

LE NOUVEAU DROIT DE LA PRESCRIPTION

LE NOUVEAU DROIT DE LA PRESCRIPTION

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4248-6

© 2019 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Avant-propos

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule en principe autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

L'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2020, du nouveau droit de la prescription représentait un événement incontournable pour le public fidèle de ces journées ; il était donc logique de lui consacrer l'édition de novembre 2019.

Dans le prolongement des conférences qui ont été prononcées à cette occasion, le présent ouvrage offre une vision d'ensemble de la révision législative et de ses impacts dans différents domaines du droit des obligations. Il traite, plus particulièrement, de la renonciation à soulever l'exception de prescription, de la prescription dans le cadre de relations entre personnes coobligées, particulièrement au moment de l'action récursoire, ou encore de la prescription en procédure civile.

Nul doute que cet ouvrage offrira aux praticiennes et aux praticiens du droit, sur le long terme, un guide utile pour appliquer à bon escient les règles nouvellement entrées en vigueur.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque. Ils remercient également toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs du secrétariat de la formation continue, pour l'organisation de la journée et l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

BLAISE CARRON et NIELS FAVRE

La révision de la prescription dans la partie générale du
Code des obligations : ce qui change et ce qui reste,
et la transition entre les deux... 1

CHRISTOPH MÜLLER

La renonciation à soulever l'exception de prescription 89

ANNE-CHRISTINE FORNAGE et JACQUES FOURNIER

Coobligés, action récursoire et prescription ...
... avec des illustrations en droit de la construction 129

FRANÇOIS BOHNET

La prescription en procédure civile 157

Abréviations

a[sigle de la loi]	Version abrogée d'une loi
Abs.	Absatz (= al.)
aCO	ancienne version du Code des obligations en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
AT	Allgemeiner Teil (= partie générale)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (= ATF)
BK	Berner Kommentar (= Commentaire bernois)
BO CE/CN	Bulletin officiel du Conseil des Etats/du Conseil national
BRT	Baurechtstagung
BSK	Basler Kommentar (= Commentaire bâlois)
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre(s)
CHF	Francs suisses

Abréviations

CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220) ; version en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2020
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (abrogé)
CPC TI	Codice di procedura civile ticinese del 17 febbraio 1971 (abrogé)
CPP	Code de procédure pénale suisse (RS 312.0)
CPra	Commentaire pratique
CR [loi]	Commentaire romand (voir bibliographie)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DC	Droit de la construction
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	édition

Abréviations

édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
FS	Festschrift
FSA	Fédération suisse des avocats
HK	Handkommentar
in	dans
JDC	Journée suisse du droit de la construction
JdT	Journal des Tribunaux
LA	Loi sur l'aviation du 21 décembre 1948 (RS 748.0)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire du 3 février 1995 (RS 510.10)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (RS 837.0)
LALM	Loi fédérale concernant l'amélioration du logement dans les régions de montagne du 20 mars 1970 (RS 844)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)

Abréviations

LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (RS 741.01)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LEA	Loi fédérale sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique du 23 décembre 1959 (RO 1960 585), texte abrogé
LEaux	Loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (RS 814.20)
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (RS 818.101)
LERI	Loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation du 14 décembre 2012 (RS 420.1)
let.	lettre
LF	Loi fédérale
LFE	Loi sur les épizooties du 1 ^{er} juillet 1966 (RS 916.40)
LGG	Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain du 21 mars 2003 (RS 814.91)
LIE	Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant du 24 juin 1902 (RS 734.0)
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux du 4 octobre 1963 (RS 746.1)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (RS 935.61)
LNI	Loi fédérale sur la navigation intérieure du 3 octobre 1975 (RS 747.201)

Abréviations

LNМ	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (RS 747.30)
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPC GE	Loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (abrogée)
LPCC	Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (RS 951.31)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LPPCi	Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile du 4 octobre 2002 (RS 520.1)
LRaP	Loi sur la radioprotection du 22 mars 1991 (RS 814.50)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (RS 170.32)
LRCN	Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983 (RS 732.44)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 19 juin 1993 (RS 221.112.944)
LRH	Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 (RS 810.30)
LSC	Loi fédérale sur le service civil du 6 octobre 1995 (RS 824.0)

Abréviations

LSu	Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités du 5 octobre 1990 (RS 616.1)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTI	Loi fédérale sur les titres intermédies du 3 octobre 2008 (RS 957.1)
n.	note(s)
n°	numéro(s)
N	numéro(s) de paragraphe
NE	Neuchâtel
OFJ	Office fédéral de la justice
OR	Obligationenrecht (= droit des obligations)
p./pp.	page(s)
para.	paragraphe(s)
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
p. ex.	par exemple
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
réf.	référence(s)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral

Abréviations

RS [canton]	Recueil systématique du canton indiqué
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
SCSE	Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques du 18 mars 2016 (RS 943.03)
SJ	Semaine judiciaire
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
TC	Tribunal cantonal
TC NE	Tribunal cantonal neuchâtelois
TC VD	Tribunal cantonal vaudois
TF	Tribunal fédéral
Tf CC	Titre final du Code civil
vol.	volume
ZK	Zürcher Kommentar (= Commentaire zurichois)
ZPO	Zivilprozessordnung (= CPC)

La renonciation à soulever l'exception de prescription

par

Christoph Müller

Professeur à l'Université de Neuchâtel¹

I. Introduction.....	91
II. La qualification en tant que contrat innommé.....	93
III. Le moment de la renonciation.....	96
A. Dès l'exigibilité de la dette (art. 141 al. 1 ^{er} CO).....	96
B. Après la prescription de la dette	99
C. Champ d'application de l'interdiction de la renonciation « anticipée ».....	101
IV. La durée de validité de la renonciation.....	102
A. La renonciation pour une durée limitée	102
1. But.....	102
2. La durée maximale de dix ans.....	102
3. La renonciation pour une durée limitée supérieure à dix ans	104
B. La renonciation pour une durée illimitée.....	105
V. Le contenu et l'interprétation de la renonciation	106
VI. La forme de la renonciation	107
A. La forme écrite	107
B. Les conditions générales	109

¹ Je tiens à remercier Mme Estelle Vuilleumier, BLaw, Université de Neuchâtel, pour son aide précieuse dans la mise en forme de ce texte.

VII. Les effets de la renonciation.....	110
A. Prolongation du délai de prescription de la durée de validé de la renonciation	110
B. La renonciation à la prescription et la renonciation à l'exception.....	112
1. Le nouveau titre marginal de l'art. 141 CO	112
2. La distinction théorique.....	113
3. L'assimilation au niveau des effets pratiques.....	114
C. Le double emploi avec la suspension conventionnelle	115
D. Le double emploi avec la convention de prolongation du délai de prescription.....	117
E. Le point de départ du délai de renonciation	118
F. Effet contraignant et vices du consentement.....	120
G. Le champ d'application personnel et matériel de la renonciation.....	121
VIII. La réserve de la prescription acquise	122
IX. L'essentiel, en bref.....	123
Bibliographie	125

I. Introduction

1. La fin de l'année civile approchant, les déclarations de renonciation à l'exception de la prescription deviennent, comme chaque année à cette période, le pain quotidien des avocats. De telles déclarations ont généralement un contenu proche de l'exemple suivant :
 1. Par la présente, [___] (ci-après « le débiteur ») déclare renoncer à se prévaloir de la prescription envers [___] (ci-après « le créancier ») pour toute prétention de quelque nature que ce soit, que le créancier a fait ou pourrait faire valoir envers le débiteur sur la base ou en rapport avec le Contrat de [___] du [___].
 2. Cette renonciation est valable jusqu'au [___].
 3. Elle est soumise à la réserve que la prescription ne soit pas déjà acquise au jour de la signature de la présente déclaration.
 4. Cette renonciation est faite sans reconnaissance aucune de responsabilité de la part du débiteur.
 5. Cette renonciation est soumise au droit suisse.Signé et daté le [___] à [___]².
2. Le but d'une telle renonciation est de prolonger le délai de prescription pour permettre aux parties de clarifier leur situation juridique et/ou de trouver une solution à l'amiable à leur différend, tout en évitant les désagréments découlant des actes interruptifs de la prescription (p. ex. la notification d'un commandement de payer ou l'ouverture d'une action en justice selon l'art. 135 CO)³.
3. La question de savoir si de telles déclarations sont valides dans tous leurs aspects ne se pose pas souvent dans la pratique judiciaire. En effet, la débitrice qui a déclaré renoncer à l'exception de prescription

² Exemple tiré de MÜLLER CHRISTOPH, Déclaration de renonciation à la prescription, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1316 (avec une proposition en anglais à la p. 1317).

³ MÜLLER (note 2), p. 1318 N 1.1 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 2.

n'a que rarement l'outrecuidance de soulever malgré tout cette exception⁴.

4. Malgré cette relative rareté de la jurisprudence, le Tribunal fédéral a eu plusieurs occasions, au fil des années, de clarifier diverses questions d'une importance fondamentale pour la pratique en rapport avec la renonciation à l'exception de prescription. Ces questions étaient restées controversées parce que l'ancien droit⁵ ne réglait la renonciation à la prescription que très sommairement.
5. Seules les deux dispositions suivantes ont joué un certain rôle pour la question de l'admissibilité des renonciations. Il s'agit, d'une part, de l'art. 129 CO (qui n'a pas changé) qui prévoit sous le titre marginal « Délais péremptoires », que « [l]es délais de prescription fixés dans le présent titre ne peuvent être modifiés conventionnellement ». Cela signifie que les parties ne peuvent pas modifier par convention les délais de prescription du Titre troisième (« De l'extinction des obligations » ; art. 114-142 CO), notamment ceux fixés sous le titre marginal « G. Prescription » (art. 127-142 CO). L'art. 141 al. 1^{er} aCO, quant à lui, avait la teneur suivante sous le titre marginal « Renonciation à la prescription » : « *Est nulle toute renonciation anticipée à la prescription* ».
6. Sous le nouveau titre marginal « Renonciation à soulever l'exception de prescription », l'art. 141 al. 1^{er} CO a la teneur suivante : « *Le débiteur peut renoncer à soulever l'exception de prescription, à chaque fois pour dix ans au plus, à compter du début du délai de prescription* ». Le nouvel alinéa 1^{bis} prévoit que « [l]a renonciation s'effectue par écrit. Seul l'utilisateur des conditions générales peut renoncer dans celles-ci à soulever l'exception de prescription ». Ces principes sont applicables, que la prescription soit encore en cours (cf. N 19 ss) ou soit déjà acquise (cf. N 27 ss) au moment de la renonciation.
7. Les alinéas 2 et 3 de l'art. 141 CO restent inchangés et prévoient respectivement que « [l]a renonciation faite par l'un des codébiteurs

⁴ FELLMANN WALTER, Verzicht auf die Verjährungseinrede, in : Krauskopf (édit.), Die Verjährung, Zurich/Bâle/Genève 2018, p. 44.

⁵ Même si cette contribution sera publiée au mois de novembre 2019, j'y désigne le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019 déjà comme l'ancien droit (« aCO ») et le droit qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2020 comme le droit actuel (« CO »).

solidaires n'est pas opposable aux autres » et qu'« [i]l 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 ».

8. Le nouvel alinéa 4 précise finalement que « [l]a renonciation faite par le débiteur est opposable à l'assureur et inversement, s'il existe un droit d'action direct contre ce dernier ».
9. Toutefois, la renonciation à soulever l'exception de prescription risque de perdre à l'avenir de son importance pratique, de par le nouvel art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO : « *La prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue : [...] 8. Pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou pendant toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution d'un litige, si les parties en ont convenu par écrit* » (cf. N 81 ss).
10. Afin de ne pas mettre la charrue avant les bœufs, nous utiliserons dans cette contribution tout simplement le terme « renonciation », sans distinguer d'emblée entre « la renonciation à la prescription » et « la renonciation à soulever l'exception de prescription »⁶.

II. La qualification en tant que contrat innommé

11. Le législateur ne se prononce pas sur la question de savoir si la renonciation est un acte juridique bilatéral (donc un contrat) ou unilatéral. FELLMANN voit dans la référence à l'art. 141 al. 1^{bis} CO à la renonciation contenue dans les conditions générales (cf. N 62 ss) un indice en faveur de la conception contractuelle⁷. En même temps, le Conseil fédéral remarque dans son Message par rapport à cette disposition que « *le débiteur renonce à la prescription par une déclaration au créancier* », ce qui fait plutôt penser à un acte juridique unilatéral⁸.

⁶ Pour cette distinction et ses effets, cf. N 71 ss.

⁷ FELLMANN (note 4), p. 158.

⁸ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

12. La jurisprudence du Tribunal fédéral fluctue également. Dans son arrêt de principe de 2006, le cœur de la Haute Cour semble pencher du côté de l'approche contractuelle⁹. En effet, elle se réfère expressément à « l'autonomie des parties » et à l'art. 19 CO qui traite de « l'objet du contrat »¹⁰. Toutefois, en 1973, les juges fédéraux avaient encore considéré qu'il était possible de renoncer par contrat ou par une déclaration unilatérale¹¹, alors que dans un arrêt de 1914, ils avaient exigé un accord entre le débiteur et la créancière¹².
13. La majorité de la doctrine qualifie la renonciation également de contrat¹³, donc d'acte juridique bilatéral¹⁴. Il s'agit en effet d'un contrat innommé typique du commerce (« *verkehrstypisch* »)¹⁵. Cette opinion mérite l'approbation, malgré le fait que les effets de la renonciation reposent exclusivement sur la manifestation de volonté de la débitrice¹⁶.
14. La qualification de contrat s'impose *a fortiori* lorsque les parties entendent clarifier une situation litigieuse par rapport à la prescription ou que la débitrice obtient de la part du créancier une contre-prestation pour sa renonciation¹⁷.
15. Cela signifie que les conditions pour la conclusion d'un contrat (art. 1 ss CO) doivent être remplies pour que la renonciation soit valablement formée. En règle générale, c'est le créancier qui prend

⁹ FELLMANN (note 4), p. 158.

¹⁰ ATF 132 III 226, consid. 3.3.1 et 3.3.8.

¹¹ ATF 99 II 185, consid. 2b.

¹² ATF 40 II 521, p. 522.

¹³ P. ex. ALPEREN KARAŞAHIN YASIN, *Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Inhalt und Grenzen*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2017, N 118 ; KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2017, N 71.19, N 71.22 ; KOLLER ALFRED, *Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht – Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR*, RSJ 2007, p. 196, qui avait pourtant défendu l'idée contraire auparavant (KOLLER ALFRED, *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, 2^e éd., Zurich 1995, N 481).

¹⁴ Pour cette notion, BK-MÜLLER, *Einleitung in das OR*, N 108 ss.

¹⁵ ALPEREN KARAŞAHIN (note 13), N 118. Pour la notion du contrat innommé typique du commerce, cf. BSK-AMSTUTZ/MORIN, *Einl. Vor Art. 184 ff.*, N 5 ss.

¹⁶ BUCHER EUGEN, *Verjährung : gute Schritte in guter Richtung – Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)*, recht 2006, p. 194.

¹⁷ MÜLLER (note 2), p. 1319 N 1.3.

l'initiative et invite la débitrice à renoncer (invitation à faire une offre¹⁸). La débitrice offre ensuite de renoncer¹⁹. Le créancier accepte finalement cette offre, ce qui conduit à la conclusion du contrat²⁰. Etant donné que la renonciation ne comporte pour le créancier que des avantages, le silence de ce dernier vaut acceptation (art. 6 CO)²¹. Il se peut aussi que la débitrice fasse le premier pas dans la conclusion du contrat de renonciation.

16. Certains auteurs sont toutefois d'avis que la débitrice peut renoncer à soulever l'exception de prescription par un acte juridique, soit bilatéral, soit unilatéral²². D'autres sont d'avis que la renonciation est « [p]ar définition » unilatérale²³.
17. Que l'on qualifie la déclaration de renonciation d'acte juridique bilatéral ou unilatéral, il s'agit dans les deux hypothèses d'un acte juridique sujet à réception²⁴. En effet, ce n'est qu'à partir de la réception²⁵ de la déclaration de renonciation par la créancière que cette dernière peut s'en prévaloir.

¹⁸ Sur cette notion, BK-MÜLLER, art. 3 CO N 76 ss.

¹⁹ Sur la notion de l'offre, BK-MÜLLER, art. 3 CO N 11 ss.

²⁰ Sur la notion de l'acceptation, BK-MÜLLER, art. 3 CO N 96 ss.

²¹ FELLMANN (note 4), p. 159 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 9 ; KOLLER (note 13 : RSJ 2007), note 22 ; BUCHER (note 16), p. 194. Pour l'art. 6 CO, cf. BK-MÜLLER, art. 6 CO N 1 ss. FELLMANN considère que cette qualification a aussi l'avantage que les règles sur l'interprétation des contrats trouvent application au cas où les parties sont en désaccord sur le contenu de la déclaration. Cet argument ne convainc toutefois pas, car les méthodes, moyens et maximes d'interprétation des contrats s'appliquent de toute manière aussi aux manifestations de volonté unilatérales, sujettes à réception ou non (BK-MÜLLER, art. 18 CO N 240 ; BSK-WIEGAND, art. 18 CO N 53).

²² CHK-KILLIAS LAURENT/WIGET MATTHIAS, in : Furrer/Schnyder (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 141 CO N 4 ; MÜLLER (note 2), p. 1319 N 1.3 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 3 ; KESSLER FRANZ JOSEPH, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, thèse, Zurich 2000, p. 96. Sur la notion de l'acte juridique unilatéral, BK-MÜLLER, Einleitung in das OR, N 93 ss.

²³ NIKLAUS JEAN-LUC, La prescription extinctive : modifications conventionnelles et renonciation, thèse, Neuchâtel 2008, N 941, 951 ss.

²⁴ Sur cette notion, BK-MÜLLER, art. 1 CO N 68 ss.

²⁵ Sur cette notion, BK-MÜLLER, art. 1 CO N 93 ss.

18. Pour le moment auquel la renonciation déploie ses effets, cf. N 84 ss.

III. Le moment de la renonciation

A. Dès l'exigibilité de la dette (art. 141 al. 1^{er} CO)

19. D'après l'art. 141 al. 1^{er} CO, « [l]e débiteur peut renoncer à soulever l'exception de prescription, à chaque fois pour dix ans au plus, à compter du début du délai de prescription ». Le Conseil fédéral affirme que son projet « reprend [la] jurisprudence »²⁶, notamment celle de l'ATF 132 III 226²⁷, par rapport à la question de savoir à partir de quel moment le débiteur peut renoncer. Or, le moment fixé par le législateur, à savoir celui de l'exigibilité de la créance, ne correspond justement pas à celui retenu par les juges fédéraux. En effet, à l'ATF 132 III 226, le Tribunal fédéral avait interprété l'art. 141 al. 1^{er} aCO dans le sens qu'il interdisait toute renonciation antérieure à la naissance de la créance (« conclusion d'un contrat ») à laquelle se rapporte la renonciation²⁸. L'art. 141 al. 1^{er} CO prévoit

²⁶ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246.

²⁷ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246, notamment n. 92.

²⁸ A l'ATF 132 III 226, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence antérieure par rapport à l'admissibilité temporelle de la renonciation (ATF 99 II 185, consid. 2b), suite à des critiques doctrinales (notamment SPIRO KARL, *Der Verzicht auf die laufende Verjährung*, in : Barfuss/Dutoit/Forkel/Immenga/Majoros [édit.], *Festschrift für Karl H. Neumayer*, Baden-Baden 1985, p. 547 ss). Une interprétation historique de l'art. 141 al. 1^{er} aCO l'y amène à la conclusion que le législateur, en déclarant nulle toute renonciation anticipée à la prescription, a entendu seulement proscrire la renonciation qui survient au moment précis de la conclusion d'un contrat (ATF 132 III 226, consid. 3.3.7; confirmé in : TF 4A.221/2010 du 12 janvier 2012, consid. 3; TF 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1). Par contre, après que le contrat a été conclu, le débiteur pourrait parfaitement renoncer à se prévaloir de la prescription tant que court le délai. Cette faculté devrait également valoir pour les délais du Titre troisième du Code des obligations. On ne verrait aucune raison de traiter ces délais différemment des autres délais fixés dans le Code des obligations ou dans les lois spéciales (ATF 132 III 226, consid. 3.3.7). Le Tribunal fédéral voulait ainsi protéger efficacement les intérêts privés de la débitrice lors de la conclusion d'un contrat qui lui impose des

toutefois une autre solution en se basant exclusivement sur le « début du délai de prescription », ce qui signifie le moment auquel la créance devient exigible²⁹.

20. Le Message rappelle à juste titre qu'en l'absence de convention contraire entre les parties, les créances qui naissent par contrat sont immédiatement exigibles (art. 75 CO), ce qui déclenche également le cours de la prescription (art. 130 al. 1^{er} CO)³⁰. Si les parties ne fixent pas de moments différents pour la naissance et l'exigibilité de la créance, les effets des solutions retenues par le Tribunal fédéral, d'une part, et le Conseil fédéral, d'autre part, sont les mêmes.
21. L'Exécutif fédéral concède toutefois qu'en pratique, les parties conviennent souvent que la créance ne devient exigible qu'après sa naissance. La loi contiendrait également des règles (dispositives) à ce sujet, comme pour le prix de vente qui n'est en principe exigible qu'à partir du moment de la livraison de la chose à l'acheteuse (art. 213 al. 1^{er} CO). C'est pourquoi le législateur lie la possibilité de renoncer au moment de l'exigibilité (« début du délai de prescription ») et non de la naissance (« conclusion du contrat ») de la créance³¹.
22. Selon le Conseil fédéral, la solution de l'art. 141 al. 1^{er} CO « *présente l'avantage de permettre au débiteur de savoir quand le délai de prescription a commencé à courir* »³². Cet argument ne convainc guère. En règle

obligations (ATF 132 III 226, consid. 3.3.7). La motivation dogmatique de cet arrêt de principe a provoqué des prises de position très controversées en doctrine (notamment GAUCH PETER, Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist, RSJ 2006, p. 533 ss, 561 ss ; WALTER HANS PETER/HURNI CHRISTOPH, Zum Verjährungsverzicht während laufender Verjährung, Plädoyer für die Akzeptanz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, – BGE 132 III 226, Revue de l'avocat 2007, p. 285 ss) sur lesquelles nous n'entendons pas revenir ici.

²⁹ KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL, Wir haben ein neues Verjährungsrecht !, Jusletter du 2 juillet 2018, N 28 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 16.

³⁰ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246.

³¹ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246 s.

³² Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246.

générale, les parties connaissent mieux le moment auquel leur rapport juridique prend naissance (par exemple la conclusion du contrat) que le moment auquel le délai de prescription relatif à ce rapport commence à courir. Cela est particulièrement vrai lorsque le préjudice évolue au fil du temps. En effet, tant que la victime ne connaît pas suffisamment son préjudice, le délai relatif de l'action délictuelle en dommages-intérêts ne commence pas à courir (cf. art. 60 al. 1^{er} CO)³³. Pour une partie de la doctrine, ce raisonnement s'applique également à la prescription de l'action en dommages-intérêts pour une violation positive du contrat³⁴. C'est pourquoi il est souvent plus aisé pour les parties de déterminer le moment de la naissance de leur rapport juridique (par exemple la conclusion du contrat ; le jour de l'accident [art. 60 al. 1^{er} CO pour le délai absolu]) est souvent plus facile à déterminer pour les parties que celui de son exigibilité³⁵. Pour éviter cette difficulté, les parties pourraient vouloir retarder le début de la prescription en y renonçant déjà entre le moment de la naissance et celui de l'exigibilité de la créance³⁶.

23. La solution retenue par le législateur se trouve aussi en contradiction avec la possibilité d'une suspension conventionnelle que l'art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO offre déjà lorsque « [l]a prescription ne court point » (cf. N 76 ss). En effet, selon cette nouvelle disposition, les parties ont la possibilité de convenir d'une suspension de la prescription déjà avant le début du délai de prescription, donc le moment de l'exigibilité³⁷. Pour quels motifs leur permettre la suspension et en même temps leur interdire la renonciation conventionnelle avant l'exigibilité de la créance ?

³³ ATF 136 III 322, consid. 4.1 ; ATF 131 III 61, consid. 3.1.1 ; ATF 126 III 161, consid. 3c ; MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013, N 757 ss.

³⁴ BSK-WIEGAND, art. 97 CO N 52 ; CR-PICHONNAZ, art. 130 CO N 5j ; ZK-BERTI, art. 130 CO N 129 ; *contra* : ATF 137 III 16, consid. 2.3 ; ATF 106 II 134, consid. 2d ; ATF 87 II 155, consid. 3c.

³⁵ KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 28.

³⁶ PICHONNAZ PASCAL, La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription, REAS 2014, p. 86.

³⁷ PICHONNAZ (note 36), p. 86.

24. La solution retenue par le législateur est d'autant plus regrettable que la loi l'exprime de manière imprécise, notamment pour la responsabilité délictuelle. A quel délai le législateur se réfère-t-il lorsqu'il se base sur le « début du délai de prescription » ? Est-ce que l'art. 141 al. 1^{er} CO se réfère au délai relatif de trois ans ou, au contraire, au délai absolu de dix ans (cf. art. 60 al. 1^{er} CO, art. 83 al. 1^{er} LCR) ? Il est certes à espérer que le législateur avait en tête le délai absolu, de sorte que le débiteur peut valablement renoncer déjà « à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé » (art. 60 al. 1^{er} CO), mais le législateur ne le précise pas³⁸.
25. En conclusion, il aurait été plus simple que l'art. 141 al. 1^{er} CO admette la renonciation à soulever l'exception de prescription à partir de la naissance de la dette, notamment la conclusion du contrat, comme c'était la pratique du Tribunal fédéral sous l'empire de l'art. 141 al. 1^{er} aCO³⁹. En effet, la solution retenue par le législateur oblige les praticiennes à examiner avec soin dans chaque cas si la prescription a déjà commencé à courir, ce qui n'est souvent pas aisé.
26. Comme l'indiquaient encore les versions française (« *est nulle* ») et italienne (« *è nulla* ») de l'art. 141 al. 1^{er} aCO, une renonciation faite avant l'exigibilité de la dette (cf. N 19 ss) est nulle, donc dépourvue de tout effet juridique⁴⁰.

B. Après la prescription de la dette

27. En principe, la débitrice pourrait aussi renoncer par rapport à une dette d'ores et déjà prescrite. Cette solution s'impose, car la débitrice garde toujours la possibilité de simplement ne pas soulever l'exception de prescription, même en présence d'une dette

³⁸ FELLMANN (note 4), p. 154 ; PICHONNAZ (note 36), p. 86.

³⁹ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

⁴⁰ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7 ; CHK-KILLIAS/WIGET, art. 141 CO N 11 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 16 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 4.

prescrite⁴¹. En effet, l'art. 142 CO interdit expressément au tribunal de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription⁴².

28. Toutefois, lorsque la renonciation est assortie d'une réserve de la prescription acquise (cf. modèle au N 1), la renonciation par rapport à une dette prescrite ne déploie pas d'effets (cf. N 97 ss)⁴³. Mais même en l'absence d'une telle réserve (explicite ou implicite), la déclaration ne vaut, en cas de doute, que pour autant que la prescription ne soit pas déjà acquise. Il n'est en effet pas vraisemblable, faute d'indices concrets contraires, qu'une débitrice accepte de redonner à une créance prescrite sa vigueur procédurale originelle⁴⁴.
29. La renonciation par rapport à une dette prescrite redonne au créancier la possibilité d'imposer, à l'aide des tribunaux et le cas échéant des autorités d'exécution forcée, à la débitrice l'exécution de sa dette. La créance originelle devient donc de nouveau « *durchsetzbar* ». Par contre, la renonciation ne fait pas naître une nouvelle dette, car la dette originelle (prescrite) n'a jamais cessé d'exister⁴⁵.
30. Les avis doctrinaux divergent sur les effets de la renonciation par rapport à une dette prescrite. Selon certains auteurs, il faut traiter cette situation comme si une nouvelle dette était née, de sorte que la renonciation fait courir un nouveau délai de prescription de dix ans selon l'art. 127 CO, même si la dette prescrite avait été soumise à un délai plus court⁴⁶. D'autres auteurs sont d'avis que la renonciation après l'écoulement du délai de prescription rend la

⁴¹ BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3a.

⁴² ATF 132 III 226 consid. 3.3.7 ; TF 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1.

⁴³ THÉVENAZ ALAIN, La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription, in : Gauch/Werro/Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 449, 452.

⁴⁴ THÉVENAZ (note 43), p. 449 ; SPIRO (note 28), p. 553.

⁴⁵ FELLMANN (note 4), p. 162 ; THÉVENAZ (note 43), p. 449, est imprécis sur ce point, car la renonciation ne fait pas renaître la créance originelle (prescrite) ; question expressément laissée ouverte dans l'ATF 99 II 185, consid. 3a.

⁴⁶ FELLMANN (note 4), p. 162 s. ; KOLLER (note 13 : OR AT), N 71.13, qui n'admet toutefois la renonciation que par rapport à une dette (entièrement) prescrite.

dette imprescriptible⁴⁷. Si le débiteur limite la validité de sa renonciation dans le temps, la renonciation fait à mon avis courir un nouveau délai de prescription de la durée indiquée dans la renonciation⁴⁸. Cette durée ne peut toutefois dépasser dix ans⁴⁹.

C. Champ d'application de l'interdiction de la renonciation « anticipée »

31. Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction d'une renonciation avant la naissance de la dette vaut pour tous les délais de prescription, et non pas seulement pour ceux du Titre troisième du CO (art. 127, 128 et 137 al. 2)⁵⁰. Cette interdiction s'appliquerait donc aussi à la prescription des créances pour actes illicites (art. 60 CO et lois spéciales) et pour cause d'enrichissement illégitime (art. 67 CO), à celle prévue pour certains contrats dans la partie spéciale du Code des obligations ainsi qu'à celle contenue dans des lois spéciales régissant des responsabilités délictuelles⁵¹.
32. Le Conseil fédéral entend maintenir cette solution, en soulignant dans son Message la différence par rapport au champ d'application de l'interdiction de toute modification conventionnelle prévue par l'art. 129 CO⁵².

⁴⁷ WALTER/HURNI (note 28), p. 287 ; avant aussi KOLLER (note 13 : RSJ 2007), p. 196 ; aujourd'hui KOLLER (note 13 : OR AT), N 71.14.

⁴⁸ HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, N 2261 ; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, tome II, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, N 3383.

⁴⁹ THÉVENAZ (note 43), p. 452, qui n'admet toutefois comme limite maximale que le délai de prescription initial. C'était aussi l'avis que j'avais exprimé en 2013 (MÜLLER [note 2], p. 1323 N 3.2), mais qui me semble aujourd'hui intenable, étant donné la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 132 III 226, consid. 3.3.8) et le choix clair du législateur (cf. N 36 ss).

⁵⁰ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7 ; TF 4A_221/2010 du 12 janvier 2012, consid. 3 ; TF 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1.

⁵¹ BUCHER (note 16), p. 194 ; critiques GAUCH (note 28), p. 562 s. ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 48), N 3376.

⁵² Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

IV. La durée de validité de la renonciation

33. La débitrice peut renoncer pour une durée limitée⁵³ (cf. N 34 ss) ou illimitée (cf. N 44 ss).

A. La renonciation pour une durée limitée

1. But

34. En règle générale, le débiteur limite la durée de validité de sa renonciation dans le temps (cf. chiffre 2 de l'exemple au N 1). Le but d'une telle limitation temporelle est de maintenir une certaine pression sur les parties dans leurs négociations transactionnelles. C'est aussi pourquoi les déclarations de renoncations sont souvent renouvelées d'année en année (cf. N 1).
35. Pour les effets d'une renonciation pour une durée limitée, cf. N 65 ss.

2. La durée maximale de dix ans

36. L'art. 141 al. 1^{er} CO permet au débiteur de renoncer « *pour dix ans au plus* ».
37. En ce qui concerne la durée maximale pour laquelle le débiteur peut renoncer, le législateur a ainsi repris la jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, la Haute Cour avait décidé dans son arrêt de principe que « *la renonciation à la prescription ne saurait être émise pour une durée dépassant le délai ordinaire de dix ans institué par l'art. 127 CO, peu importe le délai de prescription considéré* »⁵⁴. Il conviendrait ainsi d'éviter

⁵³ P. ex. ATF 132 III 226, para. A.f.

⁵⁴ ATF 132 III 226, consid. 3.3.8 ; ATF 99 II 185, consid. 2a ; cf. aussi TF 4A_221/2010 du 12 janvier 2012, consid. 3 ; TF 9C_104/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2.1. Suite à des critiques doctrinales (notamment KOLLER ALFRED, Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts, RSJ 1996, p. 370), le Tribunal fédéral avait changé sa jurisprudence sur ce point dans l'ATF 132 III 226. Dans un précédent où le débiteur avait expressément formulé sa renonciation pour une année et une semaine, le Tribunal fédéral avait en effet jugé que la renonciation équivalait à une interruption, de sorte qu'un nouveau délai – en

que le créancier ne parvienne indéfiniment à différer sa volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qu'il invoque⁵⁵.

38. Le législateur et le Tribunal fédéral sont donc d'avis que la renonciation doit être limitée dans le temps, les parties ne pouvant pas convenir qu'une créance sera tout simplement imprescriptible⁵⁶.
39. La dernière phrase subordonnée de l'art. 141 al. 1^{er} CO (« *peu importe le délai de prescription considéré* ») indique que la limite maximale de 10 ans vaut aussi lorsque la loi prévoit un délai de prescription plus court que dix ans. Il est ainsi possible de renoncer pour une durée maximale de dix ans à un délai de prescription initial de cinq ans (art. 128 CO). La même chose vaut pour les délais plus courts en matière de responsabilité délictuelle (art. 60 al. 1^{er} CO et ceux prévus par des lois spéciales)⁵⁷. Le Tribunal fédéral s'écarte par là d'une partie de la doctrine selon laquelle, à tout le moins pour les délais du Titre troisième du Code des obligations (art. 127, 128 et 137 al. 2), la débitrice peut uniquement renoncer à la partie déjà écoulée du délai de prescription⁵⁸, et ceci malgré l'ATF 132 III 226⁵⁹.
40. La solution du Tribunal fédéral mérite pourtant l'approbation, car elle comporte plusieurs avantages. Elle augmente d'abord la sécurité des transactions. En effet, lorsque le débiteur a renoncé pour une durée plus longue que le délai déjà écoulé, la question ne se pose pas de savoir si la renonciation est valable pour toute sa durée ou

l'occurrence de dix ans selon l'art. 60 CO – commençait à courir dès la déclaration du débiteur (ATF 112 II 231, consid. 3e/bb). Dans l'ATF 132 III 226, la Haute Cour a finalement suivi les avis doctrinaux qui privilégient l'autonomie des parties (art. 19 CO).

⁵⁵ ATF 132 III 226, consid. 3.3.8.

⁵⁶ PICHONNAZ PASCAL, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, DC 2006, N 14.

⁵⁷ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246 ; FELLMANN (note 4), p. 154 ; BUCHER (note 16), p. 194 s.

⁵⁸ CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 4 (1^{ère} édition de 2003).

⁵⁹ KOLLER (note 13 : OR AT), N 71.15 ; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7^e éd., Berne 2016, N 83.07 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3 ; THÉVENAZ (note 43), p. 552 ; KOLLER (note 13 : RSJ 2007), p. 193 et 195.

seulement une partie de celle-ci. Cette solution limite ensuite le besoin du débiteur de renoncer de manière répétée, en particulier en présence de délais de prescriptions courts. Cette solution donne finalement tout son poids à l'autonomie de la volonté⁶⁰.

41. Comme le précise le texte de l'art. 141 al. 1^{er} CO par l'expression « *à chaque fois* », la limitation de la durée maximale ne s'applique qu'à la déclaration de renonciation en question. Elle n'exclut en revanche pas que la débitrice fasse plus tard d'autres déclarations de renonciation se rapportant à la même créance. La débitrice peut donc prolonger les effets de sa renonciation par de nouvelles renonciations pour des périodes maximales à chaque fois de dix ans. Selon le Conseil fédéral, cela constituerait le pendant des actes interruptifs du créancier (art. 135 ch. 2 CO), que ce dernier peut également répéter un nombre illimité de fois⁶¹. L'art. 141 al. 1^{er} CO précise donc uniquement que d'éventuels renouvellements de la renonciation devront de nouveau chacun respecter la durée maximale de dix ans⁶².

3. La renonciation pour une durée limitée supérieure à dix ans

42. Si le débiteur renonce pour une durée limitée mais supérieure à dix ans, la validité temporelle de la renonciation sera réduite à la durée maximale de dix ans (art. 20 al. 2 CO).
43. Seule la partie excédant dix ans serait donc frappée de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que les parties n'auraient pas conclu leur contrat de renonciation si la débitrice n'avait pas renoncé à soulever l'exception de prescription pour une durée supérieure à dix ans⁶³.

⁶⁰ PICHONNAZ (note 56), N 16.

⁶¹ BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3a.

⁶² Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246 ; FELLMANN (note 4), p. 154 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 29.

⁶³ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246.

B. La renonciation pour une durée illimitée

44. Si la débitrice omet de limiter dans le temps la durée de validité de sa renonciation et qu'une telle limitation ne ressort pas non plus des circonstances, il se pose la question des effets d'une telle renonciation.
45. Selon le Conseil fédéral, « [s]i la renonciation est faite pour une durée [...] illimitée, sa portée sera réduite à la durée maximale autorisée en application des principes de la nullité partielle modifiée (art. 20, al. 2, CO) »⁶⁴. Selon le législateur, la renonciation pour une durée illimitée est donc sanctionnée de la même manière que la renonciation pour une durée limitée supérieure à dix ans (cf. N 42 s.). Seule la partie excédant les dix ans serait donc frappée de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que les parties n'auraient pas conclu leur convention si la débitrice n'avait pas renoncé à soulever l'exception de prescription pour une durée illimitée.
46. Le Tribunal fédéral s'était fondé sur une autre argumentation dans un arrêt non officiellement publié de 2010. Pour les juges fédéraux, une renonciation pour une durée illimitée contient une lacune que le tribunal doit combler d'abord à l'aide du droit dispositif, ensuite en établissant une règle prétorienne. Cette méthode se distinguerait de l'interprétation d'une manifestation de volonté équivoque qui se base d'abord sur le texte de la déclaration et ensuite sur les circonstances. Si une déclaration est lacunaire parce qu'il n'existe pas de droit impératif réglant le point en question, le tribunal se fonderait en principe d'abord sur le droit dispositif et seulement ensuite (et rarement) sur le droit coutumier ou alors poserait une règle prétorienne. C'est pourquoi il a comblé la lacune dans la déclaration de renonciation en se basant sur l'art. 127 CO, ce qui signifierait que le débiteur a renoncé à soulever l'exception de prescription pour une durée de dix ans⁶⁵.

⁶⁴ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247 ; FELLMANN (note 4), p. 161.

⁶⁵ TF 9C_855/2010 du 8 février 2011, consid. 3.5.2.

47. D'autres argumentations et solutions auraient été envisageables. On aurait aussi pu assimiler une renonciation pour une durée illimitée à une renonciation pour une durée égale à celle du délai légal auquel il est renoncé. En effet, comme la débitrice vise par sa renonciation à éviter un acte interruptif de prescription de la part du créancier (art. 135 al. 2 CO ; cf. N 2), il n'aurait pas été illogique d'appliquer les effets de l'interruption à la renonciation pour une durée illimitée, à savoir faire repartir, dès la réception de la renonciation, un délai de même durée que le délai interrompu (art. 137 al. 1^{er} CO)⁶⁶. On aurait aussi pu estimer que la renonciation vaut alors uniquement pour toute la portion déjà écoulée du délai de prescription⁶⁷.
48. Pour les effets de la renonciation pour une durée illimitée, cf. N 65 ss.

V. Le contenu et l'interprétation de la renonciation

49. Pour le contenu de la déclaration de renonciation, cf. le modèle proposé au N 1 et les remarques spécifiques par rapport à certaines de ses clauses. Les quelques remarques suivantes ont pour but de compléter ces commentaires relatifs au contenu et l'interprétation de la renonciation.
50. Le débiteur doit déterminer avec précision les dettes pour lesquelles il renonce à soulever l'exception de prescription (cf. la référence à « *sur la base ou en rapport avec le Contrat de [] du []* » dans le modèle proposé au N 1). Il n'a cependant pas besoin de chiffrer le montant auquel se rapporte la renonciation⁶⁸.
51. La renonciation vaut en principe aussi pour des dettes alternatives ou concurrentes issues du même état de fait, en tout cas lorsque la renonciation n'est pas expressément limitée à une dette spécifique⁶⁹.

⁶⁶ PICHONNAZ (note 36), p. 86 s. ; MÜLLER (note 2), p. 1322 N 2.6 ; THÉVENAZ (note 43), p. 453 ; KESSLER (note 22), p. 119, 181 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 48), N 3384.

⁶⁷ NIKLAUS (note 23), N 1215.

⁶⁸ KESSLER (note 22), p. 107.

⁶⁹ MÜLLER (note 2), p. 1320 N 1.7 ; KESSLER (note 22), p. 181 s.

52. Si un délai relatif et un délai absolu sont en train de courir en parallèle, il est utile de préciser dans la déclaration à quel délai la renonciation s'applique (cf. N 22).
53. Que la renonciation soit considérée comme un acte juridique unilatéral ou bilatéral (cf. N 11 ss), elle doit au besoin être interprétée selon le principe de la confiance⁷⁰. Il faut donc donner à la renonciation et aux diverses manifestations de volonté qui ont conduit à cette dernière le sens que leur destinataire devait de bonne foi et raisonnablement leur attribuer sur la base des circonstances concrètes du cas d'espèce⁷¹.
54. Si seul le créancier a formulé la déclaration de renonciation, c'est ce dernier qui doit supporter les conséquences d'un éventuel manque de clarté et non la débitrice (règle des clauses ambiguës)⁷².

VI. La forme de la renonciation

A. La forme écrite

55. L'art. 141 al. 1^{bis}, 1^{re} phrase CO exige que la renonciation se fasse par écrit⁷³. Il s'agit de la forme écrite simple au sens de l'art. 13 CO, selon lequel la déclaration de renonciation « *doit être signé[e] par toutes les personnes auxquelles [elle] impose des obligations* ». Cela signifie qu'en principe seule la débitrice (ou son représentant) doit signer la déclaration de renonciation à la main (art. 14 al. 1^{er} CO)⁷⁴.
56. Sous l'ancien droit, la déclaration de renonciation n'était soumise à aucune prescription de forme (art. 11 al. 1^{er} CO). Elle pouvait donc

⁷⁰ Sur ce principe, BK-MÜLLER, art. 1 CO N 148 ss, art. 18 CO N 186 ss, art. 18 CO N 61 s.

⁷¹ ATF 112 II 233, consid. 3e/bb ; TF 4A_495/2011 du 15 novembre 2011, consid. 2.3.1 ; TF 4A_210/2010 du 1^{er} octobre 2010, consid. 7.2.1, non publié in ATF 136 III 502 ; TF 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1.

⁷² BK-MÜLLER, art. 18 CO N 197 ss ; Cour suprême du canton de Berne du 4 septembre 1997, RSJB 1997, p. 730 s.

⁷³ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

⁷⁴ BK-MÜLLER, art. 13 CO N 71 ss, art. 14 CO N 14 ss ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 30.

aussi être faite par oral ou résulter d'actes concluants, pour autant qu'il existe des indices clairs de la volonté univoque de la débitrice, comme par exemple la constitution d'une sûreté⁷⁵.

57. Le Conseil fédéral remarque que la nouvelle exigence de la forme écrite simple se justifie par la sécurité juridique et pour des raisons de preuve⁷⁶. Il ne cache toutefois pas que cette exigence a fait l'objet de quelques critiques lors de la procédure de consultation, notamment de la Fédération Suisse des Avocats qui estimait qu'elle n'était pas nécessaire⁷⁷. A mon avis, cette critique n'est pas justifiée, si l'on considère que le Tribunal fédéral a dans le passé dû se pencher à plusieurs reprises sur la question de savoir si la débitrice pouvait aussi renoncer implicitement (cf. N 56), respectivement si le fait d'invoquer une renonciation implicite constituait un abus de droit (cf. N 61).
58. Le Conseil fédéral précise également que l'art. 141 al. 1^{bis}, 1^{re} phrase CO ne porte pas sur le simple fait de ne pas soulever l'exception de prescription au cours d'un procès. Cela resterait toujours possible sans forme et empêcherait le tribunal de prendre en compte la prescription (art. 142 CO et aCO)⁷⁸.
59. La forme écrite suffit aussi pour la renonciation par rapport à une dette dont la naissance est soumise à une forme particulière, notamment la forme authentique⁷⁹.
60. Même si cette nouvelle disposition est plus exigeante que l'ancienne jurisprudence (cf. N 56), elle ne nécessitera pas de changements majeurs en pratique. Déjà par le passé, de telles déclarations de

⁷⁵ ATF 113 II 264, consid. 2e ; ATF 108 II 278, consid. 5b ; TF 4A_495/2011 du 15 novembre 2011, consid. 2.3.1 ; TF 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1 ; CHK-KILLIAS/WIGET, art. 141 CO N 5 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 10.

⁷⁶ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

⁷⁷ Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 19.

⁷⁸ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

⁷⁹ Cette affirmation résulte d'une analogie avec l'ancien droit. Cf., pour l'ancien droit, CHK-KILLIAS/WIGET, art. 141 CO N 8 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 5 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 10.

renonciation ont été systématiquement faites en la forme écrite (cf. le modèle au N 1)⁸⁰.

61. La déclaration de renonciation doit émaner de la ou des débitrices ou d'un représentant autorisé (art. 32 CO). Elle doit être faite en faveur d'un ou de plusieurs créanciers déterminés ou déterminables. Il est ainsi possible de renoncer à soulever l'exception de prescription, par exemple à l'encontre de toutes les victimes d'un certain accident de train. Toutefois, la débitrice a intérêt à énumérer de manière exhaustive les personnes mises au bénéfice de la renonciation, afin d'en limiter et préciser la portée⁸¹.

B. Les conditions générales

62. Si la renonciation est qualifiée d'acte juridique bilatéral, donc de contrat (cf. N 11 ss), il se pose la question de savoir si elle peut aussi se trouver dans des conditions générales d'affaires⁸². Afin de tenir compte des conséquences importantes de la renonciation pour le débiteur, l'art. 141 al. 1^{bis}, 2^e phrase CO prévoit en effet une règle spéciale à ce sujet : « *Seul l'utilisateur des conditions générales peut renoncer dans celles-ci à soulever l'exception de prescription* ».
63. L'autre partie, et notamment le consommateur, ne dispose donc pas de cette possibilité. Le Conseil fédéral craint que sans une telle règle, les utilisatrices de conditions générales pourraient y prévoir de manière standardisée que l'autre partie renonce à soulever l'exception de prescription⁸³. Les sept sages rappellent en outre que les conditions générales sont soumises à l'art. 8 LCD si l'autre partie est une consommatrice, ce qui implique également certaines limitations et des moyens de contrôle⁸⁴.

⁸⁰ FELLMANN (note 4), p. 154 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 30.

⁸¹ MÜLLER (note 2), p. 1319 N 1.4 ; THÉVENAZ (note 43), p. 449.

⁸² A ce sujet, ALPEREN KARAŞAHIN (note 13), N 542 ss ; KESSLER (note 22), p. 104 ss.

⁸³ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

⁸⁴ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 248.

64. L'Exécutif fédéral concède toutefois que cette disposition aura une portée limitée en pratique. Cela s'expliquerait par l'art. 141 al. 1^{er} CO, selon lequel la débitrice ne peut renoncer qu'une fois que le délai de prescription a commencé à courir, c'est-à-dire dès l'exigibilité de la créance (cf. N 19 ss). Comme ce moment se situe souvent après celui de la naissance de la créance (cf. N 21), la débitrice aura d'ores et déjà accepté les conditions générales⁸⁵. Il est donc fort à parier que l'art. 141 al. 4 CO ne sera également qu'un tigre de papier (cf. déjà N 60)⁸⁶.

VII. Les effets de la renonciation

A. Prolongation du délai de prescription de la durée de validité de la renonciation

65. Dans l'arrêt de principe ATF 132 III 226, le Tribunal fédéral a décidé que le débiteur pouvait renoncer à se prévaloir de la prescription après que le contrat a été conclu et que cette faculté devait également valoir pour les délais du Titre troisième du Code des obligations (cf. note 28). Les juges fédéraux continuent leur raisonnement avec le passage sibyllin suivant par rapport aux effets de la renonciation : « *Ce système n'est pas antinomique avec l'art. 129 CO qui interdit de modifier conventionnellement les délais de prescription du titre troisième du CO. Cette norme signifie que les ledits 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 (art. 134 CO) ou d'une interruption (art. 135 à 138 CO) du délai ou encore par l'octroi d'un sursis retardant l'exigibilité de la créance. La renonciation n'a pas des conséquences différentes* »⁸⁷. Faire en même temps une analogie avec la suspension et l'interruption est troublant, car ces deux institutions n'ont pas les mêmes effets : tandis que la suspension au sens de l'art. 134 CO ou bien empêche le délai de commencer à courir ou suspend le délai avec pour conséquence de prolonger le délai du temps de la

⁸⁵ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247 s.

⁸⁶ FELLMANN (note 4), p. 159 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 30 ; PICHONNAZ (note 36), p. 87.

⁸⁷ ATF 132 III 226, consid. 3.3.7.

suspension (art. 134 al. 2 CO), l'interruption au sens des art. 135 à 138 CO fait commencer un nouveau délai de prescription de la même durée que le délai interrompu (art. 137 al. 1^{er} CO).

66. A l'ATF 99 II 185, le Tribunal fédéral avait pourtant déjà précisé que l'effet juridique d'une renonciation (à soulever l'exception de prescription) déclarée avant la prescription consiste en une prolongation du délai de prescription. Dans les faits, la renonciation (à soulever l'exception de prescription) représenterait une interruption de la prescription, en complément des cas d'interruption régis exhaustivement par l'art. 135 CO. Dans la limite maximale de dix ans (cf. N 36 ss), la durée de la prolongation dépendrait de la volonté des parties. C'est pourquoi la renonciation, en dérogation à l'art. 137 al. 1^{er} CO, ne ferait pas courir un nouveau délai de la même durée que le délai interrompu, mais ne ferait que prolonger le délai initial en fonction de la prolongation de délai fixée par les parties⁸⁸.
67. Etant donné que ni les nouvelles dispositions, ni le Message du Conseil fédéral ne prévoient des effets différents pour la renonciation, cette jurisprudence reste applicable aussi après l'entrée en vigueur du nouveau droit.
68. Cette solution est aussi approuvée par la majorité de la doctrine⁸⁹. Certains auteurs maintiennent toutefois que l'effet de suspension ne vaudrait que pour la durée déjà écoulée, de sorte que le débiteur qui renonce à se prévaloir de la prescription ne pourrait au maximum que rétablir la durée initiale du délai de prescription⁹⁰. A mon sens, cette lecture de l'ATF 132 III 226 est erronée pour l'argument suivant : comme dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a admis la renonciation dès la naissance de la créance, il l'admet aussi pendant

⁸⁸ TF 4A_707/2012 du 28 mai 2013, consid. 7.4.2 ; 9C_104, 108 et 109/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2 ; 4C.421/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.1.

⁸⁹ CHK-KILLIAS/WIGET, art. 141 CO N 7 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3 ; WALTER/HURNI (note 28), p. 285 ; PICHONNAZ (note 36), p. 85 ; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, La prescription en pleine mutation, SJ 2011 II, p. 15 ; GAUCH (note 28), p. 536 s.

⁹⁰ KOLLER (note 13 : RSJ 2007), p. 193 ss ; VOISARD STÉPHANE, Le nouveau régime de la renonciation anticipée à la prescription, PJA 2006, p. 1148 ; THÉVENAZ (note 43), p. 452.

la période entre la naissance et l'exigibilité. Or, si la Haute Cour avait voulu limiter la validité de la renonciation à la partie écoulée du délai de prescription, elle aurait considéré que la renonciation avant l'exigibilité restait sans effet, ce qu'elle n'a précisément pas fait⁹¹. D'autres auteurs sont finalement d'avis qu'une renonciation pour une durée illimitée (cf. N 44 ss) doit entraîner les effets d'une interruption (art. 137 CO). Une renonciation pour une durée limitée (cf. N 34 ss) devrait entraîner les effets prévus par les parties et en cas de doute être également assimilée à une interruption au sens de l'art. 135 CO⁹².

B. La renonciation à la prescription et la renonciation à l'exception

1. Le nouveau titre marginal de l'art. 141 CO

69. Le titre marginal de l'art. 141 aCO était « Renonciation à la prescription » (« *Verzicht auf die Verjährung* »), tandis que celui de l'art. 141 CO est « Renonciation à soulever l'exception de prescription » (« *Verzicht auf die Verjährungseinrede* »). Le Parlement a suivi le Conseil fédéral sur ce point qui voulait ainsi « *indique[r] clairement que le débiteur ne renonce pas à la prescription en elle-même, mais qu'il renonce à soulever l'exception de prescription* »⁹³.
70. Cette « clarification » prête le flanc à la critique pour les raisons suivantes.

⁹¹ KRAUSKOPF (note 889), p. 15.

⁹² HUGUENIN (note 48), N 2263 ; BUCHER (note 16), p. 195.

⁹³ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 246. Tout en soulignant l'importance de cette clarification, le Conseil fédéral se réfère dans son Message indistinctement à la « renonciation à la prescription » et à la « renonciation à soulever l'exception de prescription ».

2. La distinction théorique

71. D'un point de vue théorique, une distinction entre la renonciation à la prescription et la renonciation l'exception s'impose. Les deux institutions se distinguent notamment au niveau de leurs effets :
- La renonciation à la prescription a pour effet de prolonger le délai de prescription (cf. N 65 ss). La prescription continue donc de courir jusqu'à la fin de la prolongation, de sorte qu'elle peut aussi être suspendue (art. 134 CO) ou interrompue (art. 135 CO) jusqu'à ce moment-là⁹⁴.
 - La renonciation à l'exception n'a pas d'effet sur la durée « nominale » du délai de prescription et ne reporte donc pas le moment de la survenance de la prescription⁹⁵. A l'échéance du délai de prescription légale (ou préalablement fixé par convention entre les parties), la dette est prescrite, que la débitrice ait entre-temps renoncé à l'exception ou non⁹⁶. Toutefois, la débitrice ne pourra pas se prévaloir du fait que la prescription est acquise, étant donné sa renonciation⁹⁷. La renonciation à l'exception ne suspend donc pas la prescription au sens de l'art. 134 CO ni l'interrompt au sens de l'art. 135 CO, de sorte que la dette se prescrit à l'échéance du délai de prescription légal ou conventionnel⁹⁸. La dette peut donc également se prescrire pendant la période pour laquelle la débitrice renonce à l'exception. En effet, en déclarant renoncer à l'exception, la débitrice renonce uniquement à un moyen

⁹⁴ ATF 99 II 185, consid. 3a ; FELLMANN (note 4), p. 156 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 27 ; BERGER BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 3^e éd., Berne 2018, N 1477 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 1a ; WALTER/HURNI (note 28), p. 287 ; GAUCH (note 28), p. 537 s. ; VOISARD (note 90), p. 1149.

⁹⁵ WALTER/HURNI (note 28), p. 287 ; MÜLLER (note 2), p. 1322 N 2.7 ; KRAUSKOPF (note 89), p. 11 ; GAUCH (note 28), p. 537.

⁹⁶ FELLMANN (note 4), p. 155 ; REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018, N 1806 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3a ; MÜLLER (note 2) p. 1322 N 2.7 ; BUCHER (note 16), p. 195.

⁹⁷ FELLMANN (note 4), p. 155.

⁹⁸ CHK-KILLIAS/WIGET, art. 141 CO N 3.

procédural de défense contre l'action en exécution du créancier. Dans cette hypothèse, le créancier peut donc encore faire valoir sa créance en justice malgré le fait que celle-ci se soit prescrite entre-temps. La renonciation à l'exception n'empêche donc pas non plus que le créancier interrompe la prescription par une des mesures énumérées à l'art. 135 ch. 2 CO⁹⁹. Cette possibilité subsiste même dans les rares cas où le débiteur voulait exprimer par la renonciation sa volonté d'exclure d'autres prolongations du délai de prescription¹⁰⁰. En plus, une fois la prescription acquise, elle ne pourra plus être suspendue (art. 134 CO) ou interrompue (art. 135 CO) pendant la durée de la renonciation à l'exception¹⁰¹.

3. L'assimilation au niveau des effets pratiques

72. D'un point de vue pratique, par contre, le Tribunal fédéral assimile dans une jurisprudence constante les effets concrets de la « renonciation à la prescription » et de la « renonciation à soulever l'exception de prescription » : dans les deux cas, la prescription est prolongée de la durée de la renonciation (cf. N 65 ss)¹⁰².
73. A l'appui de leur jurisprudence, les juges fédéraux relèvent à juste titre qu'il sera souvent difficile en pratique de déterminer après coup si les parties voulaient prolonger le délai ou renoncer à soulever l'exception. Tel serait par exemple le cas lorsque les parties conviennent de « ne pas prendre en compte » ou « ne pas observer » la prescription ou ses effets juridiques jusqu'à une certaine date. Mais même lorsque la débitrice ne renonce expressément qu'à l'exception, il ne serait souvent pas aisé de savoir si une des parties n'a pas compris cette renonciation comme une prolongation du délai, étant donné qu'une partie ne peut faire valoir la prescription

⁹⁹ FELLMANN (note 4), p. 155 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 3a ; MÜLLER (note 2) p. 1322 N 2.7 ; BUCHER (note 16), p. 195.

¹⁰⁰ FELLMANN (note 4), p. 155 ; BUCHER (note 16), p. 195.

¹⁰¹ ATF 99 II 185, consid. 3a ; FELLMANN (note 4), p. 156 ; BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 1a ; KESSLER (note 22), p. 108.

¹⁰² ATF 132 III 226, consid. 3.3.7 ; ATF 99 II 185, consid. 3a ; TF 4A_707/2012 du 28 mai 2013, consid. 7.4.2 ; TF 9C_104, 108 et 109/2007 du 20 août 2007, consid. 8.2.1 ; FELLMANN (note 4), p. 157 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 27.

que par voie d'exception. De plus, par sa renonciation à l'exception, la débitrice exprimerait son accord à ce que sa dette soit considérée et traitée comme si la prescription n'était pas acquise ou que le délai de prescription avait été prolongé. Dans l'intérêt de la simplicité, de la clarté et de la compréhension de l'ordre juridique, il se justifierait dès lors d'accorder les mêmes effets à la prolongation du délai qu'à la simple renonciation à l'exception une fois que la dette est déjà prescrite. Si même la renonciation à soulever l'exception de prescription d'une dette prescrite doit être assimilée à la prolongation du délai de prescription, la même chose devrait valoir *a fortiori* lorsque la débitrice renonce à l'exception déjà avant que la dette ne soit prescrite¹⁰³.

74. Le Tribunal fédéral accorde donc, malgré les différences en théorie (cf. N 71), les mêmes effets pratiques à la renonciation à la prescription et à la renonciation à l'exception. Dans les deux cas, les parties prolongent le délai de prescription de la durée pour laquelle le débiteur renonce.
75. La doctrine majoritaire salue à juste titre cette assimilation au niveau des effets pratiques¹⁰⁴. Il est à espérer que le Tribunal fédéral maintiendra cette jurisprudence, qui a le mérite de la simplicité et de la clarté pour la pratique, aussi sous le régime de l'art. 141 al. 1^{er} CO¹⁰⁵.

C. Le double emploi avec la suspension conventionnelle

76. L'art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO prévoit une nouvelle possibilité pour les parties d'éviter un acte interruptif de prescription lors de négociations transactionnelles : « [I]a prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue : [...] 8. pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou pendant toute autre procédure

¹⁰³ ATF 99 II 185, consid. 3a.

¹⁰⁴ BSK-DÄPPEN, art. 141 CO N 1a, qui souligne toutefois que le Tribunal fédéral ne fait cette assimilation qu'en cas de doute, à savoir lorsque les circonstances ou la réglementation expresse des parties ne permet pas de distinguer les deux institutions ; critiques envers l'assimilation généralisée des deux institutions, KESSLER (note 22), p. 110 ; KOLLER (note 54), p. 369.

¹⁰⁵ KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 27.

extrajudiciaire visant la résolution d'un litige, si les parties en ont convenu par écrit ».

77. Le Conseil fédéral précise à ce sujet ce qui suit : « La possibilité doit être donnée aux parties à un litige (ouvert ou potentiel) de convenir d'un empêchement ou d'une suspension de la prescription pour la durée des discussions en vue d'une transaction, d'une médiation ou de toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution du litige. La possibilité leur est ainsi donnée de reporter la prescription ; l'art. 129 CO n'est pas applicable. La liste des motifs d'empêchement que fournit la loi n'est pas exhaustive, mais doit être comprise largement et englober toutes les méthodes extrajudiciaires de résolution des litiges – formelles ou informelles. Le recours à un tiers dans le cadre de la médiation, par exemple, n'est pas obligatoire ; les discussions directes entre les parties sont également visées par cette disposition »¹⁰⁶.
78. Cela signifie concrètement que lorsque les parties sont en discussions sur l'existence, l'ampleur ou l'exigibilité d'une dette, elles peuvent empêcher ou suspendre le cours de la prescription d'un commun accord. Qu'est-ce qui distingue encore dans un tel cas la renonciation (à la prescription ou à l'exception ; cf. N 69 ss) de la suspension conventionnelle ? Si le débiteur renonce, c'est en règle générale parce que la créancière le lui demande (cf. N 15), le plus souvent pour permettre de poursuivre les négociations transactionnelles en cours de manière sereine (cf. N 2). Du point de vue des parties, la renonciation ne se distingue donc pas de la suspension conventionnelle¹⁰⁷.
79. Toutefois, le contrat de renonciation et la convention de suspension se distinguent sur les deux points suivants¹⁰⁸ :
- Tandis que la renonciation n'est admissible que pour une durée maximale de dix ans (cf. N 36 ss), les parties peuvent convenir de suspendre la prescription au sens de l'art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO *a priori* sans limite de temps. Il suffit en effet selon cette

¹⁰⁶ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 245.

¹⁰⁷ PICHONNAZ (note 36), p. 85.

¹⁰⁸ PICHONNAZ (note 36), p. 85.

disposition que les parties prévoient expressément la durée de la suspension, mais l'art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO ne prévoit pas de limite de temps à la suspension. Les parties sont donc libres de fixer la durée de la suspension dans les limites générales de l'interdiction de l'engagement excessif (art. 27 CC). Une fois que la suspension conventionnelle prend fin, le « solde » du délai de prescription continue à s'écouler.

- Tandis que la renonciation ne nécessite que la signature de la débitrice (cf. N 55), la suspension conventionnelle doit être signée par les deux parties¹⁰⁹.
80. La deuxième différence semble sans importance dans la pratique. Par contre, la première est un avantage de taille pour la suspension conventionnelle par rapport à la renonciation. Il se pose alors la question de savoir si la renonciation a encore une utilité pratique, étant donné que les parties peuvent atteindre le même but – mais sans contraintes de temps – par une suspension conventionnelle.

D. Le double emploi avec la convention de prolongation du délai de prescription

81. La jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la renonciation à la prescription et la renonciation à l'exception ont les mêmes effets pratiques, à savoir la prolongation du délai de prescription (cf. N 65 ss) soulève la question de la distinction entre de telles renonciations et une convention entre les parties sur la prolongation du délai de prescription (« *Verjährungsverlängerungsabrede* »). En effet, si toute renonciation a l'effet d'une prolongation du délai de prescription, il n'y plus de différence entre la renonciation et la prolongation¹¹⁰.

¹⁰⁹ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 245 : « L'exigence d'un accord écrit entre les deux parties au sens de l'art. 13 CO sert non seulement de protection contre les décisions hâtives, mais vise également à clarifier les choses entre les parties et vis-à-vis des tiers, ce qui améliore aussi la sécurité juridique ».

¹¹⁰ KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 31.

82. Si le Tribunal fédéral maintient malgré tout cette distinction en théorie, c'est probablement dans le seul but de « protéger » la renonciation, en tant qu'instrument très répandu dans la pratique, de l'interdiction de l'art. 129 CO¹¹¹. Cette disposition interdit en effet une modification, et donc aussi une prolongation, par convention des délais de prescription fixés dans le Titre trois du Code des obligations (art. 127, 128 et 137 al. 2).
83. En conclusion, l'art. 129 CO est, *de facto*, sans incidence sur la renonciation s'agissant de la *prolongation* du délai de prescription¹¹². Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait jamais eu le courage d'assumer expressément cette conséquence inévitable de sa jurisprudence, ce qui aurait pu éviter le gaspillage de passablement d'encre par la doctrine. Le législateur fait mieux avec le nouvel art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO pour lequel il explique *expressis verbis* que l'art. 129 CO ne trouve pas application¹¹³. L'art. 129 CO garde par contre sa valeur concernant une modification dans le sens d'un raccourcissement du délai de prescription¹¹⁴.

E. Le point de départ du délai de renonciation

84. En ce qui concerne le moment à partir duquel la renonciation déploie ses effets, le Conseil fédéral remarque que deux moments entrent essentiellement en considération, à savoir le moment de la renonciation et celui de l'échéance du délai de prescription. Ce serait à dessein que le législateur n'a pas réglé cette question dans la loi. La question de savoir lequel des deux moments est déterminant dans le cas d'espèce devrait être résolue par une interprétation de la déclaration de renonciation (cf. N 49 ss)¹¹⁵.

¹¹¹ KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Vereinbarungen zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherern betreffend den Verjährungsverzicht, REAS 2017, p. 322.

¹¹² KRAUSKOPF (note 89), p. 15.

¹¹³ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 247.

¹¹⁴ KRAUSKOPF (note 89), p. 15.

¹¹⁵ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 245.

85. La doctrine est d'accord que les parties peuvent librement fixer le point de départ du délai pendant lequel la débitrice renonce¹¹⁶. C'est aussi la solution (de facilité) retenue par le Conseil fédéral (cf. N 84). Toutefois, en pratique, les parties fixent rarement ce moment dans leur contrat de renonciation.
86. A défaut d'une détermination par convention, il faut à mon sens retenir le moment de l'envoi de la déclaration de renonciation par la débitrice. En effet, si l'on admet que la renonciation est un acte juridique bilatéral (cf. N 11 ss), et que la renonciation est une offre du débiteur que la créancière accepte en règle générale tacitement (cf. N 15), le contrat de renonciation est certes réputé conclu à l'expiration du délai convenable pendant lequel la créancière aurait pu refuser l'offre du débiteur (art. 6 CO), mais son effet formateur remonte au jour de l'envoi par le débiteur de la déclaration de renonciation (art. 10 al. 1^{er} CO¹¹⁷). Le délai pendant lequel le débiteur renonce commence donc à courir déjà dès l'envoi par le débiteur de la déclaration de renonciation et non seulement dès sa réception par la créancière¹¹⁸. Cette solution a l'avantage de permettre au débiteur de savoir à partir de quand il ne sera plus recherché. En plus, elle a comme conséquence positive qu'une déclaration de renonciation envoyée le dernier jour du délai de prescription est encore valable¹¹⁹.
87. On trouve des avis divergents en doctrine. Certains auteurs sont ainsi d'avis qu'il faut retenir le moment de la réception par le créancier de la déclaration de renonciation¹²⁰. D'autres auteurs retiennent finalement le moment de l'échéance du délai de

¹¹⁶ HUGUENIN (note 48), N 2262 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 48), N 3383 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 19 ; BUCHER (note 16), p. 195.

¹¹⁷ Sur cette disposition, BK-MÜLLER, art. 10 CO N 1 ss.

¹¹⁸ PICHONNAZ (note 36), p. 84 s.

¹¹⁹ CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 19 ; THÉVENAZ (note 43), p. 453 ; NIKLAUS (note 23), N 1243, à condition que la renonciation fasse partie d'un acte juridique bilatéral.

¹²⁰ Encore MÜLLER (note 2), p. 1319 N 1.5 ; NIKLAUS (note 23), N 1231-1242 ; BUCHER (note 16), p. 195.

prescription, en particulier parce qu'ils estiment qu'il ne devrait être possible de renoncer qu'à la prescription (totale) acquise¹²¹.

F. Effet contraignant et vices du consentement

88. La déclaration de renonciation lie la débitrice, de sorte que celle-ci ne peut plus la révoquer librement. En effet, le créancier qui est au bénéfice d'une renonciation s'abstient d'interrompre la prescription. Si la débitrice pouvait librement révoquer sa renonciation, le créancier courrait alors le risque de voir ses droits prescrits. C'est pourquoi la débitrice qui révoque sa déclaration de renonciation commet un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC¹²².
89. Comme tout acte juridique, le débiteur peut aussi invalider sa renonciation pour vice du consentement, notamment pour erreur essentielle (art. 24 al. 1^{er} ch. 4 CO)¹²³. Ainsi, si le débiteur renonce en ignorant que la prescription est d'ores et déjà acquise, il pourra attaquer sa renonciation. Dans le cas contraire, à savoir lorsque le débiteur pense par erreur renoncer à une prescription déjà acquise, mais qu'elle ne l'est pas encore, la renonciation reste valide et déploie ses effets¹²⁴.
90. Toutefois, si la renonciation avait pour but de clarifier précisément cette question qui était disputée entre les parties, une invalidation pour erreur par rapport à la question de savoir si la prescription était déjà acquise, est exclue¹²⁵.
91. Ce risque d'annulation devrait inciter les parties (et notamment le débiteur) à insérer une réserve selon laquelle il ne renonce que pour autant que la prescription n'est pas encore acquise au moment de la renonciation (cf. N 97 ss).

¹²¹ GAUCH (note 28), p. 536 s., 566.

¹²² ATF 143 III 348, consid. 5.5 ; ATF 113 II 264, consid. 2e ; ATF 112 II 231, consid. 3e/bb ; ATF 108 II 278, consid. 5b ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 13 ; GAUCH (note 28), p. 564 ; THÉVENAZ (note 43), p. 450.

¹²³ CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 13 ; SPIRO (note 28), p. 553.

¹²⁴ MÜLLER (note 2), p. 1323 N 3.3 ; KESSLER (note 22), p. 128 ; SPIRO (note 28), p. 553 s.

¹²⁵ ATF 132 III 737, consid. 1.3 ; KESSLER (note 22), p. 128.

92. Par contre, si les parties sont au clair par rapport aux divers aspects de la prescription, elles devraient exprimer leur compréhension commune dans la déclaration de renonciation, afin de réduire le risque d'une invalidation ultérieure.

G. Le champ d'application personnel et matériel de la renonciation

93. Selon le nouvel art. 141 al. 4 CO, « [l]a renonciation faite par le débiteur vaut aussi contre l'assureur et inversement, s'il existe un droit d'action direct contre ce dernier ». Cette disposition fait écho au nouvel art. 136 al. 3 CO selon lequel « [l]a prescription interrompue contre l'assureur l'est aussi contre le responsable et inversement, s'il existe un droit d'action direct contre l'assureur ». L'art. 141 al. 4 CO qui est avant tout destiné à l'assurance responsabilité civile¹²⁶, généralise par ailleurs le principe qui existe déjà à l'art. 83 al. 2 LCR en matière d'interruption du délai de prescription. L'art. 141 al. 4 CO correspond finalement aussi à la proposition faite dans l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile de 1999 (art. 55 al. 3)¹²⁷.
94. Les effets de la renonciation ne sont étendus que s'il existe un droit d'action comme par exemple dans la responsabilité du détenteur de véhicules à moteur (art. 65 al. 1^{er} LCR). Selon le Conseil fédéral, cette nouvelle disposition apparaît justifiée dans la mesure où l'ayant droit peut agir non seulement directement contre la débitrice, mais également contre l'assurance. En outre, ces deux codébitrices seraient déjà liées par un contrat dont la naissance est antérieure au fait qui fonde la créance¹²⁸.

¹²⁶ KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 31.

¹²⁷ Voir le rapport explicatif de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile, p. 221. Le projet peut être consulté à l'adresse www.ofj.admin.ch > Thèmes > Economie > Législation > Projets terminés > Droit de la responsabilité civile (consulté le 27 août 2019).

¹²⁸ Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 248.

95. Même si cette nouvelle disposition est utile et doit en principe être saluée¹²⁹, sa portée pratique risque d'être limitée. En effet, s'il existe un droit d'action direct et que l'assurance responsabilité civile a renoncé à l'exception, il n'est que rarement utile d'actionner aussi la personne responsable. A l'inverse, la personne responsable assurée ne fera guère de déclaration de renonciation, étant donné que selon l'immense majorité des conditions générales d'assurance, c'est l'assurance elle-même qui est compétente pour le règlement du sinistre et la personne assurée n'a même pas le droit de faire une quelconque déclaration envers la victime sans le consentement de l'assurance¹³⁰.
96. La renonciation par rapport à une dette principale vaut en règle générale aussi pour une dette accessoire (cf. art. 133 CO), que cette dernière soit soumise à un autre délai de prescription ou non¹³¹.

VIII. La réserve de la prescription acquise

97. En pratique, le débiteur renonce régulièrement en émettant « *la réserve que la prescription ne soit pas déjà acquise au jour de la signature de la présente déclaration* » (cf. le chiffre 3 de l'exemple au N 1). Cette réserve (« Vorbehalt ») s'explique par le fait que les parties ne savent souvent pas si la prescription est déjà acquise au moment de la renonciation. Le débiteur peut donc être amené à faire une déclaration de renonciation alors qu'il n'est lui-même pas au clair au sujet de la prescription¹³².
98. Certains auteurs estiment que la débitrice ne renonce dans tous les cas qu'à la *condition* que la prescription ne soit pas déjà acquise¹³³. Toutefois, une condition (« Bedingung ») au sens juridique du terme

¹²⁹ Ce qu'elle a été aussi par la majorité des participants à la procédure de consultation (cf. Message relatif à la modification du code des obligations (Droit de la prescription) du 29 novembre 2013, FF 2014 248 ; Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 20 s.

¹³⁰ FELLMANN (note 4), p. 157 ; KRAUSKOPF/MÄRKI (note 29), N 31.

¹³¹ NIKLAUS (note 23), N 1158.

¹³² MÜLLER (note 2), p. 1322 N 3.1 ; p. ex. ATF 115 II 456, consid. 6b ; TF 4A_656/2011 du 12 mars 2012, consid. 5.

¹³³ SPIRO (note 28), p. 553.

présuppose que l'effet juridique dépende de la survenance d'un fait (future) incertain¹³⁴. Or la question de savoir si la dette est déjà prescrite n'est pas un fait incertain, mais au mieux un fait contesté¹³⁵. C'est pourquoi cette clause dans les déclarations de renonciation doit être qualifiée de simple réserve et non de véritable condition (au sens juridique du terme).

99. Une telle réserve est parfaitement admissible, étant donné l'autonomie des parties en la matière¹³⁶. Le Tribunal fédéral a en effet admis que cette réserve n'est pas qu'une clause de style, « *sachant que la renonciation à la prescription est souvent demandée dans l'urgence et que la question de la prescription est parfois complexe* »¹³⁷.
100. Pour l'invalidation de la déclaration de renonciation pour vice du consentement, notamment parce que la débitrice croyait à tort que la prescription n'était pas encore acquise, cf. N 89 ss.

IX. L'essentiel, en bref

101. La renonciation est un contrat innommé typique du commerce.
102. Selon l'art. 141 al. 1^{er} CO, la débitrice peut renoncer dès l'exigibilité de la créance. Cette solution se trouve en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral qui admet(tait) la renonciation dès la naissance de la créance (ATF 132 III 226). La solution jurisprudentielle aurait été préférable pour diverses raisons.
103. L'interdiction d'une renonciation anticipée de l'art. 141 al. 1^{er} CO vaut pour tous les délais de prescription, et non pas seulement pour ceux du Titre troisième du CO (art. 127, 128 et 137 al. 2).
104. En principe, les parties sont libres de déterminer la durée de validité de la renonciation. Toutefois, cette durée ne peut pas dépasser dix ans. Si le débiteur renonce pour une durée limitée mais supérieure à

¹³⁴ TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012, N 896 ; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (note 48), N 3948.

¹³⁵ FELLMANN (note 4), p. 160.

¹³⁶ FELLMANN (note 4), p. 160 ; CR-PICHONNAZ, art. 141 CO N 10 ; MÜLLER (note 2), p. 1322 N 3.1.

¹³⁷ ATF 137 III 481, consid. 2.8.

dix ans, la validité temporelle de la renonciation sera réduite à la durée maximale de dix ans (art. 20 al. 2 CO).

105. La renonciation pour une durée illimitée est sanctionnée de la même manière que la renonciation pour une durée limitée supérieure à dix ans (cf. N 104).
106. La renonciation a pour effet de prolonger le délai initial en fonction de la prolongation de délai fixée par les parties.
107. Le Tribunal fédéral accorde les mêmes effets à la renonciation à la prescription et à la renonciation à soulever l'exception de prescription, malgré des différences théoriques entre les deux institutions.
108. Il se pose la question de savoir si la renonciation a encore une utilité pratique, étant donné que les parties peuvent atteindre le même but – mais sans contraintes de temps – par une suspension conventionnelle (art. 134 al. 1^{er} ch. 8 CO).
109. Dans les faits, l'art. 129 CO est sans incidence sur la renonciation s'agissant de la prolongation du délai de prescription.
110. La réserve selon laquelle la renonciation ne vaut que pour autant que la prescription ne soit pas déjà acquise au moment de la renonciation, est admissible.

Bibliographie

ALPEREN KARAŞAHIN YASIN, *Parteiautonomie im Verjährungsrecht, Inhalt und Grenzen*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2017

AMSTUTZ MARC/MORIN ARIANE, *Einleitung vor Art. 184 ff*, in : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Bâle 2015

BERGER BERNHARD, *Allgemeines Schuldrecht*, 3^e éd., Berne 2018

BERTI STEPHEN, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1h, Das Erlöschen der Obligationen, Lieferung 2, Art. 127-142 OR (Verjährung)*, 3^e éd., Zurich 2002

BUCHER EUGEN, *Verjährung: gute Schritte in guter Richtung – Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226-241 (4C.296/2005)*, recht 2006, p. 186 ss

DÄPPEN ROBERT K., *Art. 141 OR*, in : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 6^e éd., Bâle 2015

FELLMANN WALTER, *Verzicht auf die Verjährungseinrede*, in : Krauskopf (édit.), *Die Verjährung*, Zurich/Bâle/Genève 2018, p. 143 ss

GAUCH PETER, *Verjährungsverzicht: Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist*, RSJ 2006 p. 533 s. et p. 561 ss

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, tome II, 10^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014

HUGUENIN CLAIRE, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019

KESSLER FRANZ JOSEPH, *Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht*, thèse, Zurich 2000

KILLIAS LAURENT/WIGET MATTHIAS, in : Furrer/Schnyder (édit.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016

KOLLER ALFRED, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2017

KOLLER ALFRED, Dispositives und zwingendes Verjährungsrecht – Zur Tragweite von Art. 129 und 141 Abs. 1 OR, RSJ 2007, p. 193 ss

KOLLER ALFRED, Die Tragweite eines zeitlich begrenzten Verjährungsverzichts, RSJ 1996, p. 369 ss

KOLLER ALFRED, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2^e éd., Zurich 1995

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Vereinbarungen zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherern betreffend den Verjährungsverzicht, REAS 2017, p. 318 ss

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, La prescription en pleine mutation, SJ 2011 II, p. 1 ss

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL, Wir haben ein neues Verjährungsrecht !, Jusletter du 2 juillet 2018

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne 2018

MÜLLER CHRISTOPH, Déclaration de renonciation à la prescription, in : Marchand/Chappuis/Hirsch (édit.), Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013, p. 1315 ss

MÜLLER CHRISTOPH, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013

NIKLAUS JEAN-LUC, La prescription extinctive : modifications conventionnelles et renonciation, thèse, Neuchâtel 2008

PICHONNAZ PASCAL, La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription, REAS 2014, p. 84 ss

PICHONNAZ PASCAL, Art. 130 et 141 CO, in : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2^e éd., Bâle 2012

PICHONNAZ PASCAL, Du nouveau sur la renonciation à la prescription, DC 2006, p. 118 ss

REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2018

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7^e éd., Berne 2016

SPIRO KARL, Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in : Barfuss/Dutoit/Forkel/Immenga/Majoros (édit.), Festschrift für Karl H. Neumayer, Baden-Baden 1985, p. 543 ss

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012

THÉVENAZ ALAIN, La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription, in : Gauch/Werro/Pichonnaz (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 443 ss

VOISARD STÉPHANE, Le nouveau régime de la renonciation anticipée à la prescription, PJA 2006, p. 1146 ss

WALTER HANS PETER/HURNI CHRISTOPH, Zum Verjährungsverzicht während laufender Verjährung, Plädoyer für die Akzeptanz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, – BGE 132 III 226, Revue de l'avocat 2007, p. 284 ss

WIEGAND WOLFGANG, Art. 18 et 97 OR, in : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6^e éd., Bâle 2015