est donc ce dernier qui possède une créance envers l'assureur de responsabilité civile et non le lésé. Du point de vue de la loi, seul l'auteur du dommage (ou la personne qui en est responsable) peut renoncer à la prescription en cours envers le lésé.

1309 Le législateur a prévu à l'article 60 alinéa 1 LCA le droit pour l'assureur de responsabilité civile de s'acquitter de l'indemnité directement entre les mains du ou des lésés. Cette prérogative lui permet aussi d'éteindre le droit de gage légal que possède le lésé sur la créance qu'a contre lui la personne assurée. Cette réglementation vise à éviter que la personne assurée ne détourne de sa destination la prestation d'assurance destinée au lésé et que la créance contre l'assureur ne tombe dans la masse si la personne assurée est déclarée en faillite¹¹⁹⁸.

1310 Pour éviter de mauvaises surprises en la matière, les assureurs de responsabilité civile font en règle générale stipuler dans leurs conditions générales d'assurance qu'ils sont habilités à représenter la personne assurée en vue du règlement du dommage. En principe, ils interdisent même à la personne assurée de mener des pourparlers avec le lésé sans leur concours ou leur autorisation expresse.

1311 *Exemple tiré de conditions générales d'assurance: « Les dispositions suivantes s'appliquent à l'évaluation des dommages en responsabilité civile: nous conduisons les pourparlers avec le lésé. Nous agissons en qualité de représentant des personnes assurées et notre liquidation des prétentions du lésé lie celles-ci; (...) les personnes assurées sont tenues de renoncer à tous pourparlers directs avec le lésé ou son représentant concernant les demandes en dommages-intérêts (...) »*¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ RBA V n°216 p. 471, 475-476.

¹¹⁹⁶ Sur les raisons de cette modification de la loi, voir Message CF 09.05.2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, 3420.

¹¹⁹⁷ Art. 11 al. 1 et 19 al. 1 LRCN, 63 al. 1 et 65 al. 1 LCR, 35 al. 1 et 37 al. 1 LITC, 16 al. 1 et 2 LChP. Assurance obligatoire sans droit d'action directe: art. 70 al. 1 LA, 31 lettre d LRAp.

¹¹⁹⁸ WIDMER/WESSNER, pp. 190-191 et les références citées.

¹¹⁹⁹ MobiCasa, Assurance ménage Multirisk, Conditions générales, édition 05.2004, chiffre 17.1 et 17.4. Pour d'autres exemples, voir KESSLER, p. 155.

- 1312 L'assureur de responsabilité civile qui renonce à la prescription en cours le fait donc pour la personne assurée (auteur du dommage ou personne responsable), selon les règles générales sur la représentation, et non pour lui-même, vu qu'aucune action n'est ouverte contre lui. L'assureur de responsabilité civile doit cependant toujours veiller à mentionner ce rapport de représentation, étant donné que le Tribunal fédéral a jugé qu'en renonçant à la prescription en cours sans cette précision, l'assureur de responsabilité renonce aussi à se prévaloir du défaut de légitimation passive même s'il n'y a pas de droit d'action directe¹²⁰⁰. Il a été suivi sur ce point par le Tribunal cantonal tessinois¹²⁰¹. Une renonciation à la prescription en cours qui serait faite par la personne assurée envers le lésé sans le concours de l'assureur serait bien entendu valable, mais la personne assurée prendrait le risque de voir son comportement sanctionné selon les règles établies par les conditions générales d'assurance. Les sanctions peuvent aller jusqu'au refus complet d'indemniser.
- 1313 En ce qui concerne l'objet de la renonciation à la prescription en cours, il se détermine selon la règle générale (N 1155-1158). Comme la renonciation de l'assureur se fait pour l'assuré et non pour lui-même, il n'y pas lieu de considérer que la renonciation se limite au seul montant de la couverture d'assurance, sauf réserve expresse dans ce sens dans la déclaration. Une telle restriction serait tout à fait licite (N 1159).

b) Avec droit d'action directe

- 1314 Lorsque la loi accorde un droit d'action directe au lésé, ce dernier est au bénéfice d'un concours de prétentions et peut rechercher soit l'auteur du dommage (ou la personne responsable), soit l'assureur¹²⁰².
- 1315 Les lois instaurant un droit d'action directe l'assortissent, à une exception près, d'une règle selon laquelle la prescription interrompue à l'égard de la personne responsable l'est aussi à l'égard de l'assureur et vice versa¹²⁰³. Une telle précision est nécessaire, car l'article 136 alinéa 1 CO ne vaut qu'en cas de solidarité parfaite (N 1275)¹²⁰⁴. Nous nous devons de relever que l'article 83 alinéa 2 LCR prévoit cet effet lorsque la prescription est interrompue « à l'égard » de la personne assurée ou de l'assureur, tandis que les articles 10 alinéa 4 LRCN et 39 alinéa 2 LITC l'admettent lorsque la prescription est interrompue « contre » la personne assurée ou l'assureur. Nous sommes d'avis que cette différence de formulation entre l'article 83 alinéa 2 LCR et l'article 136 alinéa 1 CO n'a pas de portée juridique et qu'il n'y a dès lors pas lieu de considérer qu'en matière de circulation routière la prescription interrompue par l'assureur ou la personne assurée l'est aussi contre l'autre (à ce sujet, voir N 1274).
- 1316 En ce qui concerne la renonciation à la prescription en cours, les lois spéciales introduisant un droit d'action directe n'établissent pas de règles dérogeant au régime général. Vu qu'il y a un concours de prétentions, la renonciation à la prescription en cours de la personne assurée n'engage pas *ex lege* l'assureur et vice versa (voir N 1280)¹²⁰⁵.
- 1317 Toutefois, dans la pratique, comme lorsqu'il n'y a pas de droit d'action directe (N 1310-1312), les assureurs de responsabilité civile font en général stipuler dans leurs conditions générales qu'ils sont admis à représenter la personne assurée et seuls autorisés à mener des pourparlers avec le lésé. Dans ce cas de figure, l'assureur de responsabilité qui renonce à la

¹²⁰⁰ RBA IV n°216 p. 389, 392.

¹²⁰¹ Rep. 1980 p. 73, 75-76.

¹²⁰² Sur l'institution du droit d'action directe et les diverses opinions à son sujet, voir WIDMER/WESSNER, pp. 192-195.

¹²⁰³ Art. 10 al. 4 LRCN, 83 al. 2 LCR, 39 al. 2 LITC. Une disposition correspondante fait défaut dans la LChP.

¹²⁰⁴ ATF 106 II 250, 253-254.

¹²⁰⁵ Du même avis: KESSLER, pp. 156-157.

prescription en cours le fait à la fois pour lui-même et pour le lésé, pour ce dernier en vertu des règles générales sur la représentation. Le lésé doit par ailleurs toujours vérifier que l'assureur qui renonce à la prescription en cours le fait également au nom de la personne assurée. En effet, le lésé n'est habilité à faire valoir contre l'assureur que la prétention qu'il aurait contre la personne responsable¹²⁰⁶. Si l'assureur renonce à la prescription en cours pour lui-même mais pas pour la personne assurée et que la créance du lésé contre cette dernière se prescrit, le lésé ne peut en principe plus faire valoir de prétention contre l'assureur. Cependant, l'assureur qui exciperait de la prescription au motif qu'il n'aurait expressément renoncé que pour lui-même agirait contrairement aux règles de la bonne foi, tant il est admis dans la pratique actuelle des assurances, que ce sont elles qui représentent les personnes assurées dans le cadre de pourparlers transactionnels. Le juge devrait dès lors retenir un abus de droit et rejeter l'exception suite à un cas de « *venire contra factum proprium* ».

- 1318 Il est tout à fait licite (N 1159) et même recommandable que l'assureur fasse dans sa déclaration pour lui-même une réserve quant à la couverture d'assurance. L'absence d'une telle réserve ne nuit toutefois pas à l'assureur. En effet, il ressort de la loi elle-même que l'assureur ne peut pas renoncer à la prescription en cours pour un montant supérieur à cette couverture d'assurance, car le droit d'action directe est limité à ladite couverture¹²⁰⁷. Si le lésé devait avoir envers l'assuré des prétentions qui vont au-delà, il serait alors contraint de demander une renonciation à la prescription en cours qui porte expressément sur le montant excédant la couverture d'assurance¹²⁰⁸. Il peut l'obtenir soit du lésé lui-même (qui pourrait renoncer à la prescription en cours pour ces prétentions sans violer d'obligation contractuelle envers l'assureur), soit de l'assureur, si ce dernier est habilité à représenter le lésé aussi sur ce point.
- 1319 Dans la pratique, la personne assurée n'est, sauf cas exceptionnel, pas autorisée à représenter son assureur de responsabilité civile. Si elle n'est en général pas non plus autorisée selon les conditions générales d'assurance à mener des pourparlers transactionnels avec le lésé, elle pourrait néanmoins renoncer tout à fait valablement à la prescription en cours, tout en prenant le risque de voir son comportement sanctionné en raison de la violation de ses obligations contractuelles.

¹²⁰⁶ KESSLER, p. 157; MAURER, p. 548. Voir aussi ROLAND BREHM, Le contrat d'assurance RC, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1997, N 626-629.

¹²⁰⁷ Art. 19 al. 1 LRCN, 65 al. 1 LCR, 37 al. 1 LITC, 16 al. 2 LChP. ATF 106 II 250, 254. SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, N 1516.

¹²⁰⁸ KESSLER, p. 157.

Chapitre IV La renonciation à la prescription acquise

- 1320 Comme pour la renonciation à la prescription en cours, nous avons déjà défini la renonciation à la prescription acquise (N 956) et fait l'analyse de la disposition qui lui est applicable (N 1092-1116).
- 1321 Il existe une différence de taille entre la renonciation à la prescription en cours et la renonciation à la prescription acquise, à savoir celle du moment où l'une et l'autre interviennent. Cette distinction justifie un exposé séparé pour ces deux formes de renonciation. Toutefois, les deux formes de renonciation obéissent aux mêmes règles sur plusieurs aspects. Le cas échéant, nous nous bornerons à renvoyer à l'exposé concernant la renonciation à la prescription en cours.
- 1322 Dans le présent chapitre, nous n'examinerons que la renonciation à la prescription acquise faisant l'objet d'une déclaration expresse. Nous consacrerons aussi quelques développements à la renonciation implicite à la prescription acquise qui sera pour le surplus traitée dans un chapitre ultérieur (voir N 1495-1549).

Section 1 Les conditions

A. L'exercice des droits civils

- 1323 Par rapport à l'exercice des droits civils, la renonciation à la prescription acquise obéit en principe aux mêmes règles générales que la renonciation à la prescription en cours (N 1118). La situation change toutefois par rapport à cette dernière lorsqu'il y a eu ouverture de faillite ou octroi d'un sursis concordataire, étant donné que la renonciation à la prescription acquise présuppose que le débiteur puisse disposer librement de son patrimoine.
- 1324 Le débiteur est privé du droit de passer des actes juridiques se rapportant à des créances contre lui nées avant l'ouverture de la faillite. L'article 204 alinéa 1 LP déclare nuls envers les créanciers tous les actes de disposition pris dès ce moment. Or, il ressort de la définition même de la renonciation à la prescription acquise qu'elle est un acte de disposition (N 956) et nous avons déjà exposé qu'elle pouvait constituer une disposition à titre gratuit si la créance existe effectivement (N 1001-1003). Dès lors, le failli est dans l'incapacité de renoncer à la prescription acquise d'une façon contraignante pour ses créanciers¹²⁰⁹, mais sa renonciation à la prescription acquise reste naturellement valable pour lui-même¹²¹⁰, par exemple si la faillite venait à être révoquée ou, en termes de responsabilité, si sa déclaration entraîne un dommage pour le créancier auquel elle est adressée. Dès l'ouverture de la faillite, ce serait théoriquement l'administration de la faillite, ordinaire ou spéciale, qui serait habilitée à renoncer à la prescription acquise, que ce soit relativement à une créance de faillite ou relativement à une créance contre la masse. Cependant, l'administration de la faillite a précisément pour mission de veiller aux intérêts de la masse (article 240 LP), en procédant objectivement¹²¹¹. Il est par conséquent très difficile d'envisager qu'une renonciation à la prescription acquise puisse être

¹²⁰⁹ Du même avis (aussi pour le sursis concordataire): BECKER, BK, OR 141 N 2; KESSLER, p. 93; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 4; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

¹²¹⁰ SPIRO I, p. 550.

¹²¹¹ GILLIÉRON III, art. 244 N 10-11.

dans l'intérêt de la masse ou objectivement justifiée. Le cas échéant, elle ne serait de toute manière pas contraignante pour le failli¹²¹².

- 1325 Il en va de même du débiteur qui a été mis au bénéfice d'un sursis concordataire, selon la teneur très claire de l'article 298 alinéa 2 LP, sous réserve de l'autorisation du juge du concordat. Le Tribunal fédéral en avait expressément jugé ainsi dans un arrêt de 1908¹²¹³ (voir aussi N 1002).

B. Une manifestation de volonté

- 1326 Tout comme la renonciation à la prescription en cours, la renonciation à la prescription acquise est un acte juridique. De ce fait, elle nécessite une manifestation de volonté adressée au créancier pour produire son effet (N 1124). Au moment où il fait sa déclaration, le débiteur doit vouloir renoncer à un avantage qu'il a acquis, à un droit que la loi lui confère¹²¹⁴ (voir N 1327-1330 et 1372-1374 concernant une erreur à ce sujet et N 1497-1499 concernant la renonciation implicite à la prescription acquise). Il doit donc être conscient de l'objet de sa renonciation. En général, s'il y a déclaration expresse, le créancier peut partir du principe que le débiteur sait au moins que la prescription pourrait être acquise.

a) Divergence entre la volonté et la manifestation de volonté

- 1327 Comme pour la renonciation à la prescription en cours (N 1125), nous allons nous pencher avant tout sur la problématique de la divergence unilatérale involontaire (erreur) entre la volonté réelle du débiteur et la volonté manifestée dans sa déclaration de renonciation à la prescription acquise. Nous rappelons également, s'agissant de l'examen d'une erreur, que la renonciation à la prescription acquise est soumise en tant qu'acte juridique unilatéral aux règles concernant les vices du consentement qui s'appliquent par analogie¹²¹⁵.
- 1328 La question d'une éventuelle erreur du débiteur joue cependant un rôle nettement plus important que pour la renonciation à la prescription en cours (N 1126-1127).
- 1329 La première possibilité d'erreur est celle d'une erreur dans la déclaration. Le débiteur déclare par erreur qu'il renonce à la prescription (acquise) alors qu'il ne le voulait précisément pas ou alors, cas qui devrait être plus fréquent, il renonce à la prescription en omettant de déclarer qu'il le fait sous réserve que la prescription ne soit pas déjà acquise, alors qu'il ne voulait le faire que sous cette réserve. Les deux cas de figure sont très liés et nous examinerons la solution à leur donner en relation avec l'étude de la réserve quant à la prescription acquise (N 1372).
- 1330 La seconde possibilité d'erreur est celle d'une erreur sur les motifs. Le débiteur se fait une idée fausse de la situation. Il ne sait pas ou ne pense pas que la prescription est acquise ou alors il ignore ce que la prescription implique et y renonce malgré tout, sans faire de réserve quant à la prescription acquise. Nous aborderons cette question aussi en relation avec l'étude de la réserve quant à la prescription acquise (voir N 1373-1374).

b) Déclaration expresse

- 1331 Comme pour la renonciation à la prescription en cours, il n'est pas nécessaire que le mot « renonciation » ou « renoncer » soit utilisé dans une déclaration de renonciation à la prescription acquise, pour autant qu'elle soit claire (N 1128). Le mot « prescription » doit cepen-

¹²¹² SPIRO I, pp. 550-551.

¹²¹³ ATF 34 II 675, 679-681.

¹²¹⁴ SPIRO I, p. 546.

¹²¹⁵ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 87-89 (Tribunal cantonal zurichois). SPIRO I, p. 546.

dant ressortir clairement de la déclaration. Il faut que celle-ci manifeste la volonté du débiteur de renoncer à un droit. De manière générale, une reconnaissance de dette n'équivaut pas à une déclaration expresse de renonciation à la prescription acquise¹²¹⁶. Elle peut dans certains cas emporter renonciation implicite à la prescription acquise (N 1501-1503).

c) *Absence d'exigence de forme*

- 1332 Tout comme la renonciation à la prescription en cours, la renonciation à la prescription acquise est possible sans qu'une forme particulière ne doive être respectée¹²¹⁷ (voir N 1146).

C. Le moment possible

- 1333 Il faut que la prescription soit acquise pour que le débiteur puisse valablement renoncer à l'exception. Cela signifie qu'une déclaration peut être donnée au plus tôt le lendemain du jour de l'échéance, à 0h00. Dès ce moment, la déclaration de renonciation à la prescription acquise pourrait théoriquement être donnée à n'importe quelle date, même des dizaines d'années après l'échéance du délai. Comme il n'y a en principe pas de péremption pour les créances en droit suisse, une créance prescrite subsiste indéfiniment (N 35). La déclaration peut être faite en dehors d'un procès ou même si aucun procès n'est en vue¹²¹⁸.
- 1334 Si la déclaration de renonciation à la prescription acquise devait être donnée avant que le délai ne soit échu, elle ne pourrait être comprise que comme promesse, à savoir comme acte générateur d'obligations (N 957). La jurisprudence l'assimile alors à une renonciation à la prescription en cours (pour les détails à ce sujet, voir N 1472-1494).

Section 2 L'interprétation

A. En général: selon le principe de la confiance

- 1335 Comme pour la renonciation à la prescription en cours, l'interprétation de la renonciation à la prescription acquise doit se faire selon le principe de la confiance. Nous pouvons renvoyer *mutatis mutandis* aux développements qui ont déjà été consacrés à cette question (N 1151-1154).

B. La détermination de l'objet

- 1336 Pour déterminer l'objet d'une renonciation à la prescription acquise, il sied en premier lieu de se baser sur la déclaration elle-même. En cas d'incertitude, il faut aussi se référer aux circonstances du cas, en particulier à un éventuel échange de correspondance entre les parties. Si plusieurs obligations prescrites lient des parties (par exemple une créance en dommages-intérêts et une créance en réparation du tort moral), le débiteur peut vouloir renoncer à la prescription acquise seulement pour l'une d'elles. Dans ce cas, le créancier prudent se devrait d'inviter le débiteur à déclarer précisément pour quelle créance il renonce à la prescription acquise. Il est aussi envisageable que le débiteur ne veuille renoncer à la prescription acquise que pour une partie de la créance. A défaut de précision, il faudrait admettre que la renonciation à la prescription acquise a pour objet l'entier de la créance qui fait l'objet des discussions entre les parties. La même règle vaut si le montant de la créance lui-même est encore indéter-

¹²¹⁶ JAAC 61.90 p. 864, 869 (Commission de recours du Département militaire fédéral).

¹²¹⁷ RTC VS 59 p. 168, 172.

¹²¹⁸ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 91 (TF).

miné au moment de la déclaration de renonciation. Dans ce cas, la règle posée par le Tribunal cantonal de Saint-Gall pour la renonciation à la prescription en cours (voir N 1155) doit à notre avis aussi s'appliquer; cela signifie que la renonciation à la prescription acquise est donnée pour l'intégralité du montant de la créance¹²¹⁹.

- 1337 En ce qui concerne les droits accessoires (voir N 137-138), la renonciation à la prescription acquise déploie des effets aussi à leur égard, tout comme la renonciation à la prescription en cours, à moins que la déclaration du débiteur ne les exclue expressément ou que cette exclusion ne ressorte des circonstances¹²²⁰ (voir N 1158). Cela vaut également si ces droits accessoires sont soumis à une prescription indépendante¹²²¹. Comme pour la renonciation à la prescription en cours, la renonciation à la prescription acquise pour un droit accessoire soumis à une prescription indépendante ne déploie pas automatiquement d'effets pour la créance principale prescrite (voir aussi N 1527).

C. La réserve quant à une reconnaissance de responsabilité

- 1338 En principe, la renonciation à la prescription en cours ne vaut pas reconnaissance de responsabilité, que la réserve correspondante soit faite expressément ou non (N 1162).
- 1339 La renonciation à la prescription acquise constitue-t-elle une reconnaissance de responsabilité ou, pour reprendre les termes du Code des obligations, une reconnaissance de dette ? A notre avis, la déclaration n'a pas *per se* une telle signification. Il est en effet possible que le débiteur renonce à soulever l'exception acquise pour que l'affaire puisse être discutée ou jugée sur le principe même de l'existence d'une créance. Il n'est cependant pas à exclure que la renonciation à la prescription acquise soit combinée avec une reconnaissance de dette expresse ou qu'il ressorte des circonstances que le débiteur veuille lui donner ce sens¹²²². C'est par exemple le cas si la créance et son montant n'ont pas été contestés au cours des discussions ou lors de l'échange de correspondance entre les parties. Le créancier peut alors se baser sur le principe de la confiance pour admettre que, par sa renonciation à la prescription acquise, le débiteur veut également reconnaître la dette. La renonciation à la prescription acquise est nécessaire, car une éventuelle reconnaissance de dette ne serait d'aucune utilité pour le créancier, étant donné que la prescription ne peut plus être interrompue une fois qu'elle est acquise (voir N 165).
- 1340 A l'inverse, la question se pose de savoir si la reconnaissance de dette vaut renonciation implicite à la prescription acquise, ce qui n'est pas toujours le cas (à ce sujet, voir N 1331 et 1501-1503).

D. La réserve quant à la prescription acquise

a) Si la réserve est formulée

- 1341 Si la réserve usuelle est formulée (« pour autant que la prescription ne soit pas encore acquise »), la déclaration du débiteur est univoque. Si nous reprenons le même modèle que pour la renonciation à la prescription en cours (N 1167-1176), les hypothèses seraient les suivantes:

¹²¹⁹ RBA VI n°184 p. 361, 365.

¹²²⁰ DÄPPEN, BSK, OR 141 N 8; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11; SCHÖBI, pp. 89-90.

¹²²¹ SCHÖBI, p. 114.

¹²²² Dans ce sens: ATF 113 II 264, 269.

1342	La prescription est objectivement	Le débiteur renonce à la prescription	Le débiteur pense que la prescription est	Le créancier pense que la prescription est
1343	Acquise	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	En cours	En cours
1344	Acquise	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	En cours	Acquise
1345	Acquise	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	Acquise	En cours
1346	Acquise	Sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise	Acquise	Acquise

1347 Pour ces quatre hypothèses, la déclaration du débiteur ne déploie pas d'effets aux yeux du juge qui parvient à la conclusion que la prescription était acquise au moment de la déclaration¹²²³, cette dernière étant clairement formulée comme seule renonciation à la prescription en cours. L'opinion des parties n'est dès lors d'aucune pertinence. Le courant doctrinal selon lequel le débiteur renonçant plusieurs fois à la prescription sous réserve qu'elle ne soit pas encore acquise et excipant de la prescription (effectivement acquise) commettrait un abus de droit¹²²⁴ va à notre avis trop loin.

b) Si la réserve n'est pas formulée

1348 Si la déclaration est donnée par le débiteur sans la réserve usuelle, nous pouvons, en reprenant le même modèle que précédemment (N 1167-1176), envisager les hypothèses suivantes, tout en rappelant, comme nous l'avons fait pour la renonciation à la prescription en cours (N 1176), qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a un consentement des parties, car la déclaration de renonciation du débiteur reste dans tous les cas un acte juridique unilatéral. Il s'agit simplement d'examiner les circonstances du cas en fonction de l'opinion des parties par rapport à l'état de la prescription.

1349	La prescription est objectivement	Le débiteur renonce à la prescription	Le débiteur pense que la prescription est	Le créancier pense que la prescription est
1350	Acquise	Sans réserve	Acquise	En cours
1351	Acquise	Sans réserve	Acquise	Acquise
1352	Acquise	Sans réserve	En cours	En cours
1353	Acquise	Sans réserve	En cours	Acquise

1354 Dans la première hypothèse (N 1350), le débiteur veut selon toute vraisemblance renoncer à la prescription acquise vu la déclaration qu'il émet sans réserve et l'avis qui est le sien. Si le créancier connaît son opinion, il va probablement comprendre la déclaration du débiteur comme valant à la fois renonciation à la prescription en cours et renonciation à la prescription acquise, même s'il pense qu'elle ne l'est pas encore. Si le créancier ne sait pas ce que pense le débiteur, il pourra à notre avis faire valoir en cas de procès que le débiteur voulait renoncer à la prescription acquise. Il faut cependant relever que le créancier supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne les faits fondant l'opinion du débiteur au moment où il a fait sa déclaration (voir N 1425).

1355 La deuxième hypothèse (N 1351) est le cas classique d'une renonciation à la prescription acquise. Si le créancier connaît l'opinion du débiteur, il pourra donner de bonne foi à la déclaration de ce dernier la valeur d'une renonciation à la prescription acquise. S'il ne la connaît pas, il pourra faire valoir en cas de procès que le débiteur voulait renoncer à la prescription

¹²²³ JAB 2002 p. 185, 190 (Tribunal administratif bernois).

¹²²⁴ KRAUSKOPF, Verjährung, p. 143.

acquise. Il faut cependant relever, comme dans l'hypothèse précédente (N 1354), que le créancier supporte le fardeau de la preuve en ce qui concerne les faits fondant l'opinion du débiteur au moment où il a fait sa déclaration (voir N 1425).

1356 Les troisième et quatrième hypothèses (N 1352-1353) sont les plus problématiques. En effet, dans chacun des deux cas, il faut examiner si la déclaration du débiteur peut valoir renonciation à la prescription acquise ou non. Selon les deux hypothèses citées, le débiteur pense (ou prétend) que la prescription est en cours. Nous assimilons à cette hypothèse les cas dans lesquels le débiteur est totalement ignorant au sujet de la prescription, par exemple s'il n'en connaît pas les délais, s'il ne sait pas qu'il pourrait refuser sa prestation selon son bon vouloir ou que le créancier ne serait plus en mesure d'interrompre la prescription. En résumé, le débiteur est dans l'ignorance par rapport au droit qu'il a acquis de refuser d'exécuter sa propre prestation.

1357 En face de ce débiteur qui est dans l'ignorance (au sujet d'une situation juridique subjectivement incertaine), le créancier peut lui aussi être de l'avis que la prescription est encore en cours (N 1352). Il est néanmoins possible que le créancier pense ou sache que la prescription est acquise (N 1353). De ce fait, il pourrait être tenté d'arracher au débiteur une déclaration de renonciation exprimée sans réserve, afin de pouvoir tout de même mener un procès. Si le débiteur fait une telle déclaration, ce que nous admettons dans nos deux hypothèses, il n'est pas possible de déterminer sa réelle volonté de manière certaine sur la base de la lettre de sa déclaration.

c) Application du principe de la confiance si la réserve n'est pas formulée

1358 Le créancier doit interpréter et comprendre la déclaration du débiteur selon le principe de la confiance. Il faut donc se baser à la fois sur la déclaration et sur les circonstances particulières du cas. Parmi celles-ci, on prendra notamment en compte:

- 1359 – Un éventuel échange préalable de correspondance.
- 1360 – La connaissance que le créancier a de l'opinion du débiteur. Sait-il ce que le débiteur pense au sujet de la prescription ? Considère-t-il que le débiteur a le savoir juridique nécessaire pour se prononcer en connaissance de cause ?
- 1361 – Les connaissances du débiteur dans le domaine juridique d'un point de vue objectif.
- 1362 – L'éventuelle formulation de la déclaration par le créancier et non par le débiteur lui-même.
- 1363 – L'existence d'une éventuelle « pression » du créancier pour que le débiteur renonce.

1364 La jurisprudence donne divers exemples des hypothèses que nous avons posées, ce qui montre qu'elles ont une certaine importance pratique. Les différents critères cités ont été appliqués de manière différenciée.

1365 Dans une affaire jugée en 1995 concernant un cas de responsabilité dans un hôpital public, le Tribunal administratif bernois s'est penché sur cette question. Il a jugé que le débiteur, médecin ayant pratiqué une intervention dans un hôpital public, qui déclare renoncer à la prescription sans précision particulière ne le fait que sous la réserve habituelle, même si celle-ci n'est pas exprimée. Il a motivé son jugement en mettant particulièrement l'accent sur le fait que la patiente demanderesse avait requis la renonciation par le biais d'un mandataire alors que le débiteur n'était pas expérimenté dans le domaine juridique. Alors même que la prescription était acquise au moment où la déclaration faite sans la réserve correspondante était signée, le

Tribunal administratif bernois ne l'a admise que comme renonciation à la prescription en cours et ne lui a par conséquent donné aucun effet au cas particulier¹²²⁵.

1366 Dans un arrêt de 1975, le Tribunal cantonal vaudois a adopté une solution inverse s'agissant d'une entreprise « rompue aux problèmes touchant la garantie des défauts de l'ouvrage » et a considéré que la déclaration « il n'a jamais été dans nos intentions de faire valoir la prescription » était inconditionnelle et ne dépendait pas de la question de savoir si la prescription était déjà acquise ou non¹²²⁶.

1367 Approuvant un jugement du Tribunal cantonal neuchâtelois, le Tribunal fédéral a adopté une solution identique dans un arrêt de 1983 s'agissant d'une société d'assurance. Il a considéré qu'une telle société qui renonçait à la prescription sans émettre la réserve d'usage alors que le délai était échu renonçait également à la prescription acquise¹²²⁷.

1368 Nous estimons que ces trois arrêts méritent l'approbation, tant dans leur justification que dans leur résultat. En effet, une société d'assurance ou une entreprise de construction sont habituées à la résolution de litiges en relation avec leurs affaires et se doivent de connaître parfaitement les règles sur la prescription qui régissent leurs domaines d'activités. Le créancier qui est en pourparlers avec elles peut donc de bonne foi donner valeur de renonciation à la prescription acquise à une déclaration faite sans réserve. Tel n'est pas le cas de la déclaration émanant d'un particulier non assisté d'un mandataire, d'autant plus si le destinataire de la déclaration est conscient du problème et sait ou doit se douter que le débiteur ne maîtrise pas la question¹²²⁸.

d) *Invocation d'une erreur si la réserve n'est pas formulée*

1369 Nous devons naturellement examiner le lien existant entre la jurisprudence que nous venons d'exposer concernant l'absence de réserve (N 1364-1368) et l'invocation d'une divergence unilatérale involontaire entre la volonté et la déclaration de volonté, c'est-à-dire d'une erreur (N 1327-1330). Il est à notre avis judicieux de procéder tout d'abord à l'interprétation de la déclaration du débiteur selon le principe de la confiance, une éventuelle erreur devant être prise en compte seulement dans un deuxième temps. Cette démarche correspond par ailleurs aussi de manière générale à celle qui prévaut en droit des obligations. En effet, ces deux étapes se suivent logiquement dans l'examen de la portée de la déclaration du débiteur:

1370 — L'interprétation selon le principe de la confiance consiste en l'analyse de la déclaration elle-même et répond à la question « quel est, dans l'optique du créancier, le sens objectif de la manifestation de volonté du débiteur en vertu du principe général de la bonne foi et au regard des circonstances du cas ? ». S'il apparaît que le créancier ne pouvait pas déduire de bonne foi de la déclaration du débiteur et des circonstances qu'il voulait renoncer à la prescription acquise, l'examen d'une éventuelle erreur est inutile. La déclaration pourra tout au plus être interprétée comme renonciation à la prescription en cours (ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse) et elle n'aura aucun effet si la prescription est acquise (N 1365 et 1368).

1371 — Si le créancier peut comprendre de bonne foi la déclaration du débiteur comme renonciation à la prescription acquise, l'examen de l'existence d'une éventuelle erreur doit se faire. Cet examen répond à la question « la volonté du débiteur s'est-elle correctement formée ? » ou encore « le débiteur s'est-il trompé en faisant sa déclaration ? ». Si la réponse à la deuxième question est positive, alors une invalidation de la déclaration

¹²²⁵ JAB 1997 p. 313, 318-320.

¹²²⁶ RSJ 75 p. 132 n°31.

¹²²⁷ RBA XV n°96 p. 509, 514 (TF).

¹²²⁸ Du même avis: HÜNERWADEL, p. 130 note de bas de page 607.

est éventuellement possible selon les modalités prévues aux articles 23 à 27 et 31 CO. C'est naturellement le débiteur qui supporte le fardeau de la preuve de l'existence d'une erreur essentielle¹²²⁹.

- 1372 Deux cas de figure sont envisageables. Premièrement, le cas de l'erreur dans la déclaration. Le débiteur voulait écrire la réserve quant à la prescription acquise dans sa déclaration, mais a omis de le faire par inadvertance. Ce cas correspond à celui du débiteur qui déclare renoncer à la prescription (acquise) alors qu'il ne le voulait précisément pas (N 1329). On se trouve en présence d'une divergence unilatérale involontaire entre la volonté et la déclaration. En admettant que l'erreur n'était pas reconnaissable pour le créancier (si c'était le cas, il ne serait pas de bonne foi en considérant la déclaration comme renonciation à la prescription acquise), il s'agit selon nous bien d'une erreur essentielle au sens de l'article 24 alinéa 1 chiffre 1 CO. En effet, le débiteur renonce à un droit qu'il ne voulait pas abandonner. Il sera admis à invalider sa déclaration dans le délai d'un an dès qu'il aura découvert son erreur selon l'article 31 alinéa 2 CO, mais pourrait être contraint à indemniser le dommage négatif du créancier selon l'article 26 alinéa 1 CO, l'erreur étant à mettre sur le compte de sa propre faute, dont l'appréciation est rigoureuse selon la jurisprudence¹²³⁰. On peut songer par exemple au remboursement des frais que le créancier aurait engagés sur la base de la déclaration du débiteur en vue d'un procès ou de recevoir la prestation. La réparation d'un éventuel dommage positif selon l'article 26 alinéa 2 CO n'est en outre pas *a priori* exclue. Comme dans notre hypothèse de travail la prescription est acquise, l'interprétation de la déclaration comme renonciation à la prescription en cours selon l'article 25 alinéa 2 CO n'aurait aucune portée pratique.
- 1373 Le deuxième cas de figure possible est celui de l'erreur sur les motifs. Le débiteur renonce à la prescription acquise ou renonce à la prescription sans réserve quant à la prescription acquise, parce qu'il ne sait pas ou ne pense pas que la prescription est acquise ou encore parce qu'il ne sait pas ce que la prescription acquise signifie pour lui (N 1356). Nous rappelons ici que cette connaissance est une condition de validité de la renonciation (N 1326). Il convient de préciser que ce cas de figure n'est probablement pas très fréquent. Il y aura souvent des indices qui conduiront le juge à affirmer que le créancier ne pouvait pas donner de bonne foi à la déclaration du débiteur la valeur d'une renonciation à la prescription acquise. Ou alors, l'erreur sera reconnaissable pour le créancier. Si néanmoins le cas de figure se présentait, le juge devrait déterminer si le fait que la prescription est acquise (ou ne l'est pas) constitue, selon la loyauté commerciale, la base nécessaire de la déclaration de renonciation. A notre avis, tel est bien le cas. Nous pouvons poser de manière générale qu'en principe aucun débiteur n'accepterait de renoncer à la prescription s'il savait que ce droit lui était acquis (voir aussi N 1326). Dès lors, la déclaration faite sans la conscience qu'il renonce à un droit (parce qu'il ignore ou ne pense pas que la prescription est acquise) est entachée d'une erreur essentielle dont le débiteur peut se prévaloir pour invalider le contrat dans un délai d'un an dès la découverte de son erreur (article 31 alinéa 2 CO). A défaut d'une telle invalidation, la déclaration serait ratifiée et pourrait lui être opposée. Nous n'accordons pas le bénéfice de l'article 31 alinéa 2 au débiteur qui sait qu'il renonce à un droit acquis, mais qui n'en mesure pas la portée. Comme pour la renonciation à la prescription en cours, si le débiteur ne prend pas la peine de se renseigner sur les effets exacts de sa déclaration, il ne peut s'agir que d'une restriction mentale ou tout au plus d'une erreur sur les motifs non essentielle en vertu de l'article 24 alinéa 2 CO (voir N 1127).
- 1374 Si le débiteur invalide le contrat sur la base de l'article 24 alinéa 1 chiffre 4 CO parce qu'il ne savait pas ou ne pensait pas renoncer à un droit acquis, peut-il être amené à réparer le dom-

¹²²⁹ BECKER, BK, OR 141 N 4 (pour la renonciation implicite à la prescription acquise).

¹²³⁰ ATF 105 II 23, 27.

mage qui en résulte pour le créancier selon l'article 26 CO ? Nous l'avons clairement affirmé pour le cas de l'erreur sur la déclaration (N 1372), l'omission de la réserve quant à la prescription acquise étant fautive. Faut-il également jeter la pierre au débiteur qui ne sait pas ou ne pense pas que la prescription est acquise ? Etant donné qu'il peut parfois être très difficile pour les parties (et même pour le juge) de savoir si la prescription est acquise ou non, nous serions tenté de dire qu'il n'y a pas forcément lieu de voir une faute dans l'ignorance du débiteur à ce sujet. Toutefois, le débiteur diligent qui ne souhaite pas renoncer à la prescription acquise devrait toujours donner sa déclaration sous la réserve correspondante. En effet, cette réserve est entrée dans l'usage et celui qui ne la mentionne pas court le risque que le créancier donne à sa déclaration la signification d'une renonciation à la prescription acquise. Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que l'article 26 CO impose au débiteur d'indemniser le créancier qui subit un dommage du fait de l'invalidation.

- 1375 Nous souhaitons illustrer l'examen de l'invocation d'une erreur et son lien avec l'interprétation de la déclaration selon le principe de la confiance par un exemple jurisprudentiel. Un arrêt du Tribunal cantonal zurichois de 1966 et l'arrêt subséquent du Tribunal fédéral¹²³¹ se prêtent bien à cette illustration. Nous en résumons les faits. Le débiteur, jardinier-chef, avait causé un dommage corporel considérable à un enfant de trois ans et demi lors d'un grave accident de la circulation en date du 22.01.1947, soit lorsque l'article 44 de l'ancienne Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles¹²³² était encore en vigueur. L'alinéa 1 de cet article instaurait des délais de prescription relatif et absolu identiques à l'article 83 LCR, mais pas de disposition prévoyant que la prescription interrompue contre l'assureur l'était aussi contre le lésé ou vice versa. Le dommage exact n'a été connu que le 08.12.1963, date à laquelle une expertise a été rendue. Le délai de prescription relatif n'a ainsi commencé à courir qu'à cette date. L'assureur du débiteur a effectué un versement final le 14.08.1964. Le créancier a intenté action contre le débiteur le 16.10.1964 en demandant un versement supplémentaire de 100'000 francs plus intérêts. Selon les faits ressortant de l'arrêt, la prescription n'a jamais été interrompue contre le débiteur lui-même avant le 23.01.1957. Toutefois, le 10.01.1961, à la demande de l'avocat du créancier, le débiteur (non assisté d'un mandataire) a renoncé à la prescription jusqu'au 31.12.1962 par rapport aux prétentions en dommages-intérêts et à la réparation du tort moral, sans reconnaissance de responsabilité, mais sans réserve quant à la prescription acquise. En date du 28.12.1962, toujours à la demande de l'avocat du créancier, le débiteur a renouvelé une déclaration identique, limitée au 31.12.1963. Le 18.12.1963, l'avocat du créancier a écrit au débiteur pour lui communiquer que dans la mesure où l'affaire n'avait pas encore pu être liquidée, il devait intenter une poursuite contre lui aux fins d'interrompre la prescription, mais qu'il était disposé à la retirer si le débiteur donnait une déclaration de renonciation à la prescription dans le sens des précédentes. Le débiteur s'est opposé au commandement de payer le 03.01.1964. En outre, en réponse au courrier de l'avocat du créancier, le débiteur a déclaré par lettre du 04.01.1964 qu'il le priait de le laisser enfin en paix par rapport à cette affaire pénible et qu'il « donnait par la présente une renonciation à la prescription », sans autre précision. Le 13.01.1964, l'avocat du créancier lui a réécrit en lui expliquant que la déclaration n'était pas suffisante parce qu'imprécise et non limitée dans le temps et que, s'il souhaitait un retrait de la poursuite, il devait lui remettre une déclaration formulée comme les deux précédentes. Dans le même courrier, il lui a expliqué que la déclaration de renonciation devait permettre de liquider enfin le cas de responsabilité ainsi que servir les intérêts du créancier handicapé à vie. Il lui a aussi demandé de la compréhension à cet effet. Le débiteur n'a pas répondu à ce courrier. Dans son mémoire de réponse du 30.01.1965, le débiteur (à ce moment assisté d'un avocat) a excipé de

¹²³¹ Tous deux reproduits in ZR 67 Nr. 23 p. 84.

¹²³² Loi fédérale du 15.03.1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, RO 1932 525, 536.

la prescription dans le procès dirigé contre lui, en invoquant en particulier une erreur sur la base nécessaire du contrat dans le sens où il n'aurait pas compris les déclarations de renonciation et aurait fait une déclaration diamétralement opposée à sa volonté.

- 1376 Le Tribunal cantonal zurichois a, tout comme la première instance, rejeté l'exception de prescription. Nous renonçons à développer ici l'intégralité des considérants sur la supputation des délais. Le tribunal est parvenu à la conclusion (à notre avis exacte) que la prescription était acquise envers le débiteur au moment où les déclarations de renonciation à la prescription ont été faites. Concernant l'invocation de l'erreur dans le mémoire de réponse, les juges se sont limités à l'examen de la dernière déclaration de renonciation à la prescription, celle donnée le 04.01.1964. Ils ont considéré qu'au plus tard lorsqu'il avait reçu le courrier de l'avocat du créancier du 13.01.1964 qui expliquait bien le but de la renonciation à la prescription, le débiteur aurait dû être au clair sur son erreur quant au sens de la déclaration de renonciation qu'il avait faite. L'erreur n'ayant pas été invoquée avant le mémoire de réponse du 30.01.1965, à savoir plus d'un an après sa découverte, le tribunal a jugé que la déclaration avait été ratifiée. Malgré cette conclusion claire, le tribunal a encore discuté la question de savoir si le débiteur avait été dans l'erreur par rapport à la portée de sa déclaration faite au début 1964. Les juges ont expliqué qu'une telle déclaration ne comportait aucun élément nouveau pour lui, étant donné qu'il en avait signé deux autres clairement formulées précédemment et qu'en outre, l'avocat du créancier lui avait expliqué dans son courrier du 18.12.1963 qu'il exigeait une telle déclaration parce que le cas n'avait pas encore pu être liquidé dans l'année en cours. Les juges n'ont pas accordé d'importance au fait que l'avocat du créancier avait expliqué, dans son courrier du 13.01.1964, que la déclaration donnée le 04.01.1964 était insuffisante parce qu'imprécise et non limitée dans le temps. Ils en ont simplement déduit que l'avocat souhaitait une situation juridiquement claire. Sur la base de tous ces éléments, le tribunal est parvenu à la conclusion que l'invocation de l'erreur seulement dans le cadre du procès serait de toute manière contraire aux règles de la bonne foi (article 25 CO). Les juges ont finalement considéré que si, au vu de l'évolution du cas et des circonstances, le débiteur n'était pas en mesure de saisir le sens de sa déclaration, il y aurait lieu de douter de sa capacité de discernement (!), mais que des indices allant dans ce sens ne se trouvaient pas dans le dossier de la cause.
- 1377 Saisi d'un recours contre cet arrêt, le Tribunal fédéral a tout d'abord jugé que la déclaration donnée par le débiteur au début 1964 n'était en aucune manière entachée de nullité et qu'elle était univoque (« *unmissverständlich* »). Par rapport à la question de l'erreur invoquée, le Tribunal fédéral s'est réfugié derrière le jugement de la dernière instance cantonale dans la mesure où il a établi les faits. Il s'est dit lié par la constatation du Tribunal cantonal zurichois selon laquelle le débiteur ne pouvait pas s'être trompé sur la portée de sa déclaration. Par rapport à l'argument du débiteur selon lequel il croyait par erreur que la prescription n'était pas encore acquise lorsqu'il avait reçu le courrier du 18.12.1963 car ce dernier parlait d'interruption de la prescription, le Tribunal fédéral a expliqué que le Tribunal cantonal zurichois avait exclu cette erreur d'argumentation de l'avocat du créancier comme cause ou en tous cas comme cause essentielle de la renonciation donnée par le débiteur. Finalement, le Tribunal fédéral a admis que le débiteur avait découvert l'erreur dès réception du courrier de l'avocat du créancier du 13.01.1964, ainsi que le Tribunal cantonal zurichois l'avait établi de manière contraignante. Pour toutes ces raisons, le recours a été rejeté¹²³³.
- 1378 Nous sommes bien conscient du fait que ces deux arrêts datent de 40 ans et que la jurisprudence a évolué depuis lors à bien des égards. Il nous semble toutefois intéressant de montrer la solution que nous donnerions aujourd'hui aux problèmes posés. Par ailleurs, les normes applicables n'ont pas changé et la méthodologie juridique est restée pour l'essentiel la même.

¹²³³ Les considérants du TF (arrêt de 1967) sont reproduits in ZR 67 Nr. 23 p. 84, 90-93.

- 1379 Indépendamment de la conclusion à laquelle elles sont parvenues concernant l'examen de l'existence d'une erreur, le raisonnement juridique des deux instances nous paraît critiquable. En effet, les deux tribunaux ont examiné la question d'une erreur dans la déclaration du débiteur avant de procéder à l'interprétation de sa déclaration. Or, il convient toujours de se demander en premier lieu si la déclaration du débiteur vaut renonciation à la prescription acquise, avant d'examiner si sa volonté est viciée. Les deux tribunaux auraient tout d'abord dû interpréter la déclaration du débiteur et appliquer à cet effet le principe de la confiance (voir N 1369-1371). Le Tribunal fédéral aurait pu le faire sans autre, l'interprétation d'une déclaration de volonté étant une question de droit et non de fait, le juge étant toujours tenu d'appliquer le droit d'office par rapport aux faits que lui soumettent les parties.
- 1380 Si nous avons résumé les faits de manière assez complète pour ces arrêts (N 1375), c'est précisément pour montrer que divers éléments auraient dû éveiller les soupçons des juges chargés d'apprécier la déclaration du débiteur, à savoir:
- 1381 – Le débiteur était jardinier-chef et la résolution d'un cas compliqué de dommage corporel en droit de la responsabilité civile n'était manifestement pas de son domaine d'activité.
 - 1382 – Le débiteur n'était pas assisté d'un avocat au moment où il a fait ses déclarations de renonciation à la prescription.
 - 1383 – Les deux premières déclarations de renonciation ont été rédigées par l'avocat du créancier.
 - 1384 – On ne peut pas raisonnablement admettre que le débiteur était suffisamment formé pour comprendre les subtilités d'un système complexe de délais de prescription, l'un relatif et l'autre absolu, chacun étant d'une durée différente.
 - 1385 – Le débiteur pouvait légitimement penser que l'affaire n'était pas encore réglée, vu que, de toute évidence, son assureur était encore en train de négocier l'affaire, ainsi que l'indique le paiement effectué dans le courant de 1964.
 - 1386 – Le débiteur pouvait de bonne foi croire que l'avocat était en mesure d'obtenir de lui-même le même résultat que celui recherché par la déclaration de renonciation, étant donné que l'avocat lui avait fait savoir qu'une poursuite avait été intentée contre lui à cet effet.
 - 1387 – La demande du débiteur faite dans son courrier du 04.01.1964 de le laisser en paix montre suffisamment qu'il souhaitait dans toute la mesure du possible ne plus entendre parler de cette affaire. Il faut donc en déduire que s'il avait su l'affaire prescrite, il n'aurait pas déclaré renoncer à la prescription.
- 1388 Sur la base de tous ces éléments, l'avocat du créancier ne pouvait pas, d'après les circonstances du cas, donner de bonne foi à la déclaration du débiteur la valeur d'une renonciation à la prescription acquise. Le fait que le débiteur n'ait pas répondu à son courrier du 13.01.1964 était pour lui un indice supplémentaire que le débiteur ne voulait pas renoncer à un quelconque avantage, mais tout au plus à une prescription encore en cours. Les deux instances ont donc admis à tort que la déclaration en cause et les précédentes valaient renonciation à la prescription acquise. Elles auraient dû admettre l'exception soulevée par le débiteur. L'examen d'une éventuelle erreur devient ainsi superflu. Par ailleurs, l'erreur, qui était essentielle dans la mesure où le débiteur pouvait de bonne foi croire que l'affaire n'était pas encore prescrite (N 1373), avait été manifestement reconnaissable pour le créancier assisté d'un mandataire.

Section 3 Les effets sur la prescription

A. Le délai recommence à courir

- 1389 Lorsque la prescription est acquise, le débiteur est libre de soulever l'exception. S'il renonce à la prescription acquise, il renonce à cette possibilité. Concernant les effets de la renonciation à la prescription acquise sur le cours de la prescription, la loi est muette. Deux solutions sont envisageables:
- 1390 – Selon la première, la prescription resterait acquise, mais l'exception ne pourrait simplement pas être soulevée. Dans cette hypothèse, conformément à la règle générale (N 165), la prescription ne pourrait plus être interrompue ou suspendue.
- 1391 – Selon la seconde, la situation après une renonciation à la prescription acquise serait la même que si le délai recommençait à courir. Ainsi, la prescription pourrait de nouveau être interrompue et suspendue selon les règles générales pendant le nouveau délai correspondant par sa durée au délai originaire, sans pour autant que la déclaration ne déploie un effet novateur (N 1005).
- 1392 Le Tribunal fédéral s'est prononcé en faveur de la seconde solution¹²³⁴. Il a été suivi par les instances cantonales¹²³⁵ et la doctrine¹²³⁶. Cette solution est la plus logique et certainement celle pour laquelle le législateur aurait opté s'il avait réglé cette question. Elle permet au créancier de disposer de toute la palette des actes interruptifs de l'article 135 chiffre 2 CO pour faire valoir ses droits et de supputer les délais selon les règles générales (voir N 120-122). Elle favorise ainsi la sécurité du droit.
- 1393 En outre, cette solution implique que si un délai court, il va forcément devoir arriver un jour à échéance, empêchant ainsi que le débiteur ne fasse une déclaration d'imprescriptibilité prohibée (N 948).
- 1394 La déclaration par laquelle le débiteur révoque expressément l'exception de prescription qu'il a déjà soulevée (alors que la prescription est effectivement acquise) déploie les mêmes effets sur la prescription qu'une renonciation à la prescription acquise¹²³⁷. S'il ne fait qu'abandonner ce moyen de défense dans un procès sans autre précision, le juge devra examiner s'il y a éventuellement renonciation implicite à la prescription acquise (N 1544-1546).

B. Le débiteur peut-il se départir de sa déclaration ?

- 1395 Si le débiteur renonce à la prescription acquise sans limiter sa déclaration dans le temps, un nouveau délai commence à courir (N 1408). Cela peut entraîner pour lui une incertitude supplémentaire de longue durée. Dans le cadre de sa théorie de réduction téléologique (N 1056), KESSLER considère que le fait d'admettre sans réserve la renonciation à la prescription acquise irait au-delà du but de l'article 141 alinéa 1 CO. Afin de maintenir la réduction téléologique de la norme aussi mesurée que possible et d'éviter de lier le débiteur trop longtemps (par exemple si l'état des preuves est en sa défaveur), il préconise de permettre à ce dernier de se départir en tout temps de sa déclaration de renonciation à la prescription acquise, moyennant octroi au créancier d'un délai de 60 jours pour introduire action ou interrompre

¹²³⁴ ATF 99 II 185, 192-194.

¹²³⁵ JAB 1997 p. 313, 319 (Tribunal administratif bernois); SG GVP 1997 n°45 p. 101 (Tribunal de cassation de Saint-Gall).

¹²³⁶ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 56; GAUCH, Le contrat d'entreprise, N 2284; KESSLER, pp. 110 et 142; KRAUSKOPF, thèse, N 334; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 107.

¹²³⁷ BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 59; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 486.

d'une autre manière la prescription, par application analogique de l'article 139 CO¹²³⁸. A notre connaissance, son opinion est restée isolée sur ce point¹²³⁹. Nous ne pouvons pas nous y rallier. Nous avons déjà pris position concernant la réduction téléologique de manière générale (N 1099). Concernant le fait d'admettre que le débiteur puisse se départir en tout temps de sa renonciation à la prescription acquise moyennant octroi d'un délai supplémentaire au créancier, ladite théorie n'a aucune légitimité au regard du texte de la loi et ne trouve aucun appui dans la jurisprudence. Etant donné que le créancier pourrait malgré tout interrompre la prescription dans un certain délai, le souhait de KESSLER d'empêcher un engagement excessif resterait lettre morte. Le débiteur qui veut limiter l'effet de sa déclaration dans le temps est libre de ne renoncer à la prescription acquise que pour une durée déterminée.

C. La durée maximale

- 1396 Comme pour la renonciation à la prescription en cours (N 1199), la durée maximale d'une renonciation à la prescription acquise correspond au maximum à la portion du délai qui s'est écoulée. Vu que la prescription est acquise, la renonciation peut donc porter sur l'entier du délai originaire (éventuellement modifié par convention).
- 1397 Selon nous, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral n'implique pas que le débiteur peut dans tous les cas renoncer à la prescription acquise pour dix ans. A ce sujet, nous renvoyons aux développements concernant la renonciation à la prescription en cours qui s'appliquent *mutatis mutandis* (N 1200-1202).
- 1398 Est-il également possible dans certains cas d'interpréter une renonciation à la prescription acquise pour une durée supérieure à celle du délai originaire comme proposition de modification conventionnelle, ainsi que nous le préconisons pour la renonciation à la prescription en cours (N 1202 et 1255) ? Cela revient à se demander si le débiteur, respectivement les parties, peuvent prévoir qu'un délai plus long que le délai originaire courra entre le moment de la renonciation à la prescription acquise et le moment de l'échéance du nouveau délai. Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de répondre par l'affirmative. Certes, une modification conventionnelle ne peut en principe plus intervenir lorsque le délai est échu (N 699). Toutefois, le débiteur qui renonce à la prescription acquise accepte d'être mis dans la même situation que si la prescription n'était pas acquise, ce qui englobe aussi la faculté pour les parties de modifier conventionnellement les délais qui peuvent l'être. Le fait qu'il y ait eu une solution de continuité (la prescription n'a pas couru sans discontinuer) ne constitue pas un obstacle à une telle convention. En outre, une prolongation de la durée de la prescription au-delà du délai originaire pourrait être obtenue par le créancier vu qu'il est de nouveau admis à interrompre la prescription (N 1391-1392). Finalement, il serait tout à fait possible que le délai originaire ait été modifié par la convention des parties et soit déjà plus long que le délai légal, ce qui signifie que la renonciation pourrait de toute manière dépasser le délai légal. Par conséquent, il faut retenir qu'une renonciation à la prescription acquise pour une durée supérieure à celle du délai originaire pourrait, le cas échéant, être admise comme modification conventionnelle du nouveau délai qui court, par analogie à ce qui vaut pour la renonciation à la prescription en cours (N 1202 et 1255). Vu que la prémisse à une telle modification est obligatoirement une renonciation à la prescription acquise du débiteur en connaissance de cause (N 1326), nous ne voyons rien de choquant à tolérer une telle convention.
- 1399 Concernant la durée maximale de la renonciation à la prescription acquise, la situation peut être résumée comme suit:

¹²³⁸ KESSLER, pp. 90-91.

¹²³⁹ Voir aussi KRAUSKOPF, Verjährung, p. 141.

- 1400 — La durée maximale de la renonciation à la prescription acquise est égale à la durée du délai (éventuellement modifié par convention) qui a déjà couru (N 1396).
- 1401 — Si la renonciation est donnée pour une durée plus longue que celle de la portion du délai qui s'est déjà écoulée, elle peut alors éventuellement être interprétée comme modification conventionnelle pour le surplus (voir N 1398, 1429-1430), mais doit rester dans les limites fixées pour la durée d'une modification conventionnelle, à savoir dix ans (N 757). Une telle interprétation est toutefois exclue pour les délais du titre troisième du Code des obligations (N 750). Pour ces derniers ainsi que pour tous les délais absolument invariables (N 840-861), seule la renonciation égale à la durée du délai est possible. Une prolongation jusqu'à la durée de dix ans est possible sans réserve lorsque le débiteur reconnaît la dette selon les exigences fixées à l'article 137 alinéa 2 CO en même temps qu'il renonce à la prescription acquise (voir N 172 et 1339). Il ne saurait toutefois être toléré de renonciation à la prescription acquise sans limite de temps, de telle sorte que la dette devienne imprescriptible, contrairement à l'opinion de KOLLER¹²⁴⁰ (voir aussi N 552).
- 1402 — Parfois, la loi prévoit un très long délai de prescription, supérieur à dix ans (voir par exemple les délais cités dans la catégorie des délais absolument invariables, N 847, 851, 855, 856, 857 et 860). La renonciation à la prescription acquise est possible pour toute la durée du délai, même si elle est supérieure à dix ans. De même, il serait possible qu'une renonciation puisse être interprétée comme modification conventionnelle (voir N 1429-1430) pour une durée supérieure à dix ans (N 758-759), étant rappelé que cela ne serait pas problématique au regard de l'article 27 CC (N 760).

D. La détermination de la durée au cas particulier

- 1403 Comme pour la renonciation à la prescription en cours, la durée de la renonciation à la prescription acquise est laissée à la libre appréciation du débiteur, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté (N 1207). Si la déclaration n'est pas claire au sujet de sa durée, elle s'interprète selon le principe de la confiance (N 1335 et 1151-1154).
- 1404 Nous pouvons établir les règles de base suivantes pour la détermination de la durée de la renonciation à la prescription acquise:
- 1405 — Si sa durée est exprimée en jours, en mois ou en années, la prolongation de la durée de la prescription doit se faire en ajoutant la durée exprimée dès le moment de la déclaration et non dès la fin ordinaire du délai de la prescription acquise (voir aussi N 1211).
- 1406 *Exemple: par rapport à un accident de la circulation survenu le 22.08.2004 dont le lésé et le dommage sont connus le jour même, l'assureur de responsabilité civile du détenteur du véhicule responsable renonce à bien plaisir, pour lui-même et pour son assuré, à la prescription acquise envers le lésé le 11.12.2006, pour une durée de dix mois. La renonciation de l'assureur ne signifie pas que le nouveau délai sera échu le 22.06.2007 (= 22.08.2006 plus dix mois) mais le 11.09.2007 (= 11.12.2006 plus dix mois).*
- 1407 — Si la durée est exprimée par l'échéance d'un jour précis, il n'y a pas de difficulté particulière. Il faut cependant considérer qu'une prolongation en raison d'un samedi (N 122), d'un dimanche ou d'un jour férié reste possible (pour un exemple, voir N 1214 par analogie).
- 1408 — Si aucune durée n'est exprimée et qu'elle ne ressort pas par déduction d'un échange de correspondance, il faut à notre avis considérer que la renonciation à la prescription ac-

¹²⁴⁰ KOLLER, RSJ 103, p. 196.

quise fait courir un délai dont la durée correspond à celle du délai original (donc aussi d'un éventuel délai modifié par convention). Comme pour la renonciation à la prescription en cours, nous ne pensons pas qu'il s'agisse dans tous les cas d'un délai de dix ans (voir N 1215; pour un exemple, voir N 1216 par analogie; en ce qui concerne la pluralité de délais, voir N 1409-1422).

E. La pluralité de délais de prescription

1409 Lorsque le débiteur renonce à la prescription acquise sans indication de durée précise, sa déclaration fait en principe courir un délai dont la durée correspond à celle du délai original (N 1408). Lorsqu'une créance est soumise à deux voire trois délais de prescription (N 117-118), il faut déterminer lequel a vocation à s'appliquer suite à la renonciation.

1410 Dans la mesure où la prescription doit être acquise pour que la question se pose, seules les hypothèses suivantes sont possibles:

1411	Le délai relatif	Le délai absolu	Le délai extraordinaire
1412	est échu	est en cours	n'existe pas / est échu
1413	est en cours	est échu	n'existe pas / est échu
1414	est échu	est échu	n'existe pas / est échu
1415	n'a pas encore couru	est échu	n'existe pas / est échu

1416 Pour que la prescription soit acquise sur le plan civil, il est nécessaire que le délai extraordinaire soit arrivé à échéance, qu'il soit plus long ou plus court que le délai absolu. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si la prescription (absolue) de l'action pénale est survenue, une interruption n'est plus susceptible de faire courir un délai qui corresponde au délai extraordinaire, mais seulement aux délais ordinaires du droit de la responsabilité civile (N 165). Par analogie avec cette jurisprudence concernant l'interruption, nous sommes d'avis que la renonciation à la prescription acquise donnée sans limite de temps ne fait en aucun cas courir un nouveau délai ayant la durée du délai extraordinaire. Comme son nom l'indique, ledit délai est extraordinaire et ne doit avoir d'importance que tant que le responsable peut être recherché sur le plan pénal. Il ne se prête pas à servir de base à une supputation du délai après une renonciation à la prescription acquise. Partant, notre examen ne se fera qu'à l'aide des délais relatif et absolu.

1417 Dans la première hypothèse (N 1412), la renonciation à la prescription acquise ne peut porter que sur le délai relatif. Toutefois, la renonciation qui interviendrait pour un temps déterminé ou même sans indication de temps engloberait également le délai absolu. En effet, il est logique de considérer que la renonciation à la prescription acquise vaudrait également renonciation à la prescription pour le délai qui serait théoriquement encore en cours.

1418 *Exemple: l'assureur de responsabilité civile du détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.1997 et dont le dommage est connu le 15.07.2004 renonce à bien plaisir à la prescription acquise envers le lésé le 15.09.2006. La déclaration de renonciation est limitée au 31.12.2007. La prescription absolue qui n'est pas encore acquise au moment de la déclaration serait en principe acquise le 15.08.2007 selon l'article 83 alinéa 1 LCR. Toutefois, la déclaration de renonciation englobe à notre avis également une renonciation à la prescription décennale qui est encore théoriquement « en cours », si bien que le nouveau délai qui court ne sera échu que le 31.12.2007 pour les deux délais.*

1419 Dans la deuxième hypothèse (N 1413), la renonciation à la prescription acquise ne peut porter que sur le délai absolu et n'empêchera donc pas le délai relatif d'arriver à échéance. Néanmoins, il conviendrait d'examiner, comme nous l'avons fait pour la renonciation à la pres-

cription en cours (N 1221), si la renonciation à la prescription acquise pour le délai absolu n'implique pas également une renonciation à la prescription théoriquement encore en cours selon le délai relatif, respectivement une proposition de modification conventionnelle de ce délai, dont l'acceptation peut être présumée (N 1255 et 1398).

1420 *Exemple: l'assureur de responsabilité civile du détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.1996 et dont le dommage est connu le 05.07.2005 renonce à la prescription acquise envers le lésé le 15.09.2006. La déclaration de renonciation est limitée au 31.12.2009. La prescription selon le délai relatif serait en principe acquise le 05.07.2007 selon l'article 83 alinéa 1 LCR et non seulement le 31.12.2009. Toutefois, dans ce cas, il conviendrait de considérer la renonciation à la prescription acquise comme valant proposition de modifier aussi le délai relatif, si bien que la prescription ne sera acquise pour les deux délais que le 31.12.2009.*

1421 La troisième hypothèse (N 1414) ne pose pas de problème particulier. La renonciation à la prescription acquise porte sur les deux délais. Si elle intervient sans indication de temps, le nouveau délai sera échu après l'écoulement du laps de temps égal à la durée du délai relatif. Si la renonciation est donnée pour une durée supérieure à celle du délai relatif, il y aura alors lieu de considérer qu'il s'agit d'une proposition de modification conventionnelle (licite) dudit délai, dont l'acceptation peut être présumée (N 1255, 1398, 1429-1430).

1422 La quatrième hypothèse (N 1415) est très semblable à la deuxième et nous pouvons renvoyer à ce qui a été dit à ce sujet (N 1419-1420).

F. Le moment des effets et la supputation des délais

1423 Tout comme la renonciation à la prescription en cours, la renonciation à la prescription acquise est un acte juridique unilatéral. Si elle fait l'objet d'une manifestation de volonté directe, elle déploie ses effets immédiatement. Si elle est donnée de manière indirecte, par voie de correspondance, ses effets se produisent dès sa réception par le créancier. Sur ce point, nous pouvons pour le surplus renvoyer aux développements concernant la renonciation à la prescription en cours qui valent également pour la renonciation à la prescription acquise *mutatis mutandis* (voir N 1229-1243, les dates des exemples aux N 1230, 1234 et 1242 devant être adaptées de telle sorte qu'au moment où les diverses déclarations sont données, la prescription soit acquise).

Section 4 Le fardeau de la preuve

1424 C'est le créancier seul qui supporte le fardeau de la preuve concernant une éventuelle prolongation de la durée de la prescription par une interruption ou une suspension (N 251) ou par une renonciation à la prescription en cours (N 1245). La renonciation à la prescription acquise n'a pas pour effet de prolonger le délai échu, mais plutôt de faire courir un nouveau délai (N 1391-1392). Le résultat est toutefois comparable à celui d'une renonciation à la prescription en cours, avec la seule exception qu'il y a une solution de continuité (le délai n'a pas couru sans arrêt). Il est dès lors logique de faire supporter le fardeau de la preuve de l'existence d'une renonciation à la prescription acquise au créancier. Bien entendu, il n'a pas à prouver que cette renonciation est intervenue à temps comme pour les cas de prolongation, car elle intervient après l'échéance du délai (N 251). Le créancier diligent veillera à avoir une confirmation écrite dûment datée et signée de la part du débiteur, à moins qu'il ne s'agisse d'une renonciation implicite à la prescription acquise (N 1495-1549).

- 1425 Si le créancier est tenu de prouver l'existence d'une renonciation à la prescription acquise, il ne doit en revanche pas démontrer que le débiteur était conscient de renoncer à un droit acquis (N 1326). S'il y a une déclaration expresse, cette conscience peut en règle générale être considérée comme donnée (pour la renonciation implicite à la prescription acquise, voir N 1499). Si cette conscience est contestée, le créancier supporte le fardeau de la preuve non concernant la conscience elle-même (qui ne peut être prouvée) mais quant aux faits qui attestent qu'elle était donnée ou qu'elle aurait dû l'être en fonction de toutes les circonstances. Le débiteur est admis à la contre-preuve. Le juge procédera à une interprétation selon le principe de la confiance sur la base des faits que lui livrent les parties (N 1335 et 1348-1368). Le débiteur reste libre d'invoquer, le cas échéant, une erreur pour laquelle il supporte toutefois lui-même le fardeau de la preuve et doit en outre respecter le délai fixé (N 1327-1330 et 1369-1374; pour la renonciation implicite à la prescription acquise, voir N 1499).
- 1426 Comme pour la renonciation à la prescription en cours (N 1246-1251), le fardeau de la preuve du moment des effets d'une renonciation à la prescription acquise doit être examiné. A notre avis, c'est au débiteur de prouver les faits fondant le moment à partir duquel sa déclaration a déployé ses effets, s'il veut faire valoir que le créancier n'a pas introduit son action en justice dans le délai qui lui a été concédé. Cette répartition du fardeau de la preuve correspond à la règle générale (N 246). En effet, le point de départ des effets de la déclaration est un fait qui fonde le droit du débiteur à refuser sa prestation et non le droit du créancier à la réclamer. Le créancier est naturellement admis à la contre-preuve, mais ne supporte pas à proprement parler le fardeau de la preuve (voir N 250).
- 1427 Concernant la renonciation implicite à la prescription acquise (N 1495-1549), le principe du fardeau de la preuve ne change pas.

Section 5 La sanction

- 1428 La doctrine et la jurisprudence admettent sans autre la validité de la renonciation à la prescription acquise. Nous avons déjà mentionné les restrictions préconisées par KESSLER et le fait que son opinion est à notre connaissance restée isolée (N 1395). Si la renonciation à la prescription acquise vient à être donnée sous forme de promesse, c'est-à-dire avant l'échéance du délai, le Tribunal fédéral l'assimile à une renonciation à la prescription en cours, ce qui permet d'éviter la sanction de la nullité prévue à l'article 141 alinéa 1 CO (à ce sujet, voir N 1472-1494).
- 1429 Il est possible qu'une renonciation à la prescription acquise soit donnée pour une durée supérieure à celle du délai qui a couru originellement. Etant donné que la situation est la même que si ce délai recommençait à courir, il y aurait en fait une forme de renonciation anticipée. Pour déterminer l'admissibilité d'une telle renonciation, il y a lieu de procéder comme nous l'avons préconisé pour la renonciation à la prescription en cours, en deux étapes:
- 1430 — Il faut examiner tout d'abord si la renonciation à la prescription acquise peut également être interprétée comme proposition de modifier conventionnellement le nouveau délai qui court, ce qui serait licite pour tous les délais susceptibles d'être modifiés (N 1398). Dans ce cas, l'accord du créancier peut être présumé (pour les détails à ce sujet, voir N 1255-1256).
- 1431 — Si une telle interprétation n'est pas possible parce qu'il s'agit d'un délai absolument invariable ou si la renonciation reste excessive, il y a alors lieu de considérer la déclaration de renonciation à la prescription acquise comme partiellement nulle (pour les détails à ce sujet, voir N 1257-1261).

- 1432 A notre avis, le débiteur qui se prévaudrait de la nullité partielle d'une renonciation à la prescription acquise excessive ne se rendrait pas coupable d'un abus de droit (voir N 1265).
- 1433 Par ailleurs, le débiteur qui exciperait de la prescription alors qu'il a renoncé valablement à la prescription acquise ne commettrait pas davantage un abus de droit¹²⁴¹. Son exception devrait simplement être rejetée aussi longtemps que le nouveau délai n'est pas échu.

Section 6 La pluralité de débiteurs

A. Les règles applicables

- 1434 Dans notre exposé relatif à la renonciation à la prescription en cours, nous sommes arrivés à la conclusion que les alinéas 2 et 3 de l'article 141 CO s'appliquent aussi bien à la renonciation à la prescription en cours qu'à la renonciation à la prescription acquise (N 1266-1277).
- 1435 En ce qui concerne certains cas dans lesquels plusieurs débiteurs sont obligés, nous pourrions nous limiter à renvoyer aux développements concernant la renonciation à la prescription en cours, en apportant le cas échéant les précisions nécessaires.

B. La solidarité parfaite et le concours de prétentions

- 1436 La renonciation à la prescription acquise ne vaut pas contre un codébiteur en cas de concours de prétentions (voir N 1280 pour la renonciation à la prescription en cours). Le Tribunal cantonal zurichois s'est exprimé dans ce sens dans un arrêt de 1967 dont il a déjà été question dans un autre contexte (N 1375-1376)¹²⁴².
- 1437 Pour le surplus, nous renvoyons aux développements concernant la solidarité parfaite et le concours de prétentions en relation avec la renonciation à la prescription en cours (N 1278-1280).

C. La dette indivisible

- 1438 Sur ce point, nous renvoyons intégralement aux explications relatives à la renonciation à la prescription en cours (N 1281).

D. Le cautionnement

- 1439 Ce que nous avons exposé sur le cautionnement en relation avec la renonciation à la prescription en cours s'applique également à la renonciation à la prescription acquise (N 1282-1284).
- 1440 L'article 502 alinéa 2 CO rappelle que si le débiteur principal renonce à la prescription acquise, sa renonciation n'est pas opposable à la caution qui conserve le droit d'exciper de la prescription. Cette disposition correspond ainsi dans une large mesure à l'article 141 alinéa 3 CO. SPIRO relève toutefois à juste titre que l'article 141 alinéa 3 CO permet à la caution d'exciper de la prescription en cas de renonciation à la prescription acquise du débiteur principal si la prescription est acquise pour elle-même, tandis que l'article 502 alinéa 2 lui permet de le faire même si la prescription contre elle-même n'est pas encore acquise¹²⁴³. Ce dernier

¹²⁴¹ *Contra*: GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 564.

¹²⁴² ZR 67 Nr. 23 p. 84, 86-87. Voir aussi SPIRO I, p. 551.

¹²⁴³ SPIRO I, p. 551 note de bas de page 12.

cas de figure est tout à fait envisageable, par exemple si le créancier n'a interrompu la prescription que contre la caution, un tel acte interruptif ne déployant aucun effet envers le débiteur principal (article 136 alinéa 3 CO).

1441 De même que pour la renonciation à la prescription en cours (N 1283), il va de soi que si la caution renonce à la prescription acquise, le créancier ne pourra pas pour autant rechercher le débiteur principal¹²⁴⁴.

1442 Ces règles nous conduisent à distinguer trois situations:

1443 – La prescription est acquise envers le débiteur principal et envers la caution. Dans ce cas, la loi impose à la caution de soulever l'exception de prescription contre le créancier (article 502 alinéa 1 CO). Il en découle une situation très particulière sur le plan juridique. La loi sanctionne en quelque sorte la caution qui renonce à la prescription acquise pour elle-même. Si elle le fait malgré tout, elle sera déchue de son droit de recours contre le débiteur principal (article 502 alinéa 3 CO). En outre, la renonciation à la prescription acquise de la caution ne sera d'aucun bénéfice pour le créancier à l'encontre du débiteur principal (N 1441). Dans ce cas de figure (prescription acquise envers les deux coobligés), le débiteur principal reste naturellement libre de renoncer à la prescription acquise pour lui-même, sans effet pour la caution (N 1440).

1444 – La prescription est acquise envers le débiteur principal, mais pas à l'égard de la caution. Dans ce cas, la caution est également tenue de faire valoir la prescription contre le créancier qui la recherche (article 502 alinéa 1 CO), sous peine d'être déchue de son droit de recours (article 502 alinéa 3 CO). La loi prévoit néanmoins deux exceptions à cette règle rigoureuse. La première exception est celle de la caution qui parvient à prouver que c'est sans sa faute qu'elle ignorait que la dette principale était prescrite (article 502 alinéa 3 *in fine* CO). La deuxième exception concerne le cautionnement donné pour une dette prescrite sur mandat du débiteur principal (article 507 alinéa 6 CO). Le droit de recours est remplacé par une responsabilité selon les règles du mandat, en application du principe de l'article 507 alinéa 3 CO¹²⁴⁵. Cette exception se justifie parce qu'un cautionnement donné sur un tel mandat entraînerait dans tous les cas une renonciation (au moins implicite) du débiteur principal et de la caution à la prescription acquise envers le créancier (N 1509). Si le cautionnement est donné pour une dette prescrite sans mandat du débiteur mais en connaissance de cause (article 492 alinéa 3 et 502 alinéa 1, 2^e phrase CO), seule la caution renonce (au moins implicitement) à la prescription acquise, ce qui ne lie évidemment pas le débiteur principal et ne saurait donner lieu à un droit de recours.

1445 – La prescription est acquise envers la caution, mais pas à l'égard du débiteur principal. Ce cas de figure est sans doute rare dans la pratique, vu que le créancier qui interrompt la prescription contre le débiteur principal le fait aussi contre la caution (article 136 alinéa 2 CO). Ledit cas est néanmoins possible si la prescription est interrompue par et non contre le débiteur principal (voir N 1274). Si la caution renonce à la prescription acquise pour elle-même, sa déclaration est sans préjudice pour le débiteur principal, contre lequel la prescription court encore. Bien que la loi ne règle pas expressément cette hypothèse, la caution ne perdrait pas son droit de recours contre le débiteur principal, car ce dernier est encore obligé envers le créancier et bénéficierait d'un éventuel paiement effectué par la caution (N 1459).

¹²⁴⁴ SPIRO I, p. 551.

¹²⁴⁵ MEIER, CR-CO I, art. 507 N 20.

E. Le recours

- 1446 En ce qui concerne l'action récursoire, la renonciation à la prescription acquise pose des problèmes bien plus complexes que la renonciation à la prescription en cours (N 1285-1288).
- 1447 La manière dont l'action récursoire se prescrit fait l'objet de plusieurs théories et il ne nous appartient pas de trancher à ce sujet¹²⁴⁶. Nous nous basons simplement sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (N 112) et sur les lois qui régissent expressément cette question, étant précisé que lorsque la loi prévoit seulement une subrogation, il existe en principe aussi une prétention récursoire¹²⁴⁷. Etant donné que l'exercice d'un recours fait intervenir au moins trois parties, il est tout à fait envisageable que la prescription ne soit pas acquise simultanément pour les différents rapports juridiques en présence. Nous ne souhaitons pas étudier toutes les hypothèses, mais seulement celles pouvant donner lieu à des problèmes en relation avec une renonciation à la prescription acquise. Il s'agit des hypothèses suivantes:

1448	La prescription de l'action récursoire (éventuelle) est	La prescription de l'action du créancier contre le demandeur (éventuel) à l'action récursoire est	La prescription de l'action du créancier contre le défendeur (éventuel) à l'action récursoire est
1449	En cours	Acquise	Acquise
1450	En cours	Acquise	En cours
1451	Acquise	Acquise	Acquise
1452	Acquise	En cours	Acquise

a) *Si l'action récursoire n'est pas prescrite*

- 1453 Il est tout à fait possible d'imaginer un cas dans lequel les droits du créancier seraient prescrits envers tous les codébiteurs sans que la prescription d'une éventuelle action récursoire ne soit nécessairement acquise (N 1449), par exemple si l'action récursoire est régie par une loi qui fixe le point de départ du délai au jour où la prestation a été complètement effectuée et où le responsable est connu (notamment à l'article 83 alinéa 3 LCR). Cette hypothèse serait exclue selon certaines théories relatives à l'action récursoire en général¹²⁴⁸, mais pas selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹²⁴⁹ (voir aussi N 112).
- 1454 Si l'un des codébiteurs renonce à la prescription acquise envers le créancier, sa renonciation n'aurait en principe pas d'effet à l'encontre des autres codébiteurs (qu'ils soient solidaires ou non, voir N 1436 et 1278-1280). Si sur la base de cette renonciation, expresse ou implicite, à la prescription acquise, il paye effectivement le créancier, il donne naissance à la prétention récursoire qui, dans l'hypothèse ici visée, n'est pas prescrite.
- 1455 Le Tribunal fédéral avait dans un premier temps laissé ouverte la question de savoir si l'action récursoire peut être exercée lorsque les droits du créancier contre le codébiteur défendeur à l'action récursoire sont prescrits au moment de la naissance de la prétention récursoire¹²⁵⁰. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a précisé qu'une telle prescription n'était pas opposable au demandeur à l'action récursoire qui a avisé dès que possible le défendeur à cette action qu'il le tient pour coresponsable (voir N 112). Reconnaisant bien le risque lié à

¹²⁴⁶ Pour les détails à ce sujet, voir WIDMER/WESSNER, pp. 223-225. Sur la différence du régime de prescription s'il y a subrogation ou s'il n'y en a pas, voir KRAUSKOPF/MÜLLER, pp. 323-327.

¹²⁴⁷ KRAUSKOPF, Verjährung, p. 134; KRAUSKOPF/MÜLLER, pp. 322-323.

¹²⁴⁸ Voir par exemple SPIRO I, pp. 484-487.

¹²⁴⁹ ATF 133 III 6, 31; ATF 115 II 42, 49.

¹²⁵⁰ ATF 130 III 362, 370-371.

cette règle, le Tribunal fédéral s'est empressé de préciser qu'une solution différente s'imposait si les droits du créancier contre le demandeur à l'action récursoire étaient eux aussi prescrits¹²⁵¹. Nous partageons cet avis, car il serait inéquitable d'admettre une prétention récursoire du débiteur renonçant née sur la base de sa renonciation à la prescription acquise (éventuellement implicite) contre un codébiteur qui ne pouvait plus être recherché par le créancier au moment où la prétention récursoire est née, qu'il s'agisse d'un cas dans lequel une subrogation a lieu ou non¹²⁵².

1456 En effet, si les codébiteurs le sont sous le régime de la solidarité parfaite, chacun d'entre eux est tenu d'exciper de la prescription acquise pour tous (article 145 alinéa 2 CO). Accorder un droit de recours à celui qui ne le fait pas permettrait d'éluder la règle de l'article 141 alinéa 2 CO (et accessoirement celle de l'article 146 CO) et de la vider de son sens¹²⁵³.

1457 Pour tous les cas où la loi prévoit aussi une subrogation (ce qui est le cas dans la solidarité parfaite, selon l'article 149 alinéa 1 CO), celle-ci n'a lieu que pour la créance dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire prescrite, sans que la renonciation ne déploie ses effets après la subrogation. Admettre le contraire signifierait accepter qu'un débiteur renonce à la prescription acquise envers lui-même au détriment d'un codébiteur contre lequel il va exercer son recours.

1458 En cas de solidarité imparfaite ou pour d'autres cas de recours réglés spécialement par la loi, aucune subrogation ne se produit. Le Tribunal fédéral applique à ce cas de figure les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat, en précisant que le demandeur à l'action récursoire qui aurait désintéressé le créancier aurait entrepris une gestion qui n'était pas dans l'intérêt du maître (à savoir le défendeur à l'action récursoire) et que ce dernier pourrait donc objecter la compensation à concurrence d'un montant équivalent à la créance récursoire¹²⁵⁴. Bien qu'intéressant, ce raisonnement n'est à notre avis pas forcément nécessaire. Le Tribunal fédéral aurait pu déduire l'exclusion de la prétention récursoire du principe qui veut que la renonciation à la prescription acquise d'un codébiteur n'engage pas les autres envers le créancier (N 1436) et que ce principe ne saurait être vidé de son sens par le mécanisme de l'action récursoire.

1459 Si nous adaptons l'hypothèse que nous avons formulée (N 1453) et considérons que l'action du créancier contre le codébiteur défendeur à l'action récursoire n'est pas prescrite (N 1450), alors la situation est différente. Dans ce cas, le créancier aurait toute latitude de rechercher aussi le codébiteur qui ne renonce pas. S'il recherche néanmoins le codébiteur qui renonce à la prescription acquise et que celui-ci paye, il n'y aurait rien de choquant à admettre que le débiteur renonçant (demandeur à l'action récursoire) exerce ensuite son recours¹²⁵⁵.

b) Si l'action récursoire est prescrite

1460 Dans l'hypothèse où toutes les actions seraient prescrites (N 1451), si l'un des codébiteurs venait à renoncer à la prescription acquise envers le créancier, sa renonciation ne redonnerait vigueur ni à une éventuelle action récursoire de sa part contre un codébiteur ni à l'action du créancier contre ce même codébiteur.

¹²⁵¹ ATF 133 III 6, 29-31.

¹²⁵² Du même avis: BUGNON, p. 151; DES GOUTTES, p. 114; KESSLER, p. 154 (sans distinction des différentes hypothèses); SPIRO I, p. 493; ZIMMERMANN, OR 1134 N 13 (pour le droit du chèque). Voir aussi le résumé et le commentaire de l'ATF 130 III 362 par FRANZ WERRO et PASCAL PICHONNAZ, in DC 2004, pp. 179-180.

¹²⁵³ ATF 133 III 6, 30; SPIRO I, pp. 492-493.

¹²⁵⁴ ATF 133 III 6, 30.

¹²⁵⁵ BUGNON, pp. 150-151; SPIRO I, p. 552.

- 1461 Dans la dernière hypothèse (N 1452), une renonciation à la prescription acquise du défendeur à l'action récursoire envers le demandeur à l'action récursoire ne serait en principe d'aucune aide au créancier lui-même. Se pose dès lors la question de savoir si la renonciation du défendeur à l'action récursoire envers le créancier vaudrait également envers son coobligé demandeur à l'action récursoire. En d'autres termes, le débiteur qui accepte d'être recherché par le créancier accepte-t-il de l'être aussi par le recours d'un codébiteur ? SPIRO est d'avis que si le défendeur à l'action récursoire prescrite renonce à la prescription acquise, sa renonciation vaut dans le doute (« *im Zweifel* ») à la fois envers le créancier et son codébiteur qui serait créancier à l'action récursoire¹²⁵⁶. SPIRO admet ce principe également si la dette du demandeur à l'action récursoire est prescrite et traite ainsi les deux hypothèses (N 1451-1452) de la même manière.
- 1462 Selon nous, il n'est pas à exclure qu'un débiteur veuille renoncer à la prescription acquise à la fois envers le créancier et un codébiteur qui serait créancier à l'action récursoire. Toutefois, l'opinion de SPIRO qui interprète une déclaration dans ce sens dès que subsiste un doute nous semble être trop généreuse. Pour qu'une déclaration puisse déployer ses effets à la fois à l'égard du créancier et du codébiteur demandeur à l'action récursoire, il faudrait qu'elle soit adressée aux deux (N 1326) et qu'elle puisse être interprétée dans ce sens selon le principe de la confiance (N 1335).

F. Les autres cas

- 1463 S'agissant des autres cas envisageables (dette divisible, droit des sociétés), nous pouvons renvoyer intégralement aux développements concernant la renonciation à la prescription en cours (N 1289-1291).

G. Synthèse

- 1464 Le principe général est le même pour la renonciation à la prescription acquise que pour la renonciation à la prescription en cours (N 1292). La renonciation du débiteur n'est pas opposable à d'éventuels codébiteurs¹²⁵⁷. SPIRO relève que la règle de l'article 502 alinéa 2 CO concernant le cautionnement exprime par conséquent un principe général, à savoir que si un codébiteur renonce à la prescription acquise, les autres codébiteurs peuvent toujours soulever l'exception pour eux-mêmes¹²⁵⁸. Nous nous rallions à cette analyse, sauf dans le cas très particulier des sociétés disposant d'une quasi-personnalité juridique si l'associé habilité à représenter la société renonce à la prescription acquise relativement à une dette sociale (N 1463 et 1291), cette exception étant motivée par les besoins de la vie économique.

Section 7 La pluralité de créanciers

- 1465 Pas plus qu'elle ne le fait pour la renonciation à la prescription en cours, la loi ne détermine le champ d'application personnel d'une renonciation à la prescription acquise en cas de pluralité de créanciers (N 1293). Les réponses données à la question de savoir si la renonciation à la prescription acquise du débiteur envers un créancier bénéficie aux autres ne varient pas pour les deux cas de renonciation.

¹²⁵⁶ SPIRO I, p. 552.

¹²⁵⁷ KESSLER, p. 154; SPIRO I, p. 551; ZIMMERMANN, OR 1134 N 13.

¹²⁵⁸ SPIRO I, p. 552.

- 1466 De ce fait, nous nous bornons à renvoyer aux développements concernant la renonciation à la prescription en cours en ce qui a trait à la solidarité active (N 1294-1297), à la créance indivisible (N 1298-1299), au cautionnement (N 1300-1302) et aux autres cas (créance divisible et créance commune, N 1303-1305). Ce qui a été exposé concernant la renonciation à la prescription en cours s'applique *mutatis mutandis* à la renonciation à la prescription acquise.
- 1467 Par rapport à la pluralité de créanciers, nous mentionnons l'avis de SPIRO qui admet, en lien avec l'action récursoire, que la renonciation à la prescription acquise du défendeur à cette action vaut dans le doute (« *im Zweifel* ») au profit de tous les créanciers, solidaires ou non, toutefois sans explication à ce sujet¹²⁵⁹. Nous rejetons cette affirmation qui est trop peu nuancée. La présence d'une pluralité de créanciers ne justifie pas une approche différenciée pour l'action récursoire. Il faut déterminer à quel régime est soumise la pluralité de créanciers et ensuite appliquer les règles correspondantes que nous avons développées (voir N 1466 et les renvois correspondants).

Section 8 Les particularités en droit des assurances privées

A. En général

- 1468 Les compagnies d'assurance se doivent de bien maîtriser les règles sur la prescription, afin de pouvoir soulever l'exception le cas échéant. Le bref délai de deux ans prévu pour la prescription des créances découlant du contrat d'assurance et la possibilité de le remplacer par un délai de déchéance ont été introduits pour tenir compte de l'intérêt des compagnies d'assurances à un règlement rapide des sinistres. Il n'est toutefois pas exclu qu'une compagnie d'assurance renonce à bien plaider à la prescription acquise envers un assuré. Dans un tel cas, cette renonciation obéit aux règles générales, sans qu'il n'y ait de problèmes particuliers à ce sujet. Ce qui a été exposé concernant les compétences d'un agent général relativement à une renonciation à la prescription en cours (N 1306) vaut aussi pour la renonciation à la prescription acquise.

B. Dans l'assurance de responsabilité civile

- 1469 Nous avons déjà développé les problèmes particuliers liés à l'assurance de responsabilité civile dans le chapitre consacré à la renonciation à la prescription en cours. Les développements qui y sont consacrés s'appliquent *mutatis mutandis* à la prescription acquise et nous pouvons nous limiter à y renvoyer (N 1307-1319; concernant l'effet d'une renonciation à la prescription acquise s'il y a concours de prétentions, voir aussi N 1436), sous réserve des compléments suivants.
- 1470 Si l'assuré renonce à la prescription acquise à l'insu de son assureur, il le fera en général en violation de ses obligations contractuelles envers son assureur et devra en principe supporter seul les conséquences de sa déclaration, indépendamment de l'existence d'un droit d'action directe (N 1312 et 1319).
- 1471 S'il n'est en principe pas problématique que l'assureur renonce à la prescription en cours afin de permettre des pourparlers transactionnels, la situation est différente s'il renonce à la prescription acquise pour le compte de son assuré, qu'il y ait ou non un droit d'action directe. A notre avis, l'assureur ne saurait déduire du droit de représenter son assuré dans le cadre des

¹²⁵⁹ SPIRO I, p. 552.

pourparlers selon ses conditions générales d'assurance que l'étendue de ce pouvoir couvre également une renonciation à la prescription acquise. Si l'assureur souhaite renoncer à la prescription acquise envers le lésé à bien plaisir, il ne peut pas le faire au nom de son assuré sans l'accord exprès de celui-ci. S'il le fait néanmoins, l'assuré pourra invoquer l'absence de pouvoir et refuser sa ratification (article 38 CO), l'assureur devant répondre de sa représentation non-autorisée selon l'article 39 CO. La renonciation de l'assureur restera cependant valable pour lui-même si un droit d'action directe existe, avec la conséquence qu'il perdra son droit de recours éventuel contre son assuré qui ne pourrait plus être recherché par le lésé, que l'action récursoire soit prescrite ou non (voir N 1453-1457 et 1460).

Chapitre V La promesse de renonciation à la prescription acquise

Section 1 Les caractéristiques

- 1472 La promesse de renonciation à la prescription acquise est désignée par la doctrine et la jurisprudence traditionnelles comme « renonciation à l'exception de prescription » (N 957 et 962). Le débiteur promet au créancier, alors que la prescription est encore en train de courir (ou éventuellement avant qu'elle n'ait commencé à courir), de ne pas faire usage de l'exception lorsqu'il l'aura acquise.
- 1473 La formulation d'une telle promesse se fait généralement par une déclaration qui précise que « le débiteur s'engage à renoncer à soulever l'exception de prescription » ou que le « débiteur promet de ne pas exciper de la prescription », en général assortie d'une limite dans le temps.
- 1474 Etant donné qu'il s'agit d'un acte générateur d'obligations, le débiteur ne s'interdit pas d'acquérir l'exception à l'échéance du délai légal. Il s'engage simplement à ne pas user du droit qu'il va acquérir. Un tel engagement est problématique à plusieurs égards:
- 1475 – Le débiteur promet un comportement pour la période qui se situe après la fin du cours de la prescription, à savoir pour le futur. Or, selon l'article 141 alinéa 1 CO, le débiteur ne peut renoncer qu'à la portion déjà écoulée du délai (N 1105). Le fait de faire une promesse serait donc une manière d'éluder la règle de l'article 141 alinéa 1 CO.
 - 1476 – Une telle promesse pose par ailleurs un problème quant à la détermination de la durée de ses effets. S'il fallait la comprendre comme une promesse de ne plus du tout se prévaloir de la prescription lorsqu'elle sera acquise, elle correspondrait à une clause d'imprescriptibilité inadmissible, tant comme modification conventionnelle (N 547-553) que promesse unilatérale (N 948). S'il fallait au contraire la comprendre comme une renonciation limitée dans le temps, il serait très difficile, à défaut d'une indication précise dans la déclaration elle-même, de savoir pour combien de temps le débiteur a exactement voulu se lier. Si la déclaration comporte un terme, la situation est claire, mais si elle ne contient qu'une indication de durée, il peut légitimement subsister un doute sur le moment à partir duquel cette durée doit être comptée.
 - 1477 *Exemple: le détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.2004 et dont le dommage est connu le jour même déclare envers le lésé le 08.08.2006 qu'il s'engage à renoncer à soulever l'exception de prescription pour une durée de six mois. Comme dans ce cas de figure, la prescription serait en principe acquise le 15.08.2006, il est légitime de se demander si la durée de six mois doit être supputée à compter du 08.08.2006 ou du 15.08.2006.*
 - 1478 – Finalement, la dernière difficulté liée à une telle promesse consisterait à définir la sanction en cas de violation de sa promesse par le débiteur, à savoir s'il excipe effectivement de la prescription lorsqu'elle lui sera acquise. Le créancier ne pourrait dans ce cas que prétendre à des dommages-intérêts, dont l'objet serait en fait exactement le montant auquel il aurait pu prétendre sur la base de sa créance dont l'action est paralysée par l'exception du débiteur. Cela reviendrait à permettre un procès différent mais sur le même objet¹²⁶⁰. Dans son effet, la promesse de renonciation à la prescription ac-

¹²⁶⁰ PETER, AcP 200, p. 162.

quise imposerait au débiteur une sorte de clause pénale pour le cas où il exciperait de la prescription, ce qui n'est pas admissible (N 551).

Section 2 L'assimilation par la jurisprudence à la renonciation à la prescription en cours

- 1479 Confronté à une promesse de renonciation à la prescription acquise (ou à une renonciation à la prescription acquise) et à la manière de la distinguer d'une renonciation à la prescription en cours, le Tribunal fédéral a estimé dans son arrêt de 1973 que les deux déclarations déploient des effets identiques, soit la prolongation de la durée de la prescription. Il s'est laissé guider par les considérations suivantes:
- 1480 « *In der Praxis wird es indessen oft schwierig sein, nachträglich festzustellen, ob die Parteien die Verjährungsfrist verlängern oder auf die Verjährungseinrede verzichten wollten, so wenn sie etwa vereinbarten, die Verjährung oder ihre rechtlichen Folgen bis zu einem bestimmten Termin „nicht zu berücksichtigen“ oder „nicht zu beachten“. (...) Im Interesse der Einfachheit und Klarheit sowie der Verständlichkeit der Rechtsordnung rechtfertigt es sich daher, die Verlängerung der Verjährungsfrist und den nachträglichen blossen Verzicht auf die Verjährungseinrede in ihren Auswirkungen gleich zu behandeln. Kann aber sogar der nachträgliche Verzicht auf die Verjährungseinrede der Verlängerung der Verjährungsfrist gleichgesetzt werden, so muss dies selbstverständlich auch für jene Verzichtserklärung gelten, die schon vor Ablauf der Verjährungsfrist ausgesprochen worden ist*¹²⁶¹. »
- 1481 Le Tribunal fédéral a donc estimé que si la renonciation à la prescription acquise pouvait être assimilée à une prolongation de la durée de la prescription, il en allait de même de la renonciation à l'exception de prescription (c'est-à-dire de la promesse de renonciation à la prescription acquise) faite avant l'échéance du délai.
- 1482 Dans la jurisprudence, ce principe n'a plus été remis en question. Le Tribunal fédéral ne s'est à notre connaissance plus penché spécifiquement sur les effets d'une promesse de renonciation à la prescription acquise. Dans ses arrêts ultérieurs, il a simplement confirmé sa jurisprudence qui a été reprise par les tribunaux cantonaux sans discussion sur ce point¹²⁶².

Section 3 Les positions dans la doctrine

- 1483 Dans la doctrine, la jurisprudence du Tribunal fédéral de 1973 a obtenu l'approbation de la majorité des auteurs¹²⁶³.
- 1484 Toutefois, certains auteurs plaident malgré tout pour le maintien de la distinction entre la prolongation du délai de prescription et la renonciation à l'exception de prescription (« *Verzicht auf die Verjährungseinrede* ») en tant que moyen procédural, que ce soit avant ou après l'échéance du délai. Les auteurs défendant cette opinion demandent en conséquence que

¹²⁶¹ ATF 99 II 185, 192 et 193-194.

¹²⁶² SG GVP 1997 n°45 p. 101 (Tribunal de cassation de Saint-Gall). Implicitement: RJB 133 p. 730 (Cour d'appel bernoise).

¹²⁶³ FISCHER, pp. 138-139; KELLER II, p. 292; OFTINGER/STARK II/1, N 389e; SPIRO, FS Neumayer, p. 547; REY, N 1596. Implicitement: ENGEL, PG, pp. 809-810; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3573; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 11; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGGER, N 1520; SCHWANDER, Verjährung von Schadenersatzforderungen, p. 26. *Contra*: JAEGER, p. 28. Solution insatisfaisante selon BUCHER, AT, p. 448.

l'assimilation décidée par le Tribunal fédéral n'ait lieu que dans les cas douteux, lorsque la volonté du débiteur ne peut pas être déterminée avec certitude¹²⁶⁴. Pour ces auteurs, la renonciation à l'exception de prescription avant l'échéance du délai implique que la prescription sera acquise à l'échéance du délai légal et qu'elle ne pourra simplement pas être soulevée entre l'échéance du délai et le terme que le débiteur fixe dans sa déclaration. Entre l'échéance du délai de prescription et le terme fixé pour la renonciation, la prescription ne pourrait plus être interrompue ni son cours suspendu.

1485 *Exemple: le détenteur d'un véhicule à moteur responsable d'un accident de la circulation survenu le 15.08.2004 et dont le dommage est connu le jour même déclare envers le lésé le 08.08.2006 qu'il s'engage à renoncer à soulever l'exception de prescription jusqu'au 31.01.2007. Selon les auteurs qui considèrent qu'il y a lieu de distinguer les deux types de renonciation, la prescription serait acquise le 15.08.2006 à minuit, mais l'exception ne pourrait pas être soulevée jusqu'au 31.01.2007. Le créancier n'aurait alors plus la possibilité d'interrompre la prescription entre le 16.08.2006 et le 31.01.2007 et devrait obligatoirement avoir introduit son action avant le 31.01.2007.*

1486 Par sa renonciation, le débiteur aurait ainsi la faculté de « remplacer » en quelque sorte le délai de prescription par un délai de péremption¹²⁶⁵.

1487 Selon PETER, ce que la loi n'a pas voulu tolérer comme acte de disposition, à savoir renoncer à la prescription pour l'avenir, elle ne l'admet pas non plus comme acte générateur d'obligations. Il précise en outre, allant en ceci dans le sens de la doctrine plaidant pour le maintien d'une distinction entre promesse de renonciation à la prescription acquise et renonciation à la prescription en cours (N 1484), qu'il n'est pas à exclure qu'en fonction de la formulation choisie, la déclaration du débiteur puisse avoir des effets différents¹²⁶⁶. GAUCH paraît être du même avis, en précisant qu'une déclaration de renonciation à soulever l'exception de prescription avant qu'elle ne soit acquise serait nulle dans tous les cas¹²⁶⁷.

Section 4 Synthèse

1488 Lorsque le débiteur s'engage à renoncer à exciper de la prescription acquise avant que le délai ne soit échu, il s'engage en fait pour l'avenir. D'un point de vue de l'analyse juridique, l'opinion de PETER (N 1487) nous semble la plus pertinente. Il serait contraire au but de la loi d'admettre comme acte générateur d'obligations ce qu'elle interdit comme acte de disposition. La promesse de renonciation à la prescription acquise n'est dès lors pas licite en tant que telle.

1489 En revanche, d'un point de vue pratique et avec la majorité de la doctrine, nous nous rallions pleinement à la solution adoptée par le Tribunal fédéral, à savoir l'assimilation de la promesse de renonciation à la prescription acquise à la renonciation à la prescription en cours (N 1479-1482). Cette jurisprudence a le mérite d'être à la fois pragmatique et facile à appliquer dans la pratique. Elle favorise en outre la sécurité juridique. Elle dispense le juge de procéder à l'interprétation, parfois complexe, de la déclaration donnée par le débiteur et évite que ce der-

¹²⁶⁴ DÄPPEN, BSK, OR 141 N 1a; GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 538 note de bas de page 22; KESSLER, pp. 110-111; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 476; KOLLER, RSJ 92, p. 369; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 30; TSCHÜTSCHER, thèse, p. 105.

¹²⁶⁵ KESSLER, p. 110; KOLLER, Nachbesserungsrecht, N 476; KRAUSKOPF, thèse, N 264; VOISARD, p. 1149.

¹²⁶⁶ PETER, AcP 200, pp. 162-163.

¹²⁶⁷ GAUCH, Verjährungsverzicht, pp. 537-538.

nier ne puisse surprendre le créancier en l'induisant en erreur par des finesses dans la tournure de sa déclaration.

- 1490 Nous rejetons le maintien d'une distinction que préconise une partie de la doctrine (N 1484-1486), ceci pour trois raisons principales:
- 1491 – Accepter un engagement à ne pas soulever l'exception alors qu'elle n'est pas encore acquise permet au débiteur d'éluder la loi.
- 1492 – Dans la mesure où nous n'admettons en principe pas que les parties passent une clause de péremption au sens étroit du terme (N 595-613), nous voyons difficilement comment cette faculté pourrait être reconnue au débiteur de manière unilatérale (N 1486).
- 1493 – Il n'appartient pas au débiteur de déterminer par quels actes il pourra être recherché par le créancier¹²⁶⁸, le législateur s'étant lui-même réservé cette prérogative.
- 1494 Pour le surplus, nous renvoyons intégralement à notre exposé concernant la renonciation à la prescription en cours (N 1117-1319).

¹²⁶⁸ BUCHER, Verjährung, p. 195.

Chapitre VI La renonciation implicite à la prescription acquise

1495 En disposant que le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (article 142 CO, voir N 134-136), la loi laisse au débiteur la responsabilité de se servir ou non de l'exception qu'elle met à sa disposition lorsque le délai de prescription est échu. Même si le débiteur ne fait aucune déclaration expresse dans ce sens, son silence, ses actes ou certaines de ses déclarations dans ses relations avec le créancier peuvent être interprétés, selon les circonstances, comme une renonciation implicite à la prescription acquise (N 958 et 963). Une telle renonciation est envisageable qu'il y ait procédure ou non. En ce qui concerne les conditions, effets et modalités de la renonciation implicite à la prescription acquise, nous renvoyons aux développements concernant la renonciation à la prescription acquise (N 1320-1471).

Section 1 En dehors d'une procédure

A. En général

1496 L'attitude du débiteur ou sa déclaration par rapport à une créance qui serait prescrite ne crée de problème que s'il y a ensuite désaccord et procès. C'est alors au juge de déterminer si l'attitude du débiteur ou sa déclaration pouvait être interprétée par le créancier comme une renonciation implicite à la prescription acquise.

1497 Une condition importante que la jurisprudence a fixée pour l'admission d'une renonciation implicite à la prescription acquise est que le débiteur soit conscient qu'il renonce à un droit que la loi lui confère.

1498 « *Ein solcher Verzicht (...) kann aber auch stillschweigend erfolgen, z.B. wenn der Schuldner in Kenntnis der Verjährung die Forderung anerkennt oder sicherstellt. Beim stillschweigenden Verzicht ist erforderlich, dass der Schuldner sich bewusst ist, einen Rechtsvorteil aufzugeben*¹²⁶⁹. »

1499 Il n'est pas nécessaire que le débiteur soit sûr que la créance est prescrite, il suffit qu'il ait conscience du fait qu'elle pourrait l'être¹²⁷⁰. Pour le débiteur qui n'est pas versé dans le domaine juridique (« *rechtsunkundig* »), il n'y a pas lieu de présumer qu'il sait la créance prescrite¹²⁷¹. Cette exigence de la connaissance ne vaut toutefois que sous réserve de la règle expresse de l'article 63 alinéa 2 CO (voir N 1518-1523). Si le débiteur veut se prévaloir d'une erreur, il doit en rapporter la preuve¹²⁷² et démontrer qu'elle est essentielle au sens des articles 23 et 24 CO (pour plus de détails à ce sujet, voir N 1327-1330 et 1369-1388).

1500 Le juge appelé à se prononcer doit se poser la question de savoir si, selon les règles de la bonne foi, le créancier pouvait déduire du comportement ou de la déclaration du débiteur qu'il allait exécuter sa prestation sans exciper de la prescription (interprétation selon le principe de la confiance). Il faut que les éventuels actes concluants constituent des indices clairs de la

¹²⁶⁹ BJM 1966 p. 27, 27-28 (Cour d'appel du canton de Bâle-Ville). Voir aussi RTC VS 59 p. 168, 171-172.

¹²⁷⁰ SPIRO I, p. 548.

¹²⁷¹ RSJ 15 p. 137 n° 30 (Tribunal de district de Zurich).

¹²⁷² BECKER, BK, OR 141 N 4.

volonté du débiteur¹²⁷³. Il convient toutefois de ne pas confondre la renonciation implicite à la prescription acquise avec l'abus de droit en matière de prescription, comme semble l'avoir fait le Tribunal fédéral dans un arrêt de 1982¹²⁷⁴. Lorsqu'il y a abus de droit en matière de prescription, le comportement du débiteur qui conduit à la paralysie de son droit est antérieur à l'échéance du délai de prescription (N 272). Ce comportement n'a pas la valeur d'un acte juridique (N 1141). S'il y a renonciation implicite à la prescription acquise, les actes concluants du débiteur sont postérieurs à l'échéance du délai de prescription et sont précisément assimilés à un acte juridique¹²⁷⁵.

B. Les comportements et déclarations assimilés

a) *Reconnaissance de dette*

- 1501 La reconnaissance de dette n'est pas obligatoirement un acte juridique, mais elle peut être simplement l'expression d'une connaissance (N 168). Elle ne constitue pas un acte interruptif valable de la prescription acquise (N 165). Elle ne peut dès lors pas être assimilée à la promesse de s'exécuter (N 1508).
- 1502 Très tôt, à savoir en 1887 déjà, la Cour de justice civile genevoise a estimé, sous l'empire de l'article 159 CFO, qu'une reconnaissance de dette donnée postérieurement à l'échéance du délai constitue une renonciation (implicite) à la prescription acquise¹²⁷⁶. Dans un arrêt de 1936, la Cour d'appel bernoise a elle aussi jugé que la reconnaissance donnée une fois la prescription acquise peut être considérée comme renonciation implicite valable à la prescription acquise, mais elle a précisé que cette reconnaissance doit pour cela être intervenue en connaissance de cause, c'est-à-dire en sachant que la prescription est acquise (N 1499), ce qui n'est pas présumé¹²⁷⁷. En 1984, le Tribunal cantonal neuchâtelois s'est rallié à cette jurisprudence, en ajoutant que c'est le créancier qui doit prouver que le débiteur a reconnu la dette en connaissance de cause quant à l'état de la prescription¹²⁷⁸. Finalement, le Tribunal fédéral a expliqué, dans un arrêt de 1995, que la reconnaissance de dette ne peut pas déployer les effets d'une renonciation implicite à la prescription acquise si elle est donnée avec des réserves¹²⁷⁹.
- 1503 La doctrine approuve la jurisprudence sur ce sujet¹²⁸⁰.

b) *Casuistique*

- 1504 La doctrine et la jurisprudence ont établi toute une casuistique concernant les comportements ou déclarations qui peuvent valoir renonciation implicite à la prescription acquise. Certains de ces comportements ou déclarations constituent naturellement aussi des reconnaissances de dette, mais il n'y a pas de parallélisme automatique entre les actes, comportements ou déclarations qui valent reconnaissance de dette (N 173-182) et ceux qui valent renonciation implicite à la prescription acquise¹²⁸¹. Cette absence d'assimilation est par ailleurs parfaitement compréhensible. Le débiteur peut tout à fait exprimer l'avis que sa dette existe, sans pour au-

¹²⁷³ Hiestand, p. 96; Pichonna, CR-CO I, art. 141 N 7; Rosset, p. 203; Spiro I, p. 548.

¹²⁷⁴ ATF 108 II 278, 287-288. Voir aussi ATF 4C.421/2005, c. 4.1.

¹²⁷⁵ Becker, BK, OR 141 N 4.

¹²⁷⁶ SJ 1887 p. 773, 775.

¹²⁷⁷ RJB 74 p. 284.

¹²⁷⁸ RJN 1984 p. 54, 56.

¹²⁷⁹ ATF 122 III 10, 20.

¹²⁸⁰ Blumenstein, p. 90; Capitaine, p. 51; Kessler, pp. 102-103; Krauskopf, thèse, N 266; Oser/Schönenberger, ZK, OR 141 N 3; Pelet, p. 171; Von Tuhr/Escher, p. 231.

¹²⁸¹ Koller, Nachbesserungsrecht, N 484.

tant se prononcer sur la question de savoir si elle est prescrite ou non ou sur sa volonté de l'exécuter malgré la prescription acquise¹²⁸².

- 1505 Nous rappelons que l'exigence de la connaissance du fait que la prescription est acquise est nécessaire dans chacun des cas mentionnés et que l'appréciation du juge se fera en fonction de la signification que le créancier pouvait donner de bonne foi au comportement ou à la déclaration du débiteur. Le cas échéant, il y a en règle générale renonciation implicite à la prescription acquise:
- 1506 – Si le débiteur exécute purement et simplement sa prestation dans son ensemble ou partiellement (dans ce dernier cas seulement pour la partie exécutée, voir N 1525)¹²⁸³. KESSLER et VON TUHR/ESCHER n'y voient, quant à eux, pas une renonciation implicite à la prescription acquise mais le résultat pour le débiteur de son omission de faire valoir l'exception au dernier moment possible (indépendamment de sa connaissance de l'état de la prescription), notamment eu égard à l'article 63 alinéa 2 CO¹²⁸⁴. L'opinion de GRÄMIGER, qui correspond à la règle générale, doit être privilégiée, à savoir qu'il n'y a renonciation implicite à la prescription acquise que si le débiteur savait ou se doutait que la prescription était acquise¹²⁸⁵. Pour le surplus, en l'absence de l'élément subjectif, l'article 63 alinéa 2 CO s'applique (N 1518-1523), conformément à l'opinion de KESSLER et VON TUHR/ESCHER.
- 1507 – Si le débiteur procède à une dation en paiement ou une dation en vue du paiement¹²⁸⁶.
- 1508 – S'il promet d'exécuter sa prestation¹²⁸⁷.
- 1509 – S'il garantit sa prestation, la fait garantir par un tiers ou admet qu'elle soit garantie par un tiers (par un droit de gage, un cautionnement, une promesse de porte-fort ou un autre type de garantie)¹²⁸⁸, toutefois seulement pour le montant de la sûreté¹²⁸⁹ et non pour l'entier de la créance¹²⁹⁰; également s'il ne s'oppose pas à l'exercice d'un droit de rétention lorsque la créance est prescrite, car l'exercice d'un tel droit par le créancier ne serait en principe pas admissible¹²⁹¹. Il est incontesté dans la doctrine suisse qu'un contrat de gage ayant pour objet une dette prescrite est valable¹²⁹². Il n'y a pas de renonciation implicite à la prescription acquise si le débiteur ne garantit ou ne fait garantir sa prestation que parce qu'il a l'obligation de le faire (pour un exemple, voir N 1516) ou pour éviter un désavantage juridique, par exemple l'inscription d'une hypothèque légale (voir N 178, ce cas est cependant improbable en relation avec une dette prescrite vu le délai de l'article 839 alinéa 2 CC).

¹²⁸² TSCHÜTSCHER, thèse, pp. 106-107.

¹²⁸³ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 86 (Tribunal cantonal zurichois). GIROUD, p. 27; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 3; SPIRO I, p. 548.

¹²⁸⁴ KESSLER, pp. 99-100; VON TUHR/ESCHER, p. 231 note de bas de page 38. Voir aussi PELET, p. 170.

¹²⁸⁵ GRÄMIGER, pp. 44-45.

¹²⁸⁶ BÉGUELIN, FJS 813, p. 4; KESSLER, p. 100; SPIRO I, p. 565.

¹²⁸⁷ GIROUD, p. 27; SPIRO I, p. 549.

¹²⁸⁸ BECKER, BK, OR 141 N 3; BÉGUELIN, FJS 813, pp. 4 et 5; DÄPPEN, BSK, OR 140 N 4 et 141 N 5; GIROUD, p. 27; HIESTAND, pp. 95-96; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 3; PICHONNAZ, CR-CO I, art. 141 N 7; ROSSEL, p. 203; SPIRO I, p. 549; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

¹²⁸⁹ KESSLER, p. 102.

¹²⁹⁰ *Contra*: ZOBL, BK, ZGB 884 N 250.

¹²⁹¹ BERTI, ZK, OR 140 N 16.

¹²⁹² ZOBL, BK, ZGB 884 N 250 et les références citées.

- 1510 — Si le débiteur stipule une peine conventionnelle pour le cas où il ne s'exécute pas¹²⁹³.
- 1511 — S'il ne s'oppose pas à une déclaration de compensation¹²⁹⁴.
- 1512 — S'il requiert une remise de dette ou un sursis¹²⁹⁵.
- 1513 — S'il invite le créancier à se manifester ou lui donne des instructions en vue de recevoir la prestation¹²⁹⁶.
- 1514 — S'il admet sans réserve l'établissement d'une expertise, par exemple pour fixer le montant du dommage subi¹²⁹⁷.
- 1515 D'un point de vue du résultat, il y a également similitude avec une renonciation implicite à la prescription acquise si le débiteur donne son consentement à la novation d'une dette prescrite¹²⁹⁸.
- 1516 Contestée est la question de savoir si la reprise de dette constitue une telle renonciation implicite. Une dette prescrite peut être incluse dans une reprise globale selon l'article 181 alinéas 1 à 3 CO¹²⁹⁹. Dans ce cas, la doctrine est de l'avis, que nous partageons, que la reprise de dette ne vaut pas renonciation implicite à la prescription acquise¹³⁰⁰. En effet, cette disposition n'a pour objet que le transfert des dettes en tant que telles et n'a aucune influence sur le fait de savoir si telle ou telle prétention est bien fondée ou non. La loi ne dit pas si une dette prescrite peut aussi faire l'objet d'un transfert de patrimoine en vertu des articles 181 alinéa 4 CO et 69 à 77 LFus. A notre avis, rien ne s'y oppose. La mention d'une dette à l'inventaire selon l'article 71 alinéa 1 lettre b LFus ne signifie pas pour autant que les sujets participant au transfert renoncent implicitement à la prescription acquise (voir N 1528). Si la question de la prescription est contestée, les sujets participants au transfert peuvent néanmoins être tenus de fournir une garantie selon l'article 75 alinéa 3 LFus¹³⁰¹, étant toutefois précisé qu'il serait dans ce cas évident que la constitution de la garantie ne vaut pas renonciation implicite à la prescription acquise. Si une garantie est donnée en connaissance de cause et sans réserve à une dette prescrite, alors la règle générale s'applique. Elle emporte renonciation implicite à la prescription acquise (N 1509). Si une telle garantie est donnée dans l'ignorance de l'état de la créance par rapport à la prescription, l'invocation d'une erreur est à notre avis possible pour faire annuler les effets de la garantie donnée (pour plus de détails, voir N 1521-1522).
- 1517 En ce qui concerne la reprise de dette individuelle, les avis sont divergents. La plupart des auteurs estiment qu'elle ne constitue pas une renonciation implicite à la prescription acquise, notamment eu égard à l'article 179 alinéa 1 CO¹³⁰². SPIRO précise, quant à lui, qu'elle a cette valeur si le reprenant ne fait pas de réserve expresse en faveur de la prescription¹³⁰³. Nous sommes d'avis, sur la base de la lettre claire de l'article 179 alinéa 1 CO, que le débiteur re-

¹²⁹³ KESSLER, p. 102; SPIRO I, pp. 565-566.

¹²⁹⁴ BÉGUELIN, FJS 813, pp. 4 et 5; GIROUD, p. 27; HIESTAND, pp. 95-96; KESSLER, p. 100; PELET, p. 171 note de bas de page 41; ROSSEL, p. 203; SPIRO I, p. 549.

¹²⁹⁵ RJB 77 p. 565 (Cour d'appel bernoise); KESSLER, p. 102; ROSSEL, p. 203. *Contra*: SPIRO I, p. 549.

¹²⁹⁶ SPIRO I, p. 549.

¹²⁹⁷ KESSLER, p. 102; SPIRO I, p. 549.

¹²⁹⁸ PELET, p. 173; VON TUHR/ESCHER, p. 231.

¹²⁹⁹ TSCHÄNI, BSK, OR 181 N 8.

¹³⁰⁰ DES GOUTTES, p. 114 note de bas de page 303; LANZ, p. 200; SPIRO I, p. 549.

¹³⁰¹ EHRAT/WIDMER, BSK, FusG 75 N 12.

¹³⁰² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 3809; KESSLER, p. 104; LANZ, pp. 199-200. *Contra*: PELET, p. 174.

¹³⁰³ SPIRO I, p. 549. Du même avis: GIROUD, p. 27.

prenant ne doit pas se réserver expressément la prescription pour pouvoir en exciper par la suite. La reprise de dette individuelle ne saurait donc pas valoir en elle-même renonciation implicite à la prescription acquise. Le sens qu'il faut donner à une reprise de dette doit être déterminé en fonction de sa formulation dans chaque cas particulier et compte tenu de toutes les circonstances.

c) Exclusion de la répétition selon l'article 63 alinéa 2 CO

- 1518 La renonciation implicite à la prescription acquise implique en principe que le débiteur sache qu'il pourrait se prévaloir de l'exception de prescription. Si le débiteur promet d'exécuter sa prestation (N 1508) tout en étant dans l'ignorance à ce sujet, il pourra malgré tout se prévaloir de l'exception en cas de procès, s'il peut prouver les faits fondant son erreur et le caractère essentiel de cette dernière (N 1499).
- 1519 La situation est différente lorsque, par son comportement ou sa déclaration, le débiteur a éteint l'obligation. En effet, l'article 63 alinéa 2 CO dispose expressément que le débiteur ne peut pas répéter ce qu'il a payé pour acquitter une dette prescrite. Selon la doctrine majoritaire, cette règle s'applique même si le débiteur ignorait l'état de la prescription, ce qui est par ailleurs conforme au texte de la loi qui n'introduit pas une telle réserve (N 129). En conséquence, même si les conditions d'une renonciation implicite à la prescription acquise ne sont pas données, la loi désarme en quelque sorte le débiteur en cas de « fait accompli » par lui-même, en lui refusant toute répétition.
- 1520 L'article 63 alinéa 2 CO ne s'applique pas seulement à l'exécution pure et simple (éventuellement partielle) de la prestation (N 1506), mais également aux autres comportements ou déclarations qui emportent extinction (partielle) de l'obligation et qui sont ainsi des actes de disposition, à savoir la dation en paiement ou en vue du paiement (N 1507) et l'admission d'une déclaration de compensation (N 1511).
- 1521 Selon l'opinion des auteurs qui se prononcent à ce sujet, la constitution d'un droit de gage (N 1509) est également couverte par l'article 63 alinéa 2 CO¹³⁰⁴. Ces auteurs ne donnent toutefois pas d'explication à ce sujet.
- 1522 A notre avis, cette opinion n'est pas exacte. En effet, la constitution d'un droit de gage n'éteint pas la créance et elle ne peut donc pas être considérée comme « ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite » selon l'article 63 alinéa 2 CO. Si, comme dans l'hypothèse ici visée, le débiteur ne le fait pas en connaissance de cause par rapport à l'état de la créance, il convient non de faire application de l'article 63 alinéa 2 CO mais d'examiner si le contrat de gage est valable ou s'il est entaché d'un vice du consentement dont le débiteur peut se prévaloir. Nous nous devons de rappeler ici que la connaissance de l'état de la prescription est une condition de la renonciation à la prescription acquise, qu'elle soit expresse (N 1326) ou implicite (N 1497-1499). Le caractère prescrit ou non de la créance à garantir constitue, selon la loyauté commerciale, la base nécessaire du contrat de gage. En effet, nous pouvons poser de manière générale qu'en principe, le débiteur n'accepterait pas de constituer un gage pour une créance qu'il saurait être prescrite (N 1373). Dès lors, le contrat de gage serait entaché d'une erreur essentielle dont le débiteur peut se prévaloir pour invalider le contrat dans un délai d'un an dès la découverte de son erreur (article 31 alinéa 2 CO), en devant naturellement supporter les conséquences de l'invalidation (voir N 1374). Si le contrat de gage n'est pas invalidé, ce sont les articles 140 CO¹³⁰⁵ et 807 CC et non l'article 63 alinéa 2 CO qui garantissent au créancier qu'il pourra faire valoir le gage même si la créance était prescrite au moment de sa constitution.

¹³⁰⁴ KESSLER, p. 100; SPIRO I, p. 565.

¹³⁰⁵ Voir BERTI, ZK, OR 140 N 15.

1523 Signalons l'opinion de SPIRO, lequel précise que si le débiteur exécute une prestation dont il est effectivement tenu mais dont il ne sait pas qu'elle est prescrite, la répétition est possible, dans la mesure où l'erreur est reconnaissable pour le créancier¹³⁰⁶. SPIRO se base sur un très vieil arrêt du Tribunal fédéral de 1888 qui semble aller dans ce sens en admettant que la répétition serait licite en cas d'erreur du débiteur induite par dol du créancier¹³⁰⁷ (le dol n'avait pas été retenu dans l'affaire jugée). L'opinion telle que formulée par SPIRO n'est pas exacte et ne dispose d'aucun appui dans la loi¹³⁰⁸. Une répétition ne devrait jamais être admise pour le seul motif que l'erreur du débiteur serait reconnaissable aux yeux du créancier. En effet, même le créancier qui sait sa créance prescrite et se doute que le débiteur l'ignore a le droit d'être désintéressé. Seul le créancier qui obtiendrait le paiement par une pression telle qu'il se rendrait coupable envers le débiteur d'un acte punissable devrait être condamné à la restitution du paiement indu.

C. Les comportements et déclarations non assimilés

1524 A l'inverse, la doctrine et les tribunaux ont également établi une casuistique des déclarations ou comportements qui ne peuvent, en règle générale et en fonction de ce que le créancier peut en déduire de bonne foi, pas être considérés comme une renonciation implicite à la prescription acquise:

- 1525 — Si le débiteur effectue un paiement partiel, plusieurs paiements partiels successifs, s'il verse un acompte ou s'il fait un versement qu'il désigne unilatéralement pour solde de tous comptes (par exemple pour une assurance de responsabilité civile), il ne renonce pas implicitement à la prescription acquise pour l'ensemble de la dette¹³⁰⁹, en particulier s'il le fait sous la pression du créancier¹³¹⁰.
- 1526 — S'il paie des intérêts, le débiteur ne renonce pas implicitement à la prescription acquise pour la dette principale¹³¹¹. En effet, dans ce cas de figure, il pourrait très bien ne vouloir renoncer implicitement à la prescription acquise que pour les intérêts¹³¹².
- 1527 — S'il renonce expressément à la prescription acquise pour une créance accessoire, il ne renonce pas implicitement à la prescription acquise aussi pour la créance principale (voir aussi N 1337).
- 1528 — S'il omet de s'opposer à ce qu'une créance figure dans un inventaire¹³¹³.
- 1529 — S'il passe un compromis¹³¹⁴.

¹³⁰⁶ SPIRO I, pp. 561-565.

¹³⁰⁷ ATF 14 285, 291-292 et 294.

¹³⁰⁸ Voir aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1541.

¹³⁰⁹ ZR 67 Nr. 23 p. 84, 86; FICK, OR 141 N 5; KESSLER, p. 102; KOLLER, Verjährung von Versicherungsansprüchen, p. 33; SPIRO I, p. 549; VON TUHR/ESCHER, p. 231 note de bas de page 38. *Contra* pour l'acompte: BÉGUELIN, FJS 813, p. 5.

¹³¹⁰ BJM 1966 p. 27, 28 (Cour d'appel du canton de Bâle-Ville).

¹³¹¹ KESSLER, p. 102; SPIRO I, p. 549. *Contra*: BÉGUELIN, FJS 813, p. 5; HIESTAND, pp. 95-96; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, OR 141 N 3; ROSSEL, p. 203.

¹³¹² SPIRO I, p. 570.

¹³¹³ SPIRO I, p. 549. *Contra*: FICK, OR 141 N 6 et l'avis du Tribunal cantonal neuchâtelois exposé dans l'ATF 34 II 675, 678 (question laissée ouverte par le TF, ATF 34 II 675, 681).

¹³¹⁴ SCHWANDER, Verjährung von Schadenersatzforderungen, p. 25; SPIRO I, p. 549.

- 1530 – S’il consent à une prorogation de for¹³¹⁵.
- 1531 – S’il exige l’exécution de la contre-prestation¹³¹⁶.
- 1532 – S’il accepte de discuter l’affaire sur le fond¹³¹⁷.
- 1533 – Si l’entrepreneur ayant effectué un ouvrage immobilier effectue des travaux après le délai de prescription de cinq ans en apportant une réserve expresse¹³¹⁸.
- 1534 – Si l’entrepreneur accepte un délai pour l’exécution des travaux de garantie¹³¹⁹.

Section 2 Dans une procédure

- 1535 Dans la procédure d’exécution forcée ou dans le procès civil, le débiteur qui veut exciper de la prescription doit le faire savoir au juge (N 127). En fonction des règles du droit de procédure cantonal, le juge peut être amené à lui poser une question à ce sujet (N 136), mais n’est pas habilité à tenir compte d’office de la prescription acquise.
- 1536 Tout plaideur est donc libre de ne pas exciper de la prescription. Faut-il voir dans cette attitude, s’il apparaît que la prescription est effectivement acquise, une renonciation implicite à cette dernière qui lierait ainsi le débiteur ? Nous sommes d’avis que tel n’est en général pas le cas¹³²⁰. Etant donné que nous avons postulé que l’exception de prescription, qui ressort du droit civil fédéral, peut en principe être soulevée à tous les stades du procès civil régi par le droit cantonal de procédure (voir N 227-237), il n’est guère possible d’imaginer que l’inactivité procédurale du débiteur à un stade particulier de la procédure puisse être considérée comme renonciation implicite à la prescription acquise. Il s’agit d’un comportement qui relève de l’article 142 CO et non de l’article 141 alinéa 1 CO¹³²¹. Il n’y a dès lors ni comportement qui emporte un effet contraignant pour le débiteur ni à proprement parler de renonciation implicite à la prescription acquise.
- 1537 Le créancier est cependant toujours admis à prouver que l’attitude du débiteur est à mettre sur le compte de son intention de ne pas se prévaloir de la prescription, ce qui ne peut pas être présumé, étant donné que le débiteur n’a précisément pas payé la dette avant que la procédure d’exécution forcée ou le procès n’aient lieu.
- 1538 Ainsi, le débiteur ne renonce en règle générale pas implicitement à la prescription acquise:

¹³¹⁵ Question laissée indécise: ATF 89 II 26, 29. *Contra*: BUCHER, AT, p. 447 note de bas de page 17.

¹³¹⁶ SPIRO I, p. 549.

¹³¹⁷ ATF 113 II 264, 269; SJ 1947 p. 376, 379 (Cour de justice civile genevoise). KESSLER, pp. 103-104.

¹³¹⁸ RJN 1999 p. 97, 99-100 (Tribunal cantonal neuchâtelois).

¹³¹⁹ ATF 4C.421/2005, c. 4.2.

¹³²⁰ Du même avis: BERTI, ZK, OR 129/141 Abs. 1 N 58; VON TUHR/ESCHER, p. 231 note de bas de page 38. *Contra*: BÉGUELIN, FJS 813, p. 5; GRÄMIGER, p. 44; PELET, p. 169; ROSSEL, p. 203. Peu clair: WERRO, N 1423.

¹³²¹ Dans le même sens: ATF 27 II 88, 98; GAUCH, Verjährungsverzicht, p. 566; VON BÜREN, AT, p. 438 note de bas de page 152.

- 1539 — Pour un procès futur, lorsqu'il n'a pas excipé de la prescription contre le commandement de payer ou dans une procédure de mainlevée¹³²².
- 1540 — Pour le procès au fond, lorsqu'il renonce à une audience de conciliation ou lorsqu'il fait une offre de transaction dans le cadre de cette dernière.
- 1541 — Lorsqu'il soulève dans un premier temps seulement d'autres exceptions ou objections que celle de la prescription ou lorsqu'il renonce à de telles exceptions ou objections¹³²³.
- 1542 — S'il n'a pas excipé de la prescription alors que le procès a déjà été instruit sur le fond¹³²⁴; cette jurisprudence genevoise se justifie d'autant plus que la prescription est elle-même un moyen de fond et non de procédure.
- 1543 — Pour le procès en deuxième instance, s'il a omis de soulever l'exception en première instance (voir N 229).
- 1544 Délicate est la question de savoir comment interpréter l'attitude du débiteur qui excipe de la prescription au début du procès et abandonne cette exception par la suite au cours de l'instance, sans donner d'autres explications. A notre avis, il y a lieu de distinguer deux cas de figure si le débiteur soulève par la suite une deuxième fois cette exception:
- 1545 — S'il apparaît que la prescription était effectivement acquise au moment où le débiteur a laissé tomber l'exception et qu'il le savait ou pouvait s'en douter (ce qui sera la règle, étant donné qu'il a soulevé l'exception dans un premier temps), il s'agit à notre avis d'une renonciation implicite à la prescription acquise au cours du procès. En effet, dans ce cas, le débiteur mentionne clairement son intention de faire juger l'affaire sans qu'il ne soit tenu compte de ce moyen de défense¹³²⁵. Il pourrait même s'agir, en fonction du libellé de la déclaration du débiteur et des circonstances, d'une révocation de l'exception soulevée et par conséquent d'une renonciation expresse à la prescription acquise (N 1394). Cela n'empêche toutefois nullement le débiteur de se prévaloir par la suite de la prescription, si elle devait intervenir ultérieurement au cours du procès, ce qui n'est pas impossible, étant donné que la litispendance ne suspend pas le cours de la prescription (N 227).
- 1546 — S'il apparaît que la prescription n'était pas acquise au moment où le débiteur a déclaré ne plus vouloir soulever l'exception ou que ce fait était très incertain, il ne peut en toute bonne logique y avoir aucune renonciation (implicite ou expresse) à la prescription acquise. Le débiteur reconnaît simplement que l'exception est mal fondée au moment où il l'abandonne. Par ailleurs, l'abandon de ce moyen de défense dans le courant du procès ne vaudrait à notre avis pas non plus renonciation à la prescription en cours.
- 1547 La question de l'abandon du moyen de défense tiré de la prescription est illustrée par un arrêt de la Cour de justice civile genevoise de 1958. Dans sa duplique donnée en première instance, le défendeur avait concédé que la prescription avait été interrompue, suite aux explications de la demanderesse. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une « renonciation implicite, mais parfaitement claire, au moyen tiré de la prescription »¹³²⁶. Cette opinion est erronée si, comme dans le cas d'espèce, le débiteur abandonne le moyen de défense parce qu'il parvient à la conclusion que la prescription n'est pas acquise (N 1546). La Cour a interdit au défendeur de

¹³²² ZR 29 Nr. 115 p. 288, 289 (Tribunal cantonal zurichois). KESSLER, p. 101; SPIRO I, p. 549; VON BÜREN, AT, p. 438 note de bas de page 152. *Contra*: BECKER, BK, OR 141 N 4; probablement aussi CAPITAINE, p. 51.

¹³²³ SPIRO I, p. 549.

¹³²⁴ SJ 1947 p. 376, 379 (Cour de justice civile genevoise).

¹³²⁵ SPIRO I, p. 546. *Contra* par référence au droit allemand: KESSLER, pp. 101-102.

¹³²⁶ SJ 1959 p. 117, 122-123.

se prévaloir une nouvelle fois de la prescription en deuxième instance en se fondant sur un autre délai. A l'appui de son refus, la Cour a argumenté que le moyen tiré de la prescription forme un tout. Le fait d'invoquer la prescription en deuxième instance (s'il s'agit d'une voie de recours ordinaire) n'est à notre avis pas prohibé si le tribunal de première instance parvient à la conclusion que s'applique un délai de prescription plus court que celui qu'invoquait (de bonne foi) le défendeur. Une loi de procédure cantonale empêchant le défendeur qui ignorait de bonne foi qu'il pouvait se prévaloir de la prescription d'invoquer le moyen en deuxième instance constituerait un refus injustifié d'appliquer le droit fédéral (N 227-237). Dans le jugement en cause, le refus du moyen n'a toutefois joué aucun rôle, la Cour ayant conclu à titre d'*obiter dictum* que l'exception était de toute façon mal fondée.

- 1548 Il existe un autre cas de figure dans lequel une renonciation implicite à la prescription acquise dans le cadre d'un procès pourrait entrer en ligne de compte. Si, lors des pourparlers précédant le procès, le débiteur annonce son intention de se prévaloir de la prescription et si le créancier demandeur en informe le juge au moment d'intenter action tout en alléguant les faits nécessaires à contredire cette exception et que le débiteur n'excipe pas de la prescription dans son mémoire de réponse, alors le juge peut considérer que le débiteur a implicitement renoncé à ce moyen. En effet, dans ce cas, le débiteur agit en connaissance de cause et il semblerait abusif de sa part de se prévaloir ultérieurement d'une exception qui a en quelque sorte donné lieu au procès.
- 1549 En matière de droit public, le Département fédéral de justice et police a jugé dans une décision de 2000 que le fait pour un plaideur d'avoir acquiescé partiellement ne l'empêchait pas d'exciper ensuite de la prescription s'il ignorait que cette dernière était acquise, eu égard en particulier à l'obligation de l'autorité de tenir compte de la prescription d'office¹³²⁷. Une telle jurisprudence est intéressante, mais elle n'est pas transposable par analogie dans le domaine du procès civil. En effet, l'acquiescement met fin au procès qui devient sans objet et ne permet ainsi plus au juge d'examiner un moyen qui serait soulevé ultérieurement pour la créance ayant fait l'objet d'un acquiescement (éventuellement partiel).

¹³²⁷ JAAC 65.9 p. 110, 115-116.

Cinquième partie: l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile

*Nun denn, es soll sich entwickeln, unser
eidgenössisches Privatrecht, in gesunder Weise,
durch die Praxis erleuchteter, unabhängiger und
energischer Gerichte und durch eine weise
Gesetzgebung; es wird damit eine Säule unserer
Freiheit und unsers nationalen Wohlstandes werden.*

ALBERT SCHNEIDER
(dans la préface de son premier
commentaire du Code fédéral des
obligations en 1881)

Chapitre I Présentation du système

- 1550 Le manque d'unité du droit de la responsabilité civile suisse est connu de longue date. Pour y remédier, le Département fédéral de justice et police a institué en 1988 une Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile. Cette dernière a rendu un rapport détaillé en 1991. En 1992, le Département fédéral de justice et police a chargé les Professeurs PIERRE WIDMER et PIERRE WESSNER de préparer un avant-projet en se basant sur les travaux de la commission d'étude.
- 1551 Cet avant-projet a vu le jour en 1999, accompagné d'un rapport explicatif très détaillé¹³²⁸. Une procédure de consultation, autorisée par le Conseil fédéral dans sa séance du 02.10.2000, a été menée d'octobre 2000 à fin avril 2001 sur la base du projet repris tel quel. Le classement des réponses à cette procédure a été publié en 2004. Le Conseil fédéral a toutefois décidé de ne pas inclure ce projet de révision au programme de la législature 2003-2007.
- 1552 Vu le peu d'empressement du Département fédéral de justice et police à faire avancer le projet, il est probable que celui-ci ne voie jamais le jour tel quel sous forme de loi¹³²⁹. Néanmoins, il présente un intérêt pour le sujet qui nous occupe dans la mesure où l'unification du droit de la prescription pour tout le droit de la responsabilité civile devra sans doute se faire tôt ou tard. Les disparités du système sont telles que le législateur devra aborder ce problème, quel que soit en définitive le contenu du futur droit de la responsabilité civile. Dès lors, les travaux de recherche et de rédaction législative déjà effectués serviront certainement de base à un futur droit de la prescription unifié¹³³⁰.
- 1553 Nous présenterons brièvement le système de la prescription selon l'avant-projet avant d'en exposer les conséquences d'un point de vue des modifications conventionnelles et de la renonciation. A ce sujet, la disposition prévue sur la renonciation (article 55 AP LRCiv) présente un intérêt particulier.

Section 1 La prescription en général

- 1554 L'avant-projet ne modifie pas fondamentalement la réglementation de base de la prescription en matière délictuelle (N 105-106 et 117-118), mais l'unifie largement pour toutes les lois concernées. En plus de l'introduction d'une nouvelle règle sur la renonciation déjà mentionnée, les trois principales modifications consistent en l'allongement des délais, à savoir trois ans pour le délai relatif et 20 ans pour le délai absolu (article 55 AP LRCiv), la suppression du délai de prescription extraordinaire et l'introduction d'une règle expresse sur la prescription de l'action récursoire (article 55c AP LRCiv)¹³³¹. Les délais applicables à cette dernière sont

¹³²⁸ Pour une appréciation du projet dans son ensemble, voir notamment: CHAPPUIS CHRISTINE/WERRO FRANZ, La responsabilité civile: à la croisée des chemins, in RDS 122 II, pp. 237-396; FOËX BÉNÉDICT/WERRO FRANZ (éd.), La réforme du droit de la responsabilité civile, Enseignement de 3^e cycle de droit, Schulthess Zurich 2004; PORTMANN WOLFGANG, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts – Eine Auseinandersetzung mit dem geplanten Bundesgesetz, in RDS 120 I, pp. 327-350; WEBER STEPHAN/FUHRER STEPHAN (éd.), Retouchen oder Reformen?, Schulthess Zurich 2004; WINIGER BÉNÉDICT, L'architecture de l'Avant-projet de loi sur la responsabilité civile, in RDS 120 I, pp. 299-326.

¹³²⁹ PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, p. 75.

¹³³⁰ Pour d'autres propositions de réforme du droit de la prescription, voir PICHONNAZ, La prescription de l'action en dommages-intérêts, pp. 86-95.

¹³³¹ Pour la justification de ces modifications, voir WIDMER/WESSNER, pp. 215-218 et 223-227.

également de trois et 20 ans, le point de départ du délai relatif étant le moment de l'exécution complète de la réparation et la connaissance de la personne coresponsable.

- 1555 L'avant-projet introduit une nouvelle règle prévoyant que la prescription reste suspendue tant que dure un procès dont la créance fait l'objet (proposition de nouvel article 134 chiffre 7 CO). Une telle disposition rendrait naturellement superflu tout acte d'interruption ou toute renonciation à la prescription en cours pendant la durée de l'instance.
- 1556 Globalement, la prolongation du délai de prescription relatif a été saluée lors de la procédure de consultation, alors que les prises de position étaient plutôt négatives quant à l'allongement du délai absolu, jugé excessif¹³³². L'introduction d'un article sur la renonciation et l'action récursoire a reçu dans l'ensemble un accueil favorable¹³³³.

Section 2 La modification conventionnelle des délais

A. Les principes applicables

- 1557 Sur le plan des modifications apportées par les parties à la réglementation de base de la prescription (principe de la prescription, nature du délai, causes de suspension et d'interruption), l'avant-projet n'amène aucune modification. A l'image de certaines lois actuelles de responsabilité civile (N 820-834), il contient une disposition sur les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité (article 57 AP LRCiv). Pour ce qui est des atteintes à la vie, l'intégrité physique ou psychique ou l'environnement, il n'est pas possible aux parties de limiter ou d'exclure la responsabilité (article 57 alinéa 1 AP LRCiv). Par conséquent, tout abrègement du double délai de prescription s'en trouve par la même occasion prohibé. En revanche, rien n'interdirait la prolongation du délai relatif.
- 1558 L'avant-projet est plus souple concernant les dommages matériels et purement économiques. Il tolère les clauses exclusives et limitatives, sauf lorsque l'auteur du dommage commet une faute grave, lorsque la personne lésée se trouve au service de l'auteur du dommage, lorsque la responsabilité découle d'une activité soumise à autorisation ou concession ou lorsque la clause figure dans des conditions générales (article 57 alinéa 2 AP LRCiv)¹³³⁴. L'avant-projet ne donne aucune précision quant à d'éventuelles clauses sur un abrègement du délai de prescription relatif ou absolu.
- 1559 Selon l'intention des auteurs de l'avant-projet, presque toutes les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité sont régies par l'article 57 AP LRCiv. Cela découle de la volonté de soumettre toutes les violations dites positives du contrat au droit de la responsabilité civile (article 42 AP LRCiv)¹³³⁵. Ainsi, tous les droits d'action liés à des créances fondées sur de telles violations seraient soumis au délai de prescription délictuel et non plus aux délais du titre troisième.
- 1560 Y a-t-il une volonté implicite de soustraire la prescription à la règle très stricte de l'article 129 CO et de permettre un abrègement du double délai de prescription dans une clause limitative de responsabilité concernant les dommages matériels et purement économiques ? Une telle volonté ne peut probablement pas être déduite de l'avant-projet qui, comme nous l'avons déjà expliqué, n'amène pas de changement de paradigme en matière de prescription. Le système reste globalement le même, avec quelques modifications ponctuelles. Or, par ce système, le

¹³³² Classement des réponses à la procédure de consultation, pp. 307-316.

¹³³³ Classement des réponses à la procédure de consultation, pp. 317-320.

¹³³⁴ Voir WIDMER/WESSNER, pp. 260-263.

¹³³⁵ Pour la justification, voir WIDMER/WESSNER, pp. 65-69.

législateur veut accorder un standard de protection minimale au créancier et exclut tout abrègement (N 778-785 et 820-825). Il peut certes sembler paradoxal de tolérer pour certains domaines une clause exclusive de responsabilité et de ne pas admettre simplement l'abrègement du délai de prescription dans une clause limitative. Une telle situation découle déjà de la réglementation actuelle (articles 100 et 101 CO en relation avec l'article 129 CO) et est voulue par le législateur. Par conséquent, à défaut d'une disposition expresse, les règles de l'avant-projet ne toléreraient pas une clause limitative abrégeant le double délai de prescription, quel que soit le type de dommage envisagé.

B. La classification des délais

- 1561 Sur la base des développements qui précèdent, il nous est possible de classer les délais de prescription prévus aux articles 55 et 55c AP LRCiv dans les catégories générales que nous avons établies (N 837-907).
- 1562 Les délais relatifs de trois ans des articles 55 et 55c AP LRCiv correspondent à la catégorie des délais minimaux, conformément à ce qui vaut pour l'actuel délai relatif de l'article 60 alinéa 1 CO (N 883) et les dispositions qui règlent spécifiquement l'action récursoire (N 890-893, 895 et 897). Par conséquent, ces deux délais ne peuvent pas être abrégés. En revanche, ils peuvent être prolongés originairement ou subséquemment, ceci jusqu'à la durée maximale de vingt ans qui est celle du délai absolu (N 758). Toutefois, même si l'avant-projet ne règle que la renonciation et non pas les modifications conventionnelles, il serait possible que l'article 55a alinéa 1 AP LRCiv veuille également restreindre indirectement la faculté de modifier le délai relatif. En effet, en fixant des limites à la durée de la renonciation dans le cadre du premier délai absolu de 20 ans, il se pourrait que l'avant-projet ait aussi vocation à déployer cet effet sur d'éventuelles modifications conventionnelles subséquentes. Il introduirait ainsi une restriction qui n'existe pas dans le droit actuel, ce dernier permettant tout à fait de tenir compte, pour une modification subséquente, d'un nouveau point de départ du délai absolu (N 783-784).
- 1563 Quant aux deux délais absolus de 20 ans, ils entrent dans la catégorie des délais absolument invariables, comme c'est par ailleurs actuellement le cas du délai absolu de l'article 60 alinéa 1 CO (N 844). Pour les raisons que nous avons mentionnées, un abrègement est prohibé, tandis qu'une prolongation n'est par définition plus possible, étant donné la durée du délai qui dépasse la durée subsidiaire de l'article 127 CO (voir N 790).

Section 3 La renonciation

- 1564 Se basant sur les travaux de la Commission d'étude¹³³⁶, les auteurs de l'avant-projet proposent pour la responsabilité civile une réglementation de la renonciation à la prescription qui diverge de celle de l'article 141 CO. Comme pour le reste de l'avant-projet, la nouvelle disposition de l'article 55a AP LRCiv aurait vocation à s'appliquer aussi aux cas dans lesquels la créance résulterait d'une violation positive du contrat.

A. Les conditions

- 1565 L'avant-projet ne fait aucune distinction entre la renonciation à la prescription en cours et la renonciation à la prescription acquise. Les définitions que nous avons données pour ces deux hypothèses seraient cependant toujours valables selon la disposition proposée par les auteurs

¹³³⁶ Rapport de la Commission d'étude, pp. 131-132.

de l'avant-projet. La renonciation reste conçue comme un acte juridique unilatéral, émanant dans le cas particulier de la personne responsable. L'avant-projet ne distingue pas la renonciation de la modification conventionnelle.

a) *Moment de la renonciation*

1566 Selon le texte même de l'article 55a AP LRCiv, la renonciation à la prescription n'est possible qu'à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé de se produire. Cette formulation introduit une modification importante par rapport au droit actuel en ce sens qu'elle semble avoir pour conséquence qu'une renonciation originaire au délai relatif est licite, en raison du point de départ lié notamment à la connaissance du dommage. L'article 141 alinéa 1 CO, auquel nous attribuons une portée générale (N 1107), ne permet jamais une renonciation originaire (ou anticipée). Toutefois, il est fort probable que sur ce point, l'avant-projet veuille en fait régler les modifications conventionnelles (N 1562).

b) *Déclaration expresse*

1567 L'article 55a AP LRCiv pose l'exigence d'une renonciation expresse, c'est-à-dire énoncée oralement ou par écrit en termes explicites, ceci pour permettre à la personne lésée d'être au clair quant à la volonté de la personne responsable¹³³⁷.

B. La durée maximale

1568 La durée maximale de la renonciation est de 20 ans dès la survenance du fait dommageable ou du moment où il a cessé de se produire. Ainsi, la durée possible de la renonciation à la prescription en cours ou acquise diminue au fur et à mesure que le temps s'écoule¹³³⁸. Dès que le premier délai de 20 ans est échu, la renonciation à la prescription en cours ou acquise est limitée à une durée de trois ans.

C. Les effets

1569 L'avant-projet ne définit pas davantage que l'article 141 alinéa 1 CO l'effet de la renonciation à la prescription.

a) *Pour la renonciation à la prescription qui n'a pas encore couru*

1570 Un effet particulier peut se produire quant au délai relatif si ce dernier n'a pas encore commencé à courir. Le débiteur peut y renoncer avant qu'il n'ait commencé à courir (N 1566). A notre avis, il y a toutefois lieu d'éviter une telle conséquence qui ne correspond pas à l'institution de la prescription. Ainsi que nous le préconisons pour le droit actuel, il faut donner une solution pragmatique à ce problème. Etant donné que le délai relatif est un délai minimal et ainsi susceptible d'être prolongé (N 1562), la renonciation qui serait faite avant qu'il n'ait commencé à courir pourrait être interprétée comme une modification conventionnelle originaire admissible, dans la mesure où l'accord de la personne lésée peut être présumé (N 1255-1256). La durée de la prolongation serait alors exprimée par la teneur de la renonciation.

b) *Pour la renonciation à la prescription en cours*

1571 Comme nous l'avons expliqué, la renonciation à la prescription en cours ne constitue pas un acte interruptif à proprement parler, mais elle déploie un effet analogue, à savoir la prolongation de la durée de la prescription, qui peut être limitée dans le temps (voir N 1193, 1198 et

¹³³⁷ WIDMER/WESSNER, p. 221.

¹³³⁸ KESSLER, p. 169; WIDMER/WESSNER, pp. 220-221.

1207). Elle vise à la fois le délai relatif et le délai absolu. A défaut de limite dans le temps, elle rétablit toujours le (double) délai de prescription dans son entier (pour les détails, voir N 1218-1225).

- 1572 L'avant-projet propose une nouvelle réglementation sur ce point. En effet, la durée maximale de la renonciation diminue à compter de la survenance du fait dommageable ou du moment où il a cessé de se produire (N 1568). Cela signifie donc que la renonciation ne peut avoir pour effet que de prolonger le délai de prescription relatif jusqu'à la durée du délai absolu.
- 1573 Un effet singulier de cette réglementation survient si un acte interruptif a eu lieu. Selon ce qui ressort de la règle de l'article 55b AP LRCiv, l'effet d'un tel acte est défini par l'article 135 CO et vise aussi le délai absolu (voir N 165) qui recommence à courir en même temps que le délai relatif. En admettant qu'il y ait notification d'un commandement de payer deux ans et demi après la survenance du fait dommageable, le délai absolu arriverait à échéance vingt ans après la notification du commandement de payer. Si, pour éviter une nouvelle poursuite, la personne responsable déclare renoncer à la prescription, elle ne pourra alors plus renoncer à la prescription jusqu'à l'échéance effective du délai absolu, mais seulement jusqu'à l'échéance du premier délai absolu.
- 1574 Une incertitude subsiste quant à la situation juridique qui se présente peu avant l'échéance de ce premier délai absolu. Selon le système voulu, la personne responsable ne pourrait pas renoncer au-delà de ce délai. Pour ce faire, il faudrait attendre que ce délai arrive à échéance (article 55a alinéa 1 deuxième phrase AP LRCiv), ce qui ne peut être une conséquence voulue car la renonciation serait privée de sa raison d'être. A notre avis, il faudrait interpréter cette disposition dans le sens que toute renonciation intervenant moins de trois ans avant l'échéance du (premier) délai absolu vaut au plus pour une durée de trois ans.
- 1575 De manière générale, c'est la déclaration de renonciation à la prescription en cours qui définit elle-même sa durée. A défaut, elle vaut toujours pour une durée de trois ans (article 55a alinéa 2 AP LRCiv).

c) Pour la renonciation à la prescription acquise

- 1576 L'effet d'une renonciation à la prescription acquise ne changerait probablement pas par rapport au droit actuel. La situation serait par conséquent la même que si le délai recommençait à courir (N 1391-1392).
- 1577 Si la renonciation à la prescription acquise intervient avant l'échéance du premier délai absolu de 20 ans (cas dans lequel elle ne touche que le délai relatif), elle peut être donnée pour une durée dont l'échéance correspond à celle du premier délai absolu de 20 ans. Par analogie à ce qui vaudrait pour la renonciation à la prescription en cours, nous admettons qu'elle pourrait toujours être donnée pour trois ans au moins (N 1574).
- 1578 Si la renonciation à la prescription acquise intervient après l'échéance du premier délai absolu de 20 ans, elle vaut toujours au maximum pour une durée de trois ans (article 55a alinéa 1, deuxième phrase AP LRCiv).
- 1579 A défaut de durée précise indiquée, elle vaut pour une durée de trois ans (article 55a alinéa 2 AP LRCiv).

d) Dans la relation entre assureur et assuré

- 1580 Contrairement au droit actuel, l'avant-projet prévoit que la renonciation à la prescription (en cours ou acquise) de la personne responsable lie *ex lege* aussi son assureur et vice versa (article 55a alinéa 3 AP LRCiv), ceci pour faciliter la tâche de la personne lésée et dans l'optique

d'harmoniser la réglementation de la renonciation avec celle de l'interruption et de la suspension selon l'article 55b AP LRCiv¹³³⁹.

¹³³⁹ WIDMER/WESSNER, p. 221.

Chapitre II Appréciation du système

Section 1 Sous l'angle de la modification conventionnelle des délais

- 1581 La classification des délais de l'avant-projet que nous avons donnée ne diffère pas de celle des délais actuels du droit de la responsabilité civile (N 1561-1563). Force est de constater que de ce point de vue la réglementation proposée s'intègre bien dans le paysage suisse de la prescription, sauf en ce qui concerne l'éventuelle restriction à la prolongation du délai relatif (voir N 1562). Nous renonçons à nous prononcer ici sur la question de la durée à donner aux délais.
- 1582 La difficulté liée à la possible renonciation originaire au délai de prescription relatif peut être contournée en la considérant comme une modification conventionnelle (N 1570).

Section 2 Sous l'angle de la renonciation

A. En général

- 1583 Alors que STEIN déclarait, sur la base d'un projet antérieur, que la disposition à la renonciation à la prescription était parfaite (le délai relatif étant de deux et non de trois ans)¹³⁴⁰, l'étude attentive des conséquences de cette réglementation montre qu'elle souffre de certains défauts.
- 1584 La première critique fondamentale concerne l'opportunité de régler la renonciation à la prescription différemment dans la responsabilité civile. Il est en effet difficile de concevoir que le même code contienne deux règles très diverses sur la même institution à quelques articles d'intervalle. Sur ce point, nous rejoignons la critique formulée par KESSLER¹³⁴¹.

B. Concernant la renonciation à la prescription en cours

- 1585 Le mécanisme prévu par l'article 55a alinéa 1 AP LRCiv qui veut que la durée maximale de la renonciation à la prescription en cours diminue au fil du temps ne correspond pas à la situation juridique actuelle et sa justification est problématique. A l'heure actuelle, par une renonciation à la prescription en cours pour toute la portion déjà écoulée du délai, le débiteur peut produire, pour les deux délais (pour les détails, voir N 1218-1225), un effet similaire à une interruption du créancier. La raison pour laquelle cette faculté devrait à l'avenir lui être retirée en matière de responsabilité civile, dans laquelle ce type de déclaration est fréquent, n'est pas expliquée par les auteurs de l'avant-projet¹³⁴². Quels qu'en soient les motifs, cette modification ne s'impose pas et il nous semble que le principe général valable actuellement pourrait continuer à livrer ses bons et loyaux services aussi dans le domaine de la responsabilité civile, d'autant plus que le Tribunal fédéral l'admet de manière uniforme pour tous les délais selon sa dernière jurisprudence (N 1061).
- 1586 La disposition selon laquelle la renonciation à la prescription en cours non limitée dans le temps vaut pour une durée de trois ans (article 55a alinéa 2 AP LRCiv) est une nouveauté in-

¹³⁴⁰ STEIN, p. 321.

¹³⁴¹ KESSLER, p. 171.

¹³⁴² WIDMER/WESSNER, pp. 220-221.

téressante, même si elle n'est pas absolument nécessaire. Si une telle règle devait être introduite, il y aurait lieu de la généraliser et non seulement de la limiter au droit de la responsabilité civile.

- 1587 Pour ce qui est de l'exigence d'une renonciation expresse, les auteurs de l'avant-projet expliquent que compte tenu des conséquences de l'acte juridique en cause, on ne saurait s'accommoder d'une renonciation tacite voire présumée. Dans certaines des prises de position à la procédure de consultation, il a même été postulé que cette déclaration devrait se faire en la forme écrite¹³⁴³. Par cette exigence, l'avant-projet ne modifie pas fondamentalement la situation juridique actuelle, pour laquelle nous n'admettons en principe pas une renonciation implicite à la prescription en cours (N 1135-1139 et 1145). Cette solution pourrait néanmoins présenter un risque, celui de voir à l'avenir les tribunaux refuser au créancier l'invocation d'un abus de droit du débiteur (N 1140-1144) pour le motif que la loi exige une déclaration expresse pour la renonciation à la prescription en cours. Une telle conséquence serait non souhaitable. L'exigence de la forme écrite postulée par d'aucuns pourrait certes constituer une simplification au niveau de la preuve, mais elle ne s'impose pas. Par ailleurs, elle est déjà très souvent pratiquée.

C. Concernant la renonciation à la prescription acquise

- 1588 S'agissant du mécanisme de l'article 55a alinéa 1 AP LRCiv, nous renvoyons à ce que nous avons dit pour la renonciation à la prescription en cours (N 1585), étant donné que la renonciation à la prescription acquise obéirait à la même règle selon cet article (N 1576-1579). Il en va de même de la durée d'une renonciation non limitée dans le temps (N 1586).
- 1589 Pour la renonciation à la prescription acquise, l'exigence d'une déclaration expresse est problématique et risque de créer davantage de confusion qu'elle ne résoudra de problèmes. En effet, la renonciation à la prescription acquise est largement possible par actes concludants ou peut être incluse dans d'autres actes juridiques qui ne se prononcent pas expressément sur la question de la prescription (voir N 1496-1517). Un changement sur ce point ne nous semble pas opportun.

D. Dans la relation entre assureur et assuré

- 1590 La validité de la renonciation de la personne responsable envers l'assureur a été critiquée par la Société Suisse d'Assurances¹³⁴⁴. Cette réserve est compréhensible dans le sens où elle empêche l'assureur d'avoir la maîtrise du processus d'indemnisation ou de refus d'indemnisation. L'utilité d'une telle règle peut par ailleurs être mise en doute, étant donné que dans la pratique c'est souvent l'assureur qui représente l'assuré envers la personne lésée et non le contraire. Néanmoins, nous sommes d'avis que la règle pourrait être conservée telle quelle car elle favoriserait la sécurité du droit.

¹³⁴³ Voir les prises de position des cantons du Jura, de Neuchâtel, Thurgovie et Zurich ainsi que de l'Union démocratique du centre, Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 317. Voir aussi KESSLER, p. 172.

¹³⁴⁴ Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 318.

Synthèse et conclusion

Mais c'est quelquefois au moment où tout nous semble perdu que l'avertissement arrive qui peut nous sauver; on a frappé à toutes les portes qui ne donnent rien, et la seule par où on peut entrer et qu'on aurait cherchée en vain pendant cent ans, on y heurte sans le savoir, et elle s'ouvre.

MARCEL PROUST
(dans l'ouvrage posthume *Le temps retrouvé*, 1927)

Chapitre I Synthèse

- 1591 Si le législateur suisse s'est montré particulièrement inventif lorsqu'il a édicté les divers délais de prescription, autant dans la codification du droit privé que dans les lois spéciales, il n'y a que deux dispositions générales concises qui règlent l'autonomie des parties en matière de prescription, soit les articles 129 et 141 CO. Il y a relativement peu de règles spéciales consacrées à cette matière.
- 1592 Nous avons divisé la matière en deux parties qui tiennent compte des deux grands types de dispositions possibles, à savoir les dispositions bilatérales impliquant l'accord des deux parties et les dispositions unilatérales du débiteur. Cette distinction s'impose en raison de la portée différente des deux dispositions principales. En les édictant, le législateur n'a pas voulu dire deux fois la même chose (à ce sujet, voir N 713-715 et 1006).
- 1593 Le système qui ressort des règles régissant l'autonomie de la volonté en droit de la prescription extinctive est, contrairement à ce que la diversité des délais pourrait laisser présager, dans l'ensemble assez cohérent.

Section 1 Les modifications conventionnelles

- 1594 Sauf exception, la prescription ne se négocie pas. Même si ce principe n'est pas écrit en droit suisse des obligations, sa validité ne fait pour nous aucun doute.
- 1595 Pour examiner les exceptions à ce principe en ce qui concerne les dispositions bilatérales, nous avons divisé la matière en deux grands chapitres, les modifications apportées à la réglementation de base et les modifications apportées aux délais.

A. Les modifications apportées à la réglementation de base

- 1596 Dans ce domaine, notre étude a montré que la liberté des parties est restreinte. Sur plusieurs points, les parties ne disposent d'aucune liberté. Elles ne peuvent ni prévoir l'imprescriptibilité, ni ajouter ou retrancher des causes de suspension ou d'interruption de la prescription. Elles n'ont pas non plus la possibilité de remplacer le délai de prescription par une clause de péremption au sens strict ni de modifier le point de départ du délai prévu par la loi, sauf lorsque celle-ci le prévoit expressément, soit en droit des assurances privées, ou implicitement, soit dans le domaine des créances en garantie. Si les délais qu'elle instaure sont raisonnables, la clause de péremption au sens large est en principe licite.

B. La modification des délais de prescription

- 1597 En raison de la grande diversité des délais et des domaines juridiques auxquels ils appartiennent, l'étude de la liberté des parties est nettement plus difficile pour la modification des délais que pour la réglementation de base.
- 1598 La modification conventionnelle implique une modification de l'extension du délai de prescription attaché à une créance, à la différence d'une suspension, d'une interruption ou d'une renonciation à la prescription en cours. Elle introduit un délai plus long ou plus court que celui prévu par la loi. Comme elle modifie le délai attaché au droit d'action lié aux créances, elle nécessite l'accord des deux parties, en application des règles générales du droit des contrats.

- 1599 Nous avons répertorié en tout quatre régimes juridiques différents auxquels sont soumises les modifications conventionnelles:
- 1600 – Le régime général de l'article 129 CO pour les délais du titre troisième (N 724-752).
- 1601 – Le régime applicable aux délais situés hors du titre troisième (N 753-771).
- 1602 – Le régime applicable aux délais situés hors du titre troisième qui appartiennent à une catégorie particulière (N 772-792).
- 1603 – Le régime des dispositions spéciales (N 793-836).
- 1604 L'étude de ces divers régimes est nécessaire pour savoir à quelles règles sont soumis les différents délais. Néanmoins, nous avons pu établir que même s'ils sont soumis à des régimes juridiques différents, certains délais obéissent aux mêmes règles matérielles. Cela nous conduit à postuler une classification nouvelle des délais de prescription en fonction des modifications conventionnelles admises:
- 1605 – Les délais absolument invariables (« *absolut unabänderliche Fristen* »): la modification de leur extension est prohibée, que ce soit avant ou après qu'ils ont commencé à courir. Ce sont pour l'essentiel les délais du titre troisième et les longs délais de prescription (pour la liste, voir N 841-860).
- 1606 – Les délais originellement invariables (« *ursprünglich unabänderliche Fristen* »): il s'agit des délais qui ne sont pas susceptibles d'être modifiés avant qu'ils n'aient commencé à courir. Ils ne peuvent pas être abrégés mais prolongés jusqu'à leur durée maximale après qu'ils ont commencé à courir. Ce sont les courts délais de prescription que prévoit le droit suisse dans des domaines juridiques très divers (pour la liste, voir N 863-879).
- 1607 – Les délais minimaux (« *Minimalfristen* »): il s'agit des délais dont l'abrègement est proscrit mais dont la prolongation à la fois avant et après qu'ils ont commencé à courir est licite. Ce sont pour l'essentiel les délais dits relatifs du droit de la responsabilité civile et le délai du droit des assurances privées pour les prétentions contre l'assureur (pour la liste, voir N 881-899).
- 1608 – Les délais variables (« *abänderliche Fristen* »): il s'agit des délais que les parties peuvent abréger et prolonger avant ou après qu'ils ont commencé à courir. Il s'agit pour l'essentiel des délais du droit contractuel que le législateur laisse à la libre disposition des parties (pour la liste, voir N 901-907).
- 1609 Sur la base de cette classification, les parties peuvent toujours être bien renseignées sur les modifications des délais qui sont permises et celles qui sont interdites.

Section 2 La renonciation à la prescription

- 1610 Par rapport à une éventuelle disposition unilatérale du débiteur, notre étude nous a amené à distinguer quatre hypothèses:
- 1611 – La renonciation à la prescription en cours pour désigner l'abandon de la portion du délai qui a déjà couru (voir N 960 et 1117-1319).
- 1612 – La renonciation à la prescription acquise pour désigner l'abandon de l'exercice de l'exception après que le délai est écoulé (voir N 961 et 1320-1471).

- 1613 – La promesse de renonciation à la prescription acquise pour désigner l’engagement à ne pas se prévaloir de l’exception avant que le délai ne soit échu (voir N 962 et 1472-1494).
- 1614 – La renonciation implicite à la prescription acquise pour désigner l’abandon de l’exception après que le délai est écoulé, par le silence, par actes concludants ou par une déclaration dont l’objet n’est pas la prescription (voir N 963 et 1495-1549).
- 1615 Dans la pratique, la renonciation à la prescription en cours est la plus fréquente. Selon notre étude, elle est, tout comme la renonciation à la prescription acquise, régie par l’article 141 alinéa 1 CO. Ce dernier n’interdit pas au débiteur de renoncer à la portion déjà écoulée du délai, ainsi que le montre en particulier l’interprétation historique de la norme. Dans un arrêt récent (N 1061), le Tribunal fédéral a décidé à juste titre que cette règle s’applique à tous les délais de prescription et il n’y a donc plus de restrictions en ce qui concerne les délais du titre troisième du Code des obligations. La promesse de renonciation à la prescription acquise est assimilée à la renonciation à la prescription en cours.
- 1616 Quant à la renonciation à la prescription acquise, elle est en principe admissible sans restriction, que ce soit expressément ou implicitement, pour autant que le débiteur soit conscient qu’il renonce à un droit acquis.
- 1617 Pour les deux formes de renonciation, nous admettons qu’une éventuelle durée excessive soit interprétée comme proposition de modification conventionnelle si le délai dont il est question est susceptible d’être prolongé.

Chapitre II Conclusion

- 1618 En matière de prescription extinctive, trois tendances principales se dégagent des nouvelles législations civiles. Premièrement, l'abrègement des délais (toutefois avec le maintien d'un délai maximal très long), deuxièmement, la simplification du système et troisièmement, l'accroissement de l'autonomie de la volonté des parties. Sur cette dernière tendance, nous avons constaté un changement de paradigme frappant en droit allemand (N 308-346). Il en va de même dans les Principes du droit européen du contrat, qui ont été une source d'inspiration importante du droit allemand (N 457-465), ainsi que dans les Principes UNIDROIT (N 472-475). On trouve cependant une codification récente, le droit néerlandais, qui reste sur la lignée des codifications traditionnelles et établit des règles relativement peu flexibles (N 405-409).
- 1619 Faut-il déduire de la tendance actuelle que le droit suisse est trop restrictif dans la marge de liberté qu'il laisse aux parties en matière de prescription extinctive ? Nous ne le pensons pas. La prescription est une institution redoutable. Elle doit donc obéir à une réglementation de base bien définie et connue. Laisser les parties déterminer les causes de suspension ou d'interruption ou établir des délais de péremption ne répond pas à un véritable besoin pratique. Par ailleurs, il nous semblerait dangereux de laisser les parties disposer de ces règles. Le risque serait trop grand que le juge soit confronté à des formulations peu claires ou malheureuses. Même sur la base de principes somme toute assez simples et clairs, la détermination de l'état de la prescription peut s'avérer un exercice difficile pour les parties et les autorités judiciaires. A combien plus forte raison le serait-il si ces règles pouvaient être écartées au profit de règles établies par les parties, le plus souvent dans des conditions générales compliquées et formulées dans le seul but de l'être.
- 1620 Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que l'autonomie restreinte que le législateur laisse aux parties par rapport à la réglementation de base se justifie pleinement. Les exceptions qu'il permet, en particulier concernant le point de départ du délai ainsi que la clause de péremption au sens étroit en droit des assurances privées et pour les actions en garantie, sont suffisantes.
- 1621 S'agissant des délais, le législateur a laissé une liberté suffisante aux parties. Tout au plus pourrait-on se poser la question de savoir si l'interdiction de modifier par convention les délais prévus dans le titre troisième répond à une nécessité. Nous pourrions cautionner le remplacement de l'actuel article 129 CO par une norme un peu plus souple, qui poserait néanmoins des limites claires à l'autonomie de la volonté. Une interdiction pure et simple a cependant le mérite de la simplicité et de la clarté. Pour le surplus, les délais qui doivent pouvoir être discutés et modifiés sont d'ores et déjà variables. Une intervention législative ne semble donc pas nécessaire. Il serait beaucoup plus urgent de procéder à une unification des délais de prescription, en particulier dans le domaine du droit de la responsabilité civile. A cet sujet, il serait dommage que l'Avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile ne soit pas mis en œuvre au moins sur ce point, vu les avantages qu'il apporterait. Nous relevons que la Commission des affaires juridiques du Conseil national s'est prononcée récemment, à savoir dans sa séance des 11 et 12.10.2007, en faveur d'une prolongation des délais de prescription des prétentions découlant d'actes illicites lorsque le dommage se produit à long terme, en particulier eu égard aux victimes de substances nocives telles que l'amiante. Elle a adopté une motion chargeant le Conseil fédéral de reprendre la révision du droit de la responsabilité civile.
- 1622 Pour ce qui est de la renonciation à la prescription en cours, la récente jurisprudence du Tribunal fédéral a répondu aux besoins de la pratique. Il reste certes quelques questions ou-

vertes, en particulier celle de la durée maximale d'une renonciation à la prescription en cours non limitée dans le temps (N 1199-1206), mais de tels points pourront être éclaircis par la jurisprudence elle-même. Ni une intervention législative ni une disposition spéciale pour le droit de la responsabilité civile ne s'imposent.

- ¹⁶²³ Ces quelques observations nous ramènent d'une certaine façon à notre introduction (N 6). Laisser les parties négocier la prescription, c'est un peu les laisser « jouer avec le feu »...

Index

L'index se réfère à l'introduction et aux cinq parties du travail, à l'exclusion de la synthèse et de la conclusion. Les numéros renvoient aux pages. Les numéros en gras indiquent que l'entrée d'index se trouve dans un titre sur la page correspondante, soit expressément, soit d'un point de vue du contenu. Seules les entrées principales ont été prises en considération.

A

abrègement (des délais)

- autorisé
 - dans la vente immobilière, 163
 - dans la vente mobilière en général, 161
 - dans le contrat d'entreprise, 163
 - dans le premier projet de MUNZINGER, 147
 - pour les délais situés hors du titre troisième, **155**
 - pour les délais variables, 173
- dans des conditions générales
 - autorisé pour les créances en garantie, 179
 - en général, 179
 - incorporation de la clause d'abrègement pour une créance en garantie, 180
 - par le biais d'une clause de péremption, 177
- en droit étranger et international
 - dans l'avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 94
 - dans les PECL, 99
 - dans les principes UNIDROIT, 102
 - en droit allemand, 65, 66, 68
 - en droit anglais, 91
 - en droit autrichien, 76
 - en droit français, 81
 - en droit italien, 85
 - en droit néerlandais, 88
- excessif (ou inéquitable)
 - critère pour l'examen de conditions générales, 180
 - dans la vente immobilière, 163
 - dans la vente mobilière, 162
 - dans le contrat d'entreprise, 163
 - en raison d'un point de départ trop rapproché dans la vente et le contrat d'entreprise, 138
- fardeau de la preuve, 156
- légal, 144
- modifie la durée et le délai de la prescription, 144
- objet
 - ne peut faire l'objet d'une renonciation à la prescription en cours, 186
 - ne s'applique pas au nouveau délai en cas d'acte interruptif du créancier, 156
 - s'applique au nouveau délai en cas
 - d'acte interruptif du débiteur, 156
 - de renonciation à la prescription acquise, 156
 - de renonciation à la prescription en cours, 156
 - s'applique aux droits accessoires, 155
- par le biais
 - d'une clause de péremption, 126
 - d'une condition résolutoire, 124
- prohibé
 - dans le contrat d'assurance, 165
 - pour les délais absolument invariables, 160, 168
 - pour les délais du titre troisième, 153
 - pour les délais minimaux, 158, 171
 - pour les délais originellement invariables, 159, 170
 - selon certaines règles spéciales du droit de la responsabilité civile, 166
 - selon l'AP LRCiv, 284
- sanction en cas d'abrègement excessif (ou inéquitable), 156

abus de droit

- en droit allemand, 67, 69, 72
- en matière de prescription en général, **52**
- en relation avec la renonciation
 - à la prescription acquise, 247, 260
 - à la prescription en cours, 215, **232**, 242
 - implicite à la prescription acquise, 272
- limites applicables aux clauses de péremption, 127

acte

- de défaut de biens, 17, 160, 169, 171
- juridique
 - bilatéral, **144**, 186
 - conversion, 220, 230
 - de substitution, 220
 - est exigé
 - pour la promesse de renonciation à la prescription acquise, 185
 - pour la renonciation à la prescription acquise, 185, 244
 - pour la renonciation à la prescription en cours, 185, 187, 211, 212, 215, 227
 - pour la renonciation à la prescription en général, 184
 - pour la renonciation implicite à la prescription acquise, 185
 - non exigé
 - pour l’admission d’un abus de droit, 215, 272
 - pour la reconnaissance de dette, 37, 187, 272
 - unilatéral, 212, 244
- punissable, 22, 84, 169, 171, 276

action

- formatrice, 59, 126
- récursoire *voir* prétention récursoire

affrètement *voir* contrat d’affrètement**aliénation**, 190**arbitrage**, 81, 93, 94, 102, 120, 123**assurance**

- assurance « bagages et accidents de voyage », 135
- assurance casco, 180
- assurance de protection juridique, 25
- assurance de responsabilité civile, 138, 177, 217, **240**, **265**, 276
- assurance obligatoire (de responsabilité civile), 240
- assurance vol, 25
- assurance-maladie, 175
- assurance-ménage, 177
- assurance-transport, **134**, 165, 173, 178, 179
- contrat d’assurance *voir* contrat d’assurance
- en droit étranger
 - en droit allemand, 69
 - en droit français, 80, 81

- particularités en droit des assurances privées relativement à la renonciation à la prescription
 - acquise, **265**
 - en cours, **239**
 - police d’assurance, 204, 208
 - prestations d’assurance, 133
 - prime d’assurance, 80, 165
- autonomie de la volonté**, 4, 17, 59, 118, 147, 163, 175, 190, 196, 197
- en droit de la prescription, **107**
 - en droit étranger et international de la prescription, **63**
 - en droit international privé (par rapport à la prescription), 20
 - en général (définition), **107**
 - quant à la durée de la renonciation à la prescription
 - acquise, 256
 - en cours, 222, 224
 - suppression en droit de la prescription, 117

avarie (acte d’avarie commune), 171**aviation** (responsabilité civile), 171, 173**avion** (aéronef), 22, 51**B****bail** *voir* contrat de bail**banque** (responsabilité en matière bancaire), 169, 170**bateau**

- hypothèque, 22
- registre, 51
- responsabilité civile, 149, **166**, 171

bonne foi

- clauses contraires aux règles de la bonne foi, 70
- en cas d’exception soulevée par l’assureur, 242
- en cas de conversion d’un acte juridique, 220
- en relation avec l’invocation d’une erreur, 213, 252
- en relation avec la prétention récursoire, 26, 236
- lors de pourparlers avec un assureur, 133
- n’est pas une condition de la prescription, 14, 53
- notion, **52**
- prélèvement fait de bonne foi, 171

- principe de la bonne foi, 161, 200
 - principe de la confiance, 138, **217**, 224, **245**, **248**, 256, 259, 264, 271
- brevet d'invention**, 12, 171

C

capitaux voir placement

caution, 38, 44, 212, 234, 235, 238, 260

cautionnement

- délai fatal, 12
- en relation avec la renonciation à la prescription
 - acquise
 - pluralité de créanciers, 265
 - pluralité de débiteurs, **260**
 - en cours
 - pluralité de créanciers, **238**
 - pluralité de débiteurs, **235**
- objet de l'art. 114 CO, 31
- vaut renonciation implicite à la prescription acquise, 273

cessation de trouble, 170, 171

cession de créance, **189**, 190

change

- droit de change, 40, 171
- effet de change, 38

charge foncière, 168

chemin de fer (responsabilité civile), 149, **166**, 171

chèque (droit du chèque), 171

circulation routière, 75, **166**, 169, 172, 241

clause de péremption, **120**

- « unilatérale », 269, 270
- au sens étroit
 - admissibilité, **124**
 - définition, 120
- au sens large
 - admissibilité, **128**
 - définition, 120
- caractéristiques, **59**, **123**
- dans le contrat d'assurance en général, **132**
- dans le contrat d'assurance-transport, **134**
- distinction entre la clause de péremption et
 - l'incombance, **121**
 - la condition résolutoire, **120**
 - la peine conventionnelle, **120**
- effets, **59**

- en droit étranger et international
 - dans la Directive européenne concernant les clauses abusives, 97
 - dans la vente internationale de marchandises, 94
 - en droit allemand, 69
 - en droit autrichien (*Ausschlussfrist*), 76
 - en droit français, 82
 - en droit italien, 85
- problématique, **120**
- stipulation
 - dans des conditions générales, 177
 - dans des conditions générales d'assurance, 177

clauses abusives voir conditions générales

cohéritier voir héritier

compensation, 30, 38, 44, 263, 274, 275

compromis, 39, 215, 276

computation des délais voir supputation des délais

conciliation

- citation en conciliation, 141, 212, 228
- renonciation à l'audience de conciliation, 215, 278

concours de prétentions voir solidarité

concurrence déloyale, 172

condition

- déclaration conditionnelle, 220
- déclaration inconditionnelle, 249
- obligation conditionnelle, **13**, 120, 128, 129, 130
- potestative, 121, 123, 129
- résolutoire, 13, **120**, 123, 124, 125, 129
- suspensive, 13

conditions générales, **175**

- adhésion à des conditions générales, 16
- conditions générales d'assurance, 164, 175, 240, 266
- contrôle
 - d'interprétation, 176
 - de l'intégration, 176
 - du contenu, 176
- dans l'AP LRCiv, 284
- en droit étranger et international
 - dans la Directive européenne sur les clauses abusives, 96
 - dans les PECL, 100
 - en droit allemand, **70**, **72**
 - en droit anglais, 91
 - en droit autrichien, 76

- en droit français, 81
- en droit néerlandais, 88
- modification conventionnelle
 - de la réglementation de base de la prescription, **177**
 - du délai, **178**
 - du *dies a quo* dans les conditions générales d'assurance, 139
- relativement à une clause de péremption, 131
- conduite** voir transport
- confiance**
 - abus de confiance (assurance de responsabilité civile), 138
 - créée ou éveillée, 54, 55
 - principe de la confiance voir bonne foi
- contrat d'affrètement**
 - délai de prescription variable, 174
 - en droit étranger
 - en droit allemand, 71
 - en droit autrichien, 76
- contrat d'assurance**
 - clause de péremption
 - dans des conditions générales, **177**
 - en général, 59, **132**
 - pour les assurances-transport, **134**
 - conditions générales d'assurance voir conditions générales
 - délai de prescription
 - absolument invariable pour les prétentions contre le preneur d'assurance, 169
 - en général, 19
 - minimal pour les prétentions contre l'assureur, 172
 - variable dans l'assurance-transport, 173
 - incombance, 121
 - modification du délai de prescription
 - en droit étranger
 - en droit allemand, 69
 - en droit français, 81
 - en général, 146, **164**
 - modification du point de départ du délai de prescription, **138**
 - particularités liées à la renonciation à la prescription
 - acquise, **265**
 - en cours, **239**
 - point de départ du délai de prescription, 25

contrat d'entreprise

- délai de prescription variable, 173
- durée maximale de la prescription de la créance en garantie (domaine immobilier), 152
- en droit allemand, 70
- modification conventionnelle
 - des causes d'interruption pour la prescription de la créance en garantie, **141**
 - du délai de prescription de la créance en garantie
 - dans des conditions générales, **179**
 - en général, 146, **163**
 - du point de départ du délai de prescription de la créance en garantie, **137**

contrat de bail, 12, 75, 125, 175**contrat de location de navire**, 174**contrat de prêt**, 153, 173**contrat de transport**

- avec une entreprise de transports publics, **167**, 169
- selon le CO, 153, 179

contrat de travail, 12**contrat de vente**

- délai de prescription
 - absolument invariable dans la vente de biens culturels, 169
 - originellement invariable dans la vente de biens culturels, 170
 - variable dans la vente immobilière, 173
 - variable dans la vente mobilière, 173
- en droit étranger et international
 - dans la Directive européenne sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, 97
 - dans la vente internationale de marchandises, **93**
 - en droit allemand, 69, 70
 - en droit autrichien, 76
 - en droit français, 81
- modification conventionnelle
 - des causes d'interruption pour la prescription de la créance en garantie, **141**
 - du délai de prescription de la créance en garantie, 146

- dans des conditions générales, **179**
- dans la vente de biens culturels, **162**
- dans la vente immobilière, **163**
- dans la vente mobilière en général, **161**
- du point de départ du délai de prescription de la créance en garantie, **137**
- couverture d'assurance**, 241, 242
- créance**
 - accessoire, 31, 276
 - affaiblissement, 9, 10
 - cession *voir* cession de créance
 - commune, 238, 239, 265
 - conditionnelle, 13, 121, 124
 - constatée par un acte de défaut de biens, 17, 169, 171
 - contre la masse, 243
 - dans le contrat d'assurance, **164**
 - dans le contrat lié avec une entreprise de transports publics, **167**
 - de faillite, 243
 - dépourvue de droit d'action, 29
 - divisible, 238, 239, 265
 - droit applicable selon la LDIP, 20
 - droit d'action rattaché, 13, 21
 - effets de l'interruption, **43**
 - en dommages-intérêts, **165**
 - en garantie *voir* garantie *et* contrat de vente *ou* contrat d'entreprise
 - extinction, 10
 - imprescriptible, 22, 23
 - fardeau de la preuve, 51
 - ne peut pas être prévue par convention, 118
 - ne peut pas être rendue prescriptible par convention, 119
 - individuelle, 237, 238
 - indivisible, **238**, 265
 - née avant l'ouverture de la faillite, 211, 243
 - objet de la prescription, **21**
 - ordinaire, 9
 - périmée, 60
 - prescriptible, **21**
 - prescrite
 - continue d'exister, 30
 - invocable à titre d'exception, 30
 - invocable en justice, 29

- principale, 31, 218, 246, 276
- produite dans la faillite, 212
- récursoire *voir* prétention récursoire
- soumise à un délai de péremption, 120, 127

crédit à la consommation, 153

D

dation

- en paiement, 38, 273, 275
- en vue du paiement, 273, 275

déchéance

- conventionnelle, 59
- définition, 11
- délai de déchéance, 19, 265
- en droit du contrat d'assurance, 133
- en droit international
 - dans l'avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 93

délai de péremption, 24, 46, 58, 92, 148, 166

délai de prescription

- absolu, 26
- absolument invariable, **160**, **168**
- classification, **167**
- courant parallèlement au délai de péremption conventionnelle, 60
- de droit strict, **157**
- de grâce, 45
- durée, **26**
- durée suite à une interruption, **41**
- en droit étranger et international
 - dans l'avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 93
 - dans les PECL, 99
 - dans les principes UNIDROIT, 102
 - en droit allemand, **66**
 - en droit anglais, **89**
 - en droit autrichien, **74**
 - en droit français, **79**
 - en droit italien, **84**
 - en droit néerlandais, 87
- établi par le juge à défaut de délai légal, 53
- extraordinaire, 27
- laps de temps, 11
- minimal, **158**, **171**
- modification conventionnelle
 - dans des conditions générales, **178**

- en général, **143**
- originairement invariable, **159, 170**
- relatif, 26
- supplémentaire, 45
- types, **26**
- unique, 26
- variable, **173**
- délai fatal**, 12, 13, 120, 121, 123, 128, 129, 130, 132, 133, 136
- délai limite** (à une créance), 59
- délai préfix**, 12, 82
- dessins industriels**, 12
- détenteur de véhicule** voir circulation routière
- dette**
 - de cautionnement, 235
 - de la société transférante, 172
 - divisible, 235, 236, 264
 - indivisible, effets en cas
 - d’interruption, 44, 234
 - de renonciation à la prescription
 - acquise, **260**
 - en cours, **234**
 - nouvelle dette suite à une novation, 191
 - prescrite
 - du demandeur à l’action récursoire, 264
 - garantie
 - par un cautionnement, 261
 - par un gage, 273
 - selon la LFus, 274
 - n’est pas une obligation naturelle, 29
 - novation, 274
 - son paiement ne peut pas être répété, 29, 79, 275
 - terminologie, 21
 - principale, 235, 238, 261, 276
 - reconnaissance voir reconnaissance de dette
 - reprise voir reprise de dette
 - responsabilité pour les dettes, 170, 172
 - sociale, 236, 237, 264
- disposition à titre gratuit**, **190**, 212, 243
- donation**, 29, 173, **189**, 190, 191
- droit**
 - d’action directe, **240, 241**, 265
 - d’auteur, 12
 - d’empton, 12
 - de préemption, 12, 135
 - de réméré, 12, 136

- droits civils (exercice) voir exercice des droits civils
- formateur, 10, 11, 59, 65, 73, 126, 189

E

- échange**, 173
- électricité** (responsabilité civile), **167**, 171
- émission** (théorie ou principe de l’émission), 42, 227
- empêchement**, **33**
 - causes, **35**
 - comme cause de la prolongation de la durée de la prescription, 33, 144
 - définition (notion), **33**
 - distinction par rapport au sursis, 188
 - en droit anglais, 90
 - en raison d’une interruption pendant la durée d’une suspension, 43
 - modification conventionnelle, 117, **139**
 - renonciation à la prescription en cours pendant un empêchement, 216
 - supputation des délais, 28, **34**
- enrichissement illégitime**
 - délai de prescription
 - absolument invariable, 160, 168
 - originairement invariable, 159, 170
 - relatif et absolu, 26
 - situé hors du titre troisième, 153
 - point de départ du délai, 24
 - répétition à ce titre exclue en cas de paiement d’une dette prescrite, 29
- entreprise**
 - contrat d’entreprise voir contrat d’entreprise
 - de bateaux à vapeur voir responsabilité civile
 - de chemins de fer voir responsabilité civile
 - fédérale de télécommunications, 131
- exception** (au sens technique)
 - applicabilité de l’art. 139 CO, 45
 - d’inexécution, 30
 - de péremption, 60
 - de prescription
 - application de l’art. 2 CC, 54
 - au bénéfice du débiteur, 28, 48
 - définition, **10**
 - effet (droit intact), **11**
 - garantie destinée à prévenir son invocation, 119
 - moment de l’invocation, 48

- périmée, 57
- renonciation, **185**
- imprescriptibilité des exceptions, 30
- interruption de la prescription par l'effet d'une exception, 41
- invocation d'une créance périmée par voie d'exception, 60
- péremptoire, 29, 50
- exercice des droits civils**, 36, **211**, **243**
- expédition** (théorie ou principe de l'expédition), 42, 227

F

faillite

- administration, 211, 243
- créance de faillite, 243
- intervention dans la faillite, 43
- jugement de faillite, 211
- ouverture, 23, 211, 212, 243
- production dans la faillite, 212
- publication, 212
- révocation, 212, 243
- sort de la créance contre l'assureur en cas de faillite de la personne assurée, 240

fardeau de la preuve

- d'une modification conventionnelle, **156**
- d'une renonciation à la prescription
 - acquise, **258**
 - en cours, **229**, 237
- de faits fondant l'opinion du débiteur relativement à l'état de la prescription, 247
- de l'existence d'une erreur, 250
- en matière de prescription en général, **50**

fiançailles, 170

fin du délai (de prescription), 27

for

- absence de for en Suisse, 36
- droit du for (*lex fori*), 92, 93, 94
- prorogation de for, 39, 215, 277

force de chose jugée, 30, 48

forme

- absence d'exigence de forme
 - pour la reconnaissance de dette, 37, 187
 - pour la renonciation à la prescription
 - acquise, 73, 189, 190, **245**
 - en cours, 187, **216**

- pour une modification conventionnelle, 144
- authentique, 189
- écrite, 94, 189, 290
- prévue par la procédure cantonale, 29, 47
- rejet de l'action pour des raisons formelles, 45
- fusion**, 33, 169, 170, 172

G

gage

- constitution après la publication du sursis concordataire, 212
- en droit italien, 84
- immobilier, 22, 119
- légal du lésé sur la créance envers l'assureur de responsabilité civile, 240
- mobilier, 30
- possible pour une dette prescrite, 273
- prêt sur gage, 170
- sa constitution
 - n'entraîne pas l'application de l'art. 63 al. 2 CO, 275
 - vaut reconnaissance de dette, 38
 - vaut renonciation implicite à la prescription acquise, 273

garantie

- bancaire, 38
- destinée à prévenir l'invocation de l'exception de prescription, 119
- fourniture de garantie valant renonciation implicite à la prescription acquise, 273
- par une caution, 238
- selon la LFus, 274

garantie (créance en garantie)

- dans le contrat d'entreprise *voir* contrat d'entreprise
- dans le contrat de vente *voir* contrat de vente
- entre cohéritiers, 173
- garantie à vie, 71, 162
- modification dans des conditions générales *voir* conditions générales
- soumission
 - à des incombances, 122
 - à une clause de péremption, 127

génie génétique (responsabilité civile), 169, 173

gyrobus (responsabilité civile), 171, 172

H

héritier, 27, 80, 114, 171, 173, 191

hypothèque

- légale, 38, 40, 194, 273
- sur un bateau ou un avion, 22

I

implicite

- renonciation implicite à la prescription
 - acquise, 186, 208, 243, 244, 245, 254, 259, **271**
 - en cours, **214**
- signification du terme en relation avec la renonciation à la prescription, 185

imprescriptibilité

- créances imprescriptibles, 22
- dans le projet 1878, 109
- dans les dispositions du CC, 18
- dans une convention de recours, 209
- des exceptions, 30
- en cas de refus de facturation, 23
- en droit allemand, 71, 73
- fardeau de la preuve, 51
- lien avec l'art. 141 CO, 192, 193, 196, 197
- lorsque l'exigibilité est subordonnée à un avertissement, 24
- ne peut pas être prévue
 - dans une convention
 - en général, 118
 - en prévoyant d'autres causes de suspension, 140
 - par une déclaration unilatérale du débiteur, 119, 183, 254
 - par une promesse de renonciation à la prescription acquise, 267
 - par une renonciation à l'exception de prescription, 185
- ne peut pas être supprimée par une convention, 119
- suppression pour les créances constatées par des actes de défaut de biens, 17

information (théorie ou principe de l'information), 43, 227

intérêt

- général, 100

- juridique, 52
- moratoire, 31
- paiement d'intérêts, 38, 276
- privé, **16**, 30
- public, 14, **16**, 30, 58, 67, 116, 148, 196
- social, 15

interprétation

- comme modification conventionnelle d'une renonciation à la prescription
 - acquise, 255
 - en cours, **230**
- d'une clause de garantie, 161
- de conditions générales, 176, 179
- de la clause de péremption, **127**, 130
- de la portée de l'interruption, 44
- de la reconnaissance de dette, 37
- de la renonciation à la prescription
 - acquise, **245**
 - en cours, **217**
- historique, **147**, **194**, 199, 205, 206
- littérale, 40, **147**, **192**
- systématique, **195**, 208
- téléologique, 14, **196**, 205

interruption, **36**

- actes interruptifs
 - du créancier, **39**
 - du débiteur, **37**
 - en cours de procédure, **41**
 - pas lors de l'admission d'un abus de droit, 56
 - pas par un courrier (droit suisse), 56, 197
 - pas par une renonciation à la prescription en cours, 207, **222**
- dans l'AP LRCiv, 284, 288
- de la péremption
 - conventionnelle, 60, 132
 - légale, 59
- de la prescription acquisitive, 13
- définition (notion), **36**
- du délai
 - absolu, 37
 - extraordinaire, 37, 226
 - modifié par convention, 156
 - relatif, 37
- effets
 - distinction par rapport à l'admission d'un abus de droit, 57
 - ne touche pas l'extension du délai de prescription, 144

- prolonge la durée de la prescription, 33, 207, 221
- quant à la créance, **43**
- quant à la durée du nouveau délai, **41**
- quant à une action mal introduite, **45**
- quant au point de départ du nouveau délai, **42**
- quant aux personnes coobligées, **44**
- en droit des sociétés, 236
- en droit étranger et international
 - dans l’avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 94
 - dans les PECL, 99
 - en droit allemand, 66
 - en droit anglais, 90
 - en droit autrichien, 75, 76
 - en droit français, 80, 82, 83
 - en droit italien, 85
 - en droit néerlandais, 87, 88
- fardeau de la preuve, 51, 229, 258
- lors de pourparlers, 56
- modification conventionnelle
 - en droit de la vente et du contrat d’entreprise, **141**
 - en général, 117, **140**, 177
- pendant la durée de l’instance, 284
- plus possible après l’échéance du délai, 37, 143, 257
- renonciation à la prescription en cours comme succédané de l’interruption, 233
- renonciation par le créancier à interrompre, 55
- supputation des délais (nouveau délai), 28, 41

L

légalité (principe de la légalité), **17**

légataire, 168

lex

- *causae*, 20
- *fori*, 92, 93
- *mercatoria*, 102

Lidlohn, 22

M

mainlevée, 29, 278

manifestation de volonté

- accord du créancier présumé en cas d’absence de manifestation de volonté expresse, 230

- condition de la renonciation à la prescription

- acquise, **244**
- en cours, 187, **212**
- directe, 43, 227, 258
- entre particuliers, 227
- indirecte, 43, 227, 228, 258
- non équivoque, 83
- pour invoquer l’exception de prescription, 74
- remise à la poste, 42
- unilatérale, 11, 73

maxime éventuelle, **47**

modèles industriels, 12

modification conventionnelle, **105**

- autonomie de la volonté, **107**
- dans des conditions générales, **175**
- de la réglementation de base de la prescription, **118**
 - actes interruptifs, **140**
 - causes d’empêchement et de suspension, **139**
 - nature du délai, **120**
 - point de départ du délai, **135**
 - principe de la prescription, **118**
- des délais, **143**
 - classification des délais en fonction des modifications possibles, **167**
 - moment, **143**
 - notion, **144**
 - régime général (délais du titre troisième), **147**
 - règles applicables, **145**
 - règles spéciales
 - dans la responsabilité civile, **165**
 - dans la vente de biens culturels, **162**
 - dans la vente immobilière, **163**
 - dans la vente mobilière en général, **161**
 - dans le contrat d’assurance, **164**
 - dans le contrat d’entreprise, **163**
 - situés hors du titre troisième
 - appartenant à une catégorie particulière, **157**
 - en général, **153**
- en droit étranger et international
 - dans l’avant-projet de CEC, **100**
 - dans la vente internationale de marchandises, **94**
 - dans les PECL, **99**

- dans les principes UNIDROIT, **102**
- en droit allemand, **67**
- en droit anglais, **91**
- en droit autrichien, **75**
- en droit français, **80**
- en droit italien, **85**
- en droit néerlandais, **87**
- originaire
 - d'un délai relatif, **172**
 - de la réglementation de base de la prescription, **118**
 - du délai de prescription, **143**
 - terminologie, **4**
- postérieure
 - de la réglementation de base de la prescription, **118**
 - du délai de prescription, **143**
- subséquente
 - de la réglementation de base de la prescription, **118**
 - du délai de prescription, **144**, **159**, **285**
 - terminologie, **4**

N

navigation intérieure, **173**
navire voir contrat de location de navire
nouveau départ du délai voir interruption
novation, **191**, **274**
nucléaire (responsabilité civile en matière nucléaire), **166**, **172**

O

objection
 – de compensation, **30**, **44**
 – de péremption, **11**, **60**
obligation
 – civile affaiblie, **29**
 – conditionnelle voir condition
 – imparfaite, **28**
 – naturelle, **28**, **74**
 – réprouvée par la loi, **29**

obtentions végétales, **171**
ordre public, **16**, **55**, **58**, **60**, **81**, **82**, **107**, **134**
organismes pathogènes (responsabilité civile), **169**, **173**

P

peine conventionnelle, **31**, **71**, **119**, **120**, **127**, **274**
perception (théorie ou principe de la perception), **43**, **227**
péremption
 – caractéristiques et effets, **58**
 – conditions, **58**
 – conventionnelle voir clause de péremption
 – définition, **11**
 – délai voir délai de péremption
 – distinction entre la prescription et la péremption, **11**, **58**
 – légale, **58**
 – règles générales en droit italien, **84**
personnalité
 – (quasi)-personnalité juridique, **236**, **237**, **239**, **264**
 – droits de la personnalité, **21**, **84**, **107**
pétition d'hérédité, **168**, **172**
placement
 – de capitaux, **167**, **169**, **173**
 – fonds de placement, **167**
point de départ (du délai), **22**
 – dans l'AP LRCiv, **284**
 – en droit de la responsabilité civile, **23**
 – en droit du contrat d'assurance, **25**
 – en droit étranger et international

- dans l'avant-projet de CEC, **100**
- dans la vente internationale de marchandises, **93**
- dans les PECL, **99**
- en droit allemand, **65**, **66**, **68**, **70**, **71**, **73**
- en droit anglais, **90**, **91**
- en droit autrichien, **74**, **75**
- en droit français, **80**
- en droit italien, **84**, **85**
- en droit néerlandais, **87**

- fardeau de la preuve, **51**, **229**
- lorsque l'exigibilité est subordonnée à un avertissement, **24**

- modification conventionnelle
 - dans des conditions générales, **178**, 179
 - dans des conditions générales d'assurance, 178
 - dans la vente
 - en général, **137**
 - immobilière, 163
 - mobilière, 161, 162
 - dans le contrat d'assurance, **138**
 - dans le contrat d'entreprise, **137**, 163
 - en général, 117, 132, **135**, 156
 - par un sursis, **137**, 188
 - si le point de départ est lié à l'exigibilité, **135**
 - si le point de départ n'est pas lié à l'exigibilité, **137**
- pour l'enrichissement illégitime, 24
- pour les prestations périodiques, 25
- pour les prétentions récursoires, 25, 262
- règles du titre troisième s'y rapportant, 195
- suite à une interruption, **42**
- porte-fort**, 273
- possession**, 79, 170
- Poste** (responsabilité civile), 149, **166**, 171
- pourparlers**
 - avec un assureur, 133, 217
 - en droit étranger et international
 - dans la vente internationale de marchandises, 94
 - en droit allemand, 56, 67
 - en droit anglais, 91
 - en droit autrichien, 56, 75, 206
 - interdits pour la personne assurée directement avec le lésé, 240, 242
 - ne sont pas une cause de suspension, 56, 140, 197, 215
 - ne valent pas
 - interruption, 56
 - reconnaissance de dette, 39
 - renonciation à la prescription en cours, 215
 - peuvent valoir renonciation implicite à la prescription en cours à titre exceptionnel, 215
 - précédant le procès, 279
 - représentation par un assureur, 241, 266
- poursuite**
 - acte de poursuite, 41, 80
 - autorités de poursuite et de la faillite (responsabilité), 169, 172
 - droit de la poursuite pour dettes et la faillite, 17, **19**, 45, 46, 153, 160, 190
 - empêchement d'intenter une poursuite en Suisse, 36
 - infructueuse, 160
 - rejetée pour des raisons formelles, 45
 - réquisition, 44, 212
 - ultérieure, 160
- prescription** (en général)
 - abrègement des délais *voir* abrègement
 - abus de droit *voir* abus de droit
 - acquisitive, 4, **13**, 74, 79
 - buts, **14**
 - conditions (de sa survenance), **21**
 - dans l'AP LRCiv, **283**
 - définition
 - négative, **11**
 - positive, **9**
 - effets, **28**
 - empêchement *voir* empêchement
 - en droit étranger et international
 - dans l'avant-projet de CEC, **100**
 - dans la vente internationale de marchandises, **93**
 - dans les PECL, **99**
 - dans les principes UNIDROIT, **102**
 - en droit allemand, **65**
 - en droit anglais (*limitation of actions*), 89
 - en droit autrichien, **74**
 - en droit français, **79**
 - en droit italien, **84**
 - en droit néerlandais, **87**
 - fondement, **14**
 - interruption *voir* interruption
 - invocation, **47**
 - modifications conventionnelles *voir* modification conventionnelle
 - preuve, **50**
 - prolongation de la durée *voir* prolongation de la durée de la prescription
 - prolongation des délais *voir* prolongation
 - règles applicables
 - internationales, **20**
 - internes, **18**
 - renonciation *voir* renonciation
 - suspension *voir* suspension

prêt

- contrat de prêt *voir* contrat de prêt
- sur gage, 170

prétention récursoire

- convention de recours, 141, 208
- dans l'AP LRCiv, 283
- en droit allemand, 69
- en matière (de/du/d')
- cautionnement, 261
- circulation routière, 172
- contrat d'assurance, 266
- coopérateurs personnellement responsables, 172
- génie génétique, 173
- navigation intérieure, 173
- nucléaire, 172
- organismes pathogènes, 173
- transport par conduites, 173
- en relation avec la renonciation à la prescription
 - acquise, **262**, 265
 - en cours, 199, 208, **235**
- non réglée spécialement, 168
- objet de l'art. 114 CO, 31
- point de départ du délai, 25

privation de liberté à des fins d'assistance, 170

produit (responsabilité civile du fait des produits), 69, 76, 81, 97, **167**, 172

prolongation (des délais)

- autorisée
 - dans la vente immobilière, 163
 - dans la vente mobilière en général, 161
 - dans le contrat d'entreprise, 163
 - pour les délais minimaux, 158, 171
 - pour les délais originaires invariables après qu'ils ont commencé à courir, 159, 170
 - pour les délais situés hors du titre troisième, **154**
 - pour les délais variables, 173
 - selon certaines règles spéciales du droit de la responsabilité civile, 166
- comme cause de la prolongation de la durée de la prescription, **46**, 144
- dans des conditions générales, 179
- doublée d'une renonciation à la prescription en cours, 187
- durée maximale
 - dans la vente immobilière, 163

- dans le contrat d'entreprise, 164
- en général, 154
- par une convention sur le point de départ du délai dans la vente et le contrat d'entreprise, 138
- pour les délais minimaux, 159
- pour les délais originaires invariables, 159
- en droit étranger et international
 - dans l'avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 94
 - dans les PECL, 99
 - dans les principes UNIDROIT, 102
 - en droit allemand, 71, 72
 - en droit anglais, 91
 - en droit autrichien, 76
 - en droit du transport ferroviaire, 92
 - en droit du transport maritime, 92
 - en droit français, 81
 - en droit italien, 85
 - en droit néerlandais, 88
- fardeau de la preuve, 156
- interprétation d'une renonciation à la prescription en cours comme prolongation conventionnelle, 230
- objet
 - ne s'applique pas au nouveau délai en cas d'acte interruptif du créancier, 156
 - s'applique au nouveau délai en cas
 - d'acte interruptif du débiteur, 156
 - de renonciation à la prescription acquise, 156
 - de renonciation à la prescription en cours, 156
 - s'applique aux droits accessoires, 155
- par le biais
 - d'une clause ajoutant des causes d'interruption dans la vente et le contrat d'entreprise, 141
 - d'une clause de modification des causes de suspension dans la vente et le contrat d'entreprise, 140
 - non par le biais d'une renonciation à la prescription en cours, 200
- prohibée
 - dans le contrat d'assurance pour les prétentions contre le preneur d'assurance, 165

- motifs du législateur, 157
- pour les délais absolument invariables, 160, 168
- pour les délais du titre troisième, 152
- pour les délais originaires invariables avant qu'ils n'aient commencé à courir, 159, 170
- sanction si elle est excessive
 - en général, 156
 - par une convention sur le point de départ du délai dans la vente et le contrat d'entreprise, 138
 - par une convention touchant à l'exigibilité, 136

prolongation de la durée de la prescription

- articles du titre troisième s'y rapportant, 195
- au-delà du délai originaire après une renonciation à la prescription acquise, 255
- en cas d'abus de droit, 56
- en droit étranger
 - en droit allemand, 66
 - en droit anglais, 90
 - en droit autrichien, 75
 - en droit français, 80
 - en droit italien, 85
- en général (notion), 33
- fardeau de la preuve, 51, 229, 258
- par le biais
 - d'une convention de sursis, 139
 - d'une promesse de renonciation à la prescription acquise, 268
 - d'une renonciation à la prescription en cours
 - détermination de la durée au cas particulier, 224
 - durée maximale, 223
 - en général, 186, 207, 215, 221

propriété

- acquisition de la propriété, 79
- droit de propriété, 74
- intellectuelle, 12, 21, 172
- libre propriété, 107
- transfert de propriété, 163

R

radioprotection (responsabilité civile), 169, 173

réception (théorie ou principe de la réception), 43, 73, 227

reconnaissance de dette

- définition et formes, 37
- distinction (ou assimilation) par rapport à la renonciation
 - à la prescription en cours, 187, 218
 - expresse à la prescription acquise, 245, 246
 - implicite à la prescription acquise, 272
- en droit étranger et international
 - dans l'avant-projet de CEC, 100
 - dans les PECL, 99
 - en droit allemand, 67
 - en droit anglais, 90
 - en droit autrichien, 75
 - en droit français, 80
 - en droit italien, 85
- ne vaut pas interruption si la prescription est acquise, 43
- par titre, 42
- point de départ du nouveau délai de prescription, 42

recours

- droit de recours *voir* prétention récursoire
- en matière civile, 19
- en réforme, 19, 48
- voie de recours ordinaire, 48, 279

réduction téléologique, 77, 197, 204, 207, 254

registre

- de l'état civil, 51
- des aéronefs, 51
- des bateaux, 51
- du commerce, 168, 170, 236
- foncier, 51
- public, 51

remise de dette, 274

renonciation

- à l'audience de conciliation, 215, 278
- à l'exception de prescription, 185
- à la péremption
 - conventionnelle, 60
 - légale, 59
- à la prescription, 181
 - dans l'AP LRCiv, 285, 289

- définition
 - négative, **186**
 - positive, **184, 185**
- en droit étranger et international
 - dans la vente internationale de marchandises, **94**
 - dans les principes UNIDROIT, **103**
 - en droit allemand, **72**
 - en droit anglais, **91**
 - en droit autrichien, **76**
 - en droit français, **82**
 - en droit italien, **86**
 - en droit néerlandais, **88**
- hypothèses, **183**
- notion, **183**
- règle applicable, **145, 152**
 - historique (naissance des règles générales), **107**
 - objet et champ d'application de l'art. 141 CO, **192**
- à la prescription acquise, **243**
 - applicabilité d'un délai modifié par convention, **156**
 - caractère unilatéral, **119**
 - conditions
 - exercice des droits civils, **243**
 - manifestation de volonté, **244**
 - moment possible, **245**
 - distinction par rapport à
 - l'aliénation, **190**
 - la cession de créance, **189**
 - la disposition à titre gratuit, **190**
 - la donation, **189**
 - la modification conventionnelle, **188**
 - la novation, **191**
 - effets sur la prescription
 - détermination de la durée au cas particulier, **256**
 - durée maximale, **255**
 - le débiteur peut-il se départir de sa déclaration ?, **254**
 - le délai recommence à courir, **254**
 - moments des effets et supputation des délais, **258**
 - pluralité de délais de prescription, **257**
 - selon l'AP LRCiv, **287**
 - fardeau de la preuve, **258**
- interprétation
 - détermination de l'objet, **245**
 - réserve quant à la prescription acquise, **246**
 - réserve quant à une reconnaissance de responsabilité, **246**
 - selon le principe de la confiance, **245**
- particularités en droit des assurances privées, **265**
- pluralité de créanciers
 - cautionnement, **265**
 - créance commune, **265**
 - créance divisible, **265**
 - créance indivisible, **265**
 - solidarité, **265**
- pluralité de débiteurs
 - cautionnement, **260**
 - concours de prétentions, **260**
 - dette divisible, **264**
 - dette indivisible, **260**
 - droit des sociétés, **264**
 - recours, **262**
 - règles applicables, **260**
 - solidarité parfaite, **260**
- sanction, **259**
- seule possibilité de modification postérieure, **143, 172**
- terminologie, **5, 186**
- à la prescription acquisitive, **13**
- à la prescription en cours, **211**
 - applicabilité d'un délai modifié par convention, **156**
 - caractère unilatéral, **119**
 - conditions
 - exercice des droits civils, **211**
 - manifestation de volonté, **212**
 - moment possible, **216**
 - distinction par rapport
 - à la modification conventionnelle, **186**
 - à la reconnaissance de dette, **187**
 - au sursis, **188**
 - effets sur la prescription
 - détermination de la durée au cas particulier, **224**
 - durée maximale, **223**
 - interruption ?, **222**
 - moment des effets et supputation des délais, **227**

- pluralité de délais de prescription, **225**
- prolongation de la durée, **46**, 144, **221**
- selon l'AP LRCiv, **286**
- en droit international privé, 20
- fardeau de la preuve, **229**
- implicite, **214**
- interprétation
 - détermination de l'objet, **217**
 - réserve quant à la prescription acquise, **218**
 - réserve quant à une reconnaissance de responsabilité, **218**
 - selon le principe de la confiance, **217**
- ne modifie pas le délai de prescription, 144, 149
- particularités en droit des assurances privées, **239**
- pluralité de créanciers
 - cautionnement, **238**
 - créance commune, **239**
 - créance divisible, 239
 - créance indivisible, **238**
 - solidarité, **237**
- pluralité de débiteurs
 - cautionnement, **235**
 - concours de prétentions, **234**
 - dette divisible, 236
 - dette indivisible, **234**
 - droit des sociétés, 236
 - recours, **235**
 - règles applicables, **232**
 - solidarité parfaite, **234**
- relation avec l'abus de droit, 57, 215, **232**
- sanction, **230**
- terminologie, 4, 186
- implicite à la prescription acquise, **271**
 - dans une procédure, **277**
 - en dehors d'une procédure
 - comportements et déclarations assimilés, **272**
 - comportements et déclarations non assimilés, **276**
- terminologie, 186
- promesse de renonciation à la prescription acquise, **267**
 - assimilation à la renonciation à la prescription en cours, **268**
 - caractéristiques, **267**
 - terminologie, 186
- répétition**
 - de l'indu, 79
 - droit de répétition, 24
 - exclue selon l'art. 63 al. 2 CO, 189, **275**
- représentant**, 36, 38, 83, 187, 211, 212, 237, 239
- représentation**, 234, 236, 241, 242, 266
- reprise de dette**, 39, 274
- réserve**
 - en droit des successions, 191
 - quant à la prescription acquise, 213, **218**, 244, **246**
 - quant à la prescription en cas de reprise de dette, 274
 - quant à une reconnaissance de responsabilité, **218**, **246**
 - quant au montant de la couverture d'assurance, 241, 242
- responsabilité**
 - en droit des sociétés, 169, 170
 - en matière bancaire, 169, 170
 - pour les dettes, 170, 172
- responsabilité civile**
 - abrègement des délais prohibé, 158, 166
 - AP LRCiv, 26, 27, 216, **281**
 - applicabilité de l'art. 141 CO, 206
 - assurance de responsabilité civile *voir* assurance
 - délai(s)
 - absolu, 26
 - absolument invariables, 160, 168
 - de droit strict, 157
 - extraordinaire, 27
 - minimaux, 158, 172
 - pluralité de délais
 - en cas de renonciation à la prescription acquise, 257
 - en cas de renonciation à la prescription en cours, 225
 - relatif, 26
 - en droit étranger et international
 - dans la Directive européenne sur la responsabilité du fait des produits, **97**
 - en droit allemand, 67
 - en droit anglais, 89

- en droit autrichien, 75
- en droit français, 79
- en droit italien, 84
- en droit néerlandais, 87
- en matière (de/du/d’)
- actes punissables, 169, 171
- autorités de poursuite et de la faillite, 169, 172
- autorités de surveillance du registre du commerce, 170
- aviation, 171, 173
- circulation routière, **166**, 169, 172
- entreprises de bateaux à vapeur, 149, **166**, 171
- entreprises de chemin de fer, 149, **166**, 171
- entreprises de transport de voyageurs, 169, 173
- exploitants d’installations à câble, 171
- fait des produits, **167**, 172
- fonds de placement, **167**
- génie génétique, 169, 173
- installations électriques, **167**, 171
- nucléaire, **166**, 172
- ordinaire, 168, 172
- organes de tutelle, 168, 170
- organismes pathogènes, 169, 173
- placement de capitaux, 169, 173
- Poste, 149, **166**, 171
- privation de liberté à des fins d’assistance, 170
- radioprotection, 169, 173
- services de certification de signatures électroniques, 169, 173
- transport de voyageurs, 171
- transport par conduites, 169, 173
- trolleybus et gyrobus, 171, 172
- groupe d’étude
- de Tillburg/Vienne, 95
- de VON BAR, 95
- imprescriptibilité en relation avec un acte punissable, 22
- modification conventionnelle des délais, 147, 154, **165**
- point de départ du délai, 23, 24
- prétentions récursoires *voir* prétention récursoire
- prolongation des délais
- durée maximale, 152, 154
- en principe autorisée, 166

- règles spéciales sur la prescription, 19

S

scission, 33, 169, 170, 172

sécurité du droit, 16, 90, 116, 157, 234, 254, 290

services de certification (de signatures électroniques - responsabilité civile), 169, 173

signature électronique (responsabilité civile), 169, 173

société

- à responsabilité limitée, 170
- anonyme, 169, 170
- coopérative, 169
- droit des sociétés, 170, 264
- en commandite, 236, 239
- en nom collectif, 236, 239
- simple, 236, 239
- transférante, 172

solidarité

- active, **237**, 265
- passive
- imparfaite (concours de prétentions), 44, **234**, **260**, 263
- parfaite, 44, **234**, 235, 236, 241, **260**, 263

stipulation pour autrui, 131

supputation des délais, 3, 33, 50, 92, 195, 216, 252, 257

- comprenant un samedi, 28
- Convention européenne sur la computation des délais, 20, 28, 35
- de péremption, 59
- en cas d’empêchement et de suspension, **34**
- pour la renonciation à la prescription
- acquise, **258**
- en cours, **227**

sursis

- concordataire, 190, 211, 243
- distinction entre le sursis et la renonciation à la prescription en cours, **188**
- en tant que convention individuelle, 178
- la demande de sursis vaut renonciation implicite à la prescription acquise, 274
- modification du point de départ du délai, **137**
- point de départ du nouveau délai, 43

- suspension du cours de la prescription, 139
- suspension, 33**
 - causes, 35
 - dans l’AP LRCiv, 284, 288
 - dans la LP, 19
 - dans la LTP, 167
 - dans le CC, 18
 - de la péremption
 - conventionnelle, 60
 - légale, 59
 - de la prescription acquisitive, 13
 - de procédure, 43, 45
 - définition (notion), 33
 - distinction par rapport au sursis, 188
 - effets
 - distinction par rapport à l’admission d’un abus de droit, 57
 - ne touche pas l’extension du délai de prescription, 144
 - prolonge la durée de la prescription, 33, 144, 207, 221
 - en droit étranger et international
 - dans l’avant-projet de CEC, 100
 - dans la vente internationale de marchandises, 93
 - dans les PECL, 99
 - en droit allemand, 56, 67, 68, 69, 70, 71
 - en droit anglais, 90
 - en droit autrichien, 56, 75, 76
 - en droit du transport ferroviaire, 92
 - en droit du transport routier, 93
 - en droit français, 80, 82, 83
 - en droit italien, 85
 - en droit néerlandais, 87
 - fardeau de la preuve, 51, 229, 258
 - interruption pendant sa durée, 37, 43
 - lors de pourparlers, 56, 197, 206, 215
 - modification conventionnelle, 117, 139, 177

- renonciation à la prescription en cours pour la portion du délai la précédant, 216
- supputation des délais, 28, 34

T

télécommunications voir entreprise

transaction, 38, 278

transfert de patrimoine, 33, 169, 170, 172, 274

transformation (de sociétés), 33, 169, 170, 172

transport

- aérien, 92
- assurance-transport voir assurance
- contrat de transport voir contrat de transport
- de voyageurs, 169, 171, 173
- ferroviaire, 92
- international, 20, 92
- maritime, 92, 174
- par conduites, 169, 173
- public, 147, 167, 169
- routier, 92

travail voir contrat de travail

trolleybus (responsabilité civile), 171, 172

tutelle (responsabilité civile), 168, 170

U

usufruit, 172

V

vente voir contrat de vente

vice

- caché, 150, 169
- du consentement, 213, 244, 275

voiturier, 169, 173

voyage à forfait, 69, 76, 97, 153