

Frau Bundesrätin Sommaruga
Vorsteherin EJPD
Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Rodersdorf, 29. November 2011

Revision des Verjährungsrechts

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns den Entwurf der Revision des Verjährungsrechts samt dem erläuternden Bericht zur Stellungnahme zugestellt. Für die gebotene Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens. Die SGHVR nimmt zu Ihrem Entwurf wie folgt Stellung:

1. Vorbemerkungen

Die geplante Gesetzesrevision betrifft die Verjährung sämtlicher Forderungen des Privatrechts, insbesondere von vertraglichen Erfüllungsansprüchen und vertraglichen und deliktischen Schadenersatzansprüchen. Diese vor allem an das deutsche BGB anlehrende Revision erscheint insgesamt überzeugend (auch was die vorgeschlagenen Regeln betreffend den Stillstand und die Verlängerung der Verjährung anbelangt). Die Gesellschaft unterstützt deshalb das Gesamtkonzept, möchte aber zu einzelnen Bestimmungen noch korrigierende Vorschläge unterbreiten.

Einleitend gestatten wir uns den Hinweis, dass es bedauerlich ist, dass das Vorhaben einer Gesamtrevision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts auf eine bloss (wenn auch als solche durchaus begrüssenswerte und überwiegend positiv zu wertende) Reform des Verjährungsrechts zusammengeschrumpft ist. Wenn heute, 25 Jahre nach Schweizerhalle, in der Presse (NZZ Nr. 254 vom 31. Oktober 2011) getitelt wird „*Chemiekatastrophe gemeistert*“, dann stimmt dies nur sehr bedingt: es gibt für solche Fälle nach wie vor keine adäquaten haftpflichtrechtlichen Gesetzesgrundlagen.

Das Ungenügen der punktuellen Revision des Verjährungsrechts als Reaktion auf die Asbestfälle erweist sich auch besonders eklatant daran, dass ein wesentlicher Aspekt bewusst ausgelassen

wurde: die Problematik der Solidarschuld bzw. des Regresses und der entsprechenden Verjährungsregeln. Die hierfür gegebene Begründung (Botschaftsentwurf Ziff. 4.7) – dass das Bundesgericht entgegen der überwiegenden Lehre an der Unterscheidung zwischen echter und unechter Solidarität festhalte - vermag kaum zu überzeugen. Seit wann wäre der Gesetzgeber an eine (erst noch dogmatisch überholte) Rechtsprechung gebunden?

2. Droit positif

Le droit positif en matière de prescription est caractérisé par une grande insécurité juridique, mais aussi par la faculté concédée aux parties de renoncer, de manière simple et efficace, à se prévaloir de la prescription, fût-elle en cours.

A. *L'insécurité juridique*

Le droit positif de la prescription en matière de responsabilité civile est, à maints égards, un facteur d'insécurité juridique dans la pratique quotidienne.

Cette insécurité est due à plusieurs facteurs:

- Une absence d'homogénéité:
 - La prescription n'est pas réglée de manière homogène au sein de la responsabilité extracontractuelle (par ex. 60 CO, 83 LCR);
 - La prescription n'est pas harmonisée entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, source de difficultés notamment en cas de cumul d'actions contractuelle et extracontractuelle ou dans les cas d'institutions à cheval entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle (culpa in contrahendo, responsabilité fondée sur la confiance);
 - La prescription des actions en responsabilité soumises au droit public relève de règles disparates, sans justification probante;
- L'application à l'action civile des délais de prescription de droit pénal, de plus longue durée, génère de très nombreuses difficultés dans la pratique.
- Les délais de prescription, en cas de dommages corporels, sont trop courts, qu'il s'agisse de la prescription relative (un ou deux ans) ou absolue (10 ans). Deux raisons principales à cela : l'allongement de la durée des traitements médicaux, l'apparition de dommages tardifs (par ex. asbestose).

Pour toutes ces raisons la jurisprudence en matière de prescription se révèle incertaine, sinon aléatoire, ce qui ajoute à l'insécurité juridique.



B. La renonciation facilitée à la prescription

En revanche, un aspect positif à relever: la possibilité, consacrée par la jurisprudence¹, de renoncer unilatéralement ou par accord entre la victime et le responsable à se prévaloir de la prescription, que cette dernière soit acquise ou en cours. La renonciation n'exige aucune forme particulière, bien que l'on recommande la forme écrite pour des raisons évidentes de preuve. Cette pratique est quotidienne dans les services de sinistres des compagnies d'assurance et ne donne lieu à aucune difficulté. Elle évite aux victimes d'avoir à recourir aux voies légales d'interruption. Elle dispense « la personne recherchée - sujet de la responsabilité ou assureur - de reconnaître une obligation de réparer » et permet « aux parties de mener les pourparlers transactionnels dans un climat plus serein »².

3. Les objectifs de la révision

La révision en cours poursuit trois objectifs principaux auxquels on ne peut que souscrire, sous réserve de discuter certaines des propositions contenues dans l'avant-projet: uniformiser le droit de la prescription, allonger les délais de prescription et promouvoir une sécurité juridique accrue.

4. Les principaux axes de la révision

- Les créances de droit privé découlant de la responsabilité contractuelle, de la responsabilité extracontractuelle et de l'enrichissement illégitime sont soumises à une seule institution de la prescription ;
- La prescription est soumise à un double délai, relatif et absolu, à point de départ relatif pour le délai relatif et objectif pour le délai absolu ;
- Les délais de prescription sont allongés : le délai relatif est porté à 3 ans, le délai absolu à 10 ans, respectivement à 30 pour les dommages corporels ; une variante envisage de fixer à 20 ans le délai absolu pour l'ensemble des dommages matériels, corporels et des préjudices économiques ;
- Les délais de prescription, dans le respect de certaines limites, peuvent être allongés ou raccourcis contractuellement par les parties ;
- Il est possible de renoncer à la prescription dès lors qu'elle est échue ; en revanche, il n'est plus possible de renoncer à une prescription en cours ;
- Le délai extraordinaire de prescription de droit pénal (par ex. art. 60 al 2 CO, art. 83 al 1 LCR) est supprimé. La suppression de cette institution, sujette à controverses et difficile d'application, se justifie d'autant plus que les délais de prescription, relatif et absolu, sont allongés, ce qui réduit son utilité³.

¹ ATF 133 III 226, c. 3 : jusqu'alors restrictif, le TF admet dès 2006 que la renonciation à faire valoir la prescription est valable quel que soit le délai de prescription considéré.

² PIERRE WIDMER /PIERRE WESSNER, Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, ch. 2.8.5, p. 219.

³ PIERRE WIDMER /PIERRE WESSNER, op. cité, ch. 2.8.4.2, p. 216-218.

5. Brefs commentaires de quelques dispositions de l'AP

A. Remarques introductives

Il faut saluer l'uniformisation de la prescription en matière de responsabilité civile de toutes les créances de droit civil (contractuelles, extracontractuelles et résultant de l'enrichissement illégitime), source d'une plus grande sécurité juridique. Cette uniformisation est encore renforcée pour les créances de droit public lorsqu'une disposition de la loi les soumet expressément aux règles du CO en la matière. La simplification qui en résultera répond à un besoin exprimé avec force par la doctrine, en particulier ces dernières années⁴.

B. Art. 128 AP CO: délai relatif

Nach geltendem Deliktsrecht beginnt die einjährige Verjährungsfrist von Art. 60 OR mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Geschädigte tatsächlich Kenntnis vom Schaden und vom Schädiger hat, nicht mit demjenigen, in dem er bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit ausreichende Kenntnis vom Schaden und vom Schädiger hätte erlangen können.⁵ Ausserdem liegt Kenntnis des Schadens i.S. von Art. 60 Abs. 1 OR nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst dann vor, wenn der Geschädigte den gesamten Schaden kennt und nicht nur Teile davon.⁶ Diese für den Geschädigten grosszügige Auslegung von Art. 60 OR rechtfertigt sich, weil die relative Verjährungsfrist kurz ist, nämlich ein Jahr.

Im Vorentwurf (VE) ist eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren für alle Arten von Forderungen – z.B. auch für vertragliche Erfüllungsansprüche – vorgesehen (Art. 128 Abs. 1 VE), wobei diese Frist erst mit dem Tag beginnt, an dem der Gläubiger Kenntnis der Forderung und der Person des Schuldners erlangt hat, frühestens aber ab Beginn der absoluten Frist (Art. 128 Abs. 2 VE). Der Vorentwurf selbst lässt dabei **zwei Punkte** ungeklärt:

- 1) Kommt es wie im geltenden Recht auch in Art. 128 VE auf die tatsächliche Kenntnis an, oder genügt es, wenn der Gläubiger bei der gebotenen Aufmerksamkeit Kenntnis erlangen könnte?⁷

⁴ Voir par exemple, LOSER-KROGH PETER, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts : Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, ZSR/RDS 122(2003) II 127-233; ainsi que PICHONNAZ PASCAL, La prescription de l'action en dommages-intérêts: Un besoin de réforme, in Werro (édit.), Le temps dans la responsabilité civile, Berne 2007, p. 71-106 ; CHAPPUIS CHRISTINE, L'harmonisation internationale du droit des obligations, muse du législateur suisse ? in Le législateur et le droit privé, Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre, Genève, etc. 2006, p. 177 ss, 203.

⁵ Tatsächliche Kenntnis des Schadens: BGE 136 III 322 E. 4.1; 111 II 55 E. 3a; 109 II 433 E. 2; 4C.135/2003 vom 26. September 2003 E. 4.2.1; tatsächliche Kenntnis des Schädigers: BGE 131 III 61 E. 3.1.2.

⁶ «D'après le principe de l'unité du dommage, celui-ci doit être considéré comme un tout et non comme la somme de préjudices distincts. Il en résulte que le délai de prescription ne court pas, en cas d'évolution de la situation, avant que le dernier élément du dommage ne soit survenu. Cette règle vise toutefois essentiellement les cas de préjudice consécutif à une atteinte à la santé de la victime dont il n'est pas possible de mesurer d'emblée l'évolution avec suffisamment de sécurité» (BGer Urteil 2P.168/2003 vom 9. Februar 2004 E. 2.3; vgl. auch BGE 126 III 161 E. 3; 92 II 1 E. 3 und 4; 89 II 402 E. 2).

⁷ Gemäss dem VE-Bericht, 24, soll es auch im revidierten Recht auf die tatsächliche Kenntnis ankommen.

- 2) Liegt die fristauslösende Kenntnis der Forderung gemäss Art. 128 VE erst dann vor, wenn die ganze Forderung feststeht, oder reicht es schon, wenn der Gläubiger von der Existenz seiner Forderung weiss, auch wenn sich ihr Umfang noch vergrössert bzw. vergrössern kann?

Die zwei erwähnten Punkte sollten nicht nur im Bericht zum Vorentwurf stehen und auch nicht der Lehre und Rechtsprechung überlassen werden, sondern aus dem Gesetzeswortlaut klar hervorgehen. Zu berücksichtigen wäre dabei, dass es dem Standard moderner Verjährungsordnungen (auf die der VE-Bericht wiederholt verweist) entspricht, für den Beginn der relativen Verjährungsfrist nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnis des Schadens und des Schädigers abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt, in welchem der Geschädigte ohne (grobe) Fahrlässigkeit diese Kenntnis erlangen könnte (vgl. § 199 Abs. 1 Ziff. 1 BGB; ferner Art. 2224 CCfr.; Art. 2935 CCit.; Art. III.–7:201 i.V.m. 7:301 DCFR).⁸ Modern⁹ scheint ausserdem zu sein, die relative Verjährungsfrist bereits mit der ersten Vermögenseinbusse laufen zu lassen, selbst wenn eine Schädigung mehrere zeitlich gestaffelte Schadensfolgen hervorruft.¹⁰ Davon ausgenommen sollen nur die nicht voraussehbaren weiteren Schäden sein, für die eine eigene Verjährungsfrist läuft.¹¹

C. Kauf- und werkvertragliche Mängelrechte

Gemäss dem Vorentwurf sollen die speziellen Verjährungsfristen der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte in Art. 210 und 371 OR ersatzlos gestrichen werden. Es gelten stattdessen die allgemeinen Verjährungsregeln von Art. 128 und 129 VE. Dafür sollen zwei- bzw. fünfjährige Rügefristen gelten, je nachdem, ob es um bewegliche oder unbewegliche Kaufsachen bzw. Bauwerke (Art. 201 Abs. 4, 219 Abs. 3 und Art. 370 Abs. 4 VE) gilt, abgelaufen ist. Diese Vorschläge weisen in doppelter Hinsicht **Fehler** auf:

- 1) Die zwei- bzw. fünfjährigen Rügefristen sind als „absolute Rügefrist“ ausgestaltet.¹² Das bedeutet, dass sie weder gehemmt noch unterbrochen noch verlängert werden können.¹³ Damit wird aber jede durch Vertrag über zwei bzw. fünf Jahre erstreckte Gewährleistung („Garantie“) des Verkäufers und des Unternehmers verunmöglicht! Selbst eine Verlängerung der Verjährung auf zehn Jahre (z.B. bei grossen Bauprojekten) bliebe wirkungslos, wenn die nicht verlängerbare Rügefrist weiterhin nur max. zwei oder fünf Jahre beträgt. Das ist **inakzeptabel**. Im geltenden Recht ist es zwar auch so, dass die Verjährungsfristen von Art. 201 und 371 OR zugleich absolute Rügefristen sind.¹⁴ Allerdings ist anerkannt, dass die (zulässige) vertragliche Verlängerung oder eine Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung zugleich auch eine

⁸ Einen Schritt in diese Richtung hat das Bundesgericht bereits im geltenden Recht getan: Es erwartet vom Geschädigten, der die wesentlichen Elemente seines Schadens kennt, dass er sich die Informationen beschafft, die für die Erhebung einer Klage notwendig sind (BGer Urteil 5C.27/2000 vom 4. April 2001 E. 3a).

⁹ Nachweise bei ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, Verjährung von Schadenersatzansprüchen, in: FS Bucher, Bern 2009, 861, 882 f. Vgl. auch BGer 4A_454/2010 vom 6.1.2011.

¹⁰ Vgl. MünchKomm-GROTHE, § 199 N 9; STAUDINGER-PETERS/JACOBY, § 199 Nr. 44 ff., mit Kritik in Nr. 47 ff.

¹¹ Vgl. ZIMMERMANN/KLEINSCHMIDT, a.a.O., 878.

¹² Vgl. Bericht zum VE, 33.

¹³ So VE-Bericht, 34 in initio.

¹⁴ Vgl. BGer Urteil 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 9, betr. Art. 371 OR.

entsprechende Verlängerung der absoluten Rügefrist bedeutet.¹⁵ Dass das im VE anders vorgesehen ist, muss wohl ein Versehen sein.

- 2) Der VE scheint von der falschen Vorstellung geleitet zu sein, dass Mängelrechte Forderungen sind, was aber nicht der Fall ist: Mit Ausnahme des Schadenersatzanspruches sind sämtliche Mängelrechte, jedenfalls die werkvertraglichen Mängelrechte, Gestaltungsrechte.¹⁶ Erst die Ausübung der (wahlweise verfügbaren) Mängelrechte – z.B. der Wandelung oder Minderung – lässt entsprechende Forderungen entstehen.¹⁷ Nach Massgabe des VE gelten für die Forderungen aus den ausgeübten Mängelrechten die allgemeinen Verjährungsfristen von Art. 128 f. VE.¹⁸ Die absolute Verjährungsfrist des Art. 129 Abs. 1 VE stellt für den Fristbeginn auf die Fälligkeit der Forderung ab. Entsteht nun eine Forderung wegen eines Werkmangels – z.B. der Anspruch auf Nachbesserung – erst aufgrund des ausgeübten Mängelrechts, so kann sie auch erst in diesem Zeitpunkt fällig werden. Dann ist aber die Aussage im VE-Bericht, dass ein Anspruch aus Mängelgewährleistung „mit Ablieferung der Ware fällig wird und nicht erst mit Entdeckung des Mangels“,¹⁹ jedenfalls für das Werkvertragsrecht **falsch**. Vielmehr werden Forderungen aus ausgeübten Mängelrechten erst mit der Ausübung fällig, und sie beginnen erst in diesem Zeitpunkt zu verjähren. Und das kann durchaus erst nach Jahren seit der Ablieferung des Werks sein.

Ist die Vorstellung im Vorentwurf jene, dass die absolute Verjährung von Forderungen aus Mängelrechten bereits mit der Ablieferung der Ware oder des Werks zu laufen beginnen soll (wofür es gute Gründe gibt), dann muss das auch so geregelt werden. Der Verweis auf Art. 128 und 129 VE führt jedenfalls zu einer anderen Regelung.

D. Art. 129 / 130 AP CO: *délai absolu*

I. Délai

Ce délai est de 10 ans. Il commence à courir à compter de l'exigibilité de la créance, respectivement à compter du fait dommageable pour les actions en réparation ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale.

Il est porté à 30 ans à compter du fait dommageable en cas de dommages corporels, pour tenir compte notamment de l'apparition de dommages tardifs, tels que ceux qui sont provoqués par l'amiante ou le rayonnement nucléaire.

L'allongement du délai initial de 10 ans est justifié en cas de lésions corporelles. Le porter à 30 ans paraît toutefois excessif. La raison réside dans la possibilité, désormais inscrite dans la loi, d'interrompre le délai de prescription absolu au même titre que le délai relatif (art. 139 al 1 AP

¹⁵ Vgl. statt vieler GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Nr. 2295, m.w.H.

¹⁶ Vgl. BGer Urteil 4C.126/2002 vom 19. August 2002, E. 1.1, m.w.H.

¹⁷ Illustrativ: BGer Urteil 4C.80/2000 vom 4. April 2001, E. 3a (betr. das werkvertragliche Nachbesserungsrecht).

¹⁸ Vgl. VE-Bericht, 34 und 36.

¹⁹ VE-Bericht, 34.

CO). Dès lors que cette possibilité est prévue dans la loi, le besoin d'allonger le délai absolu est moins pressant. Il paraît préférable de fixer le délai absolu à 20 ans, à l'instar du projet de révision du droit de la responsabilité civile²⁰.

II. Fristauslösender Zeitpunkt

Der Vorentwurf bezeichnet als Zeitpunkt, in welchem die Verjährungsfrist für Schadenersatzforderungen zu laufen beginnt den „*Tag, an dem die schädigende Handlung stattgefunden hat*“.

Diese Bestimmung ist insofern unpräzis, als sie keine Anleitung dazu gibt, wie es bei Schädigungen zu halten sei, die nicht an einem einzigen Tag stattfinden und abgeschlossen sind, sondern über längere Zeit andauern. Zwar wird im Botschaftsentwurf mehrmals (Übersicht, 4. Alinea / Allgem. Teil, Ziff. 4.4 / Beso. Teil, Kommentar ad Art.129) ausdrücklich erwähnt, dass in solchen Fällen „*die Verjährung erst dann zu laufen beginnt, wenn die schädigende Handlung aufhört*.“ Das ist indessen keineswegs selbstverständlich und man fragt sich, weshalb dies nicht expressis verbis im Gesetz festgehalten wird, etwa in der Formulierung des Vorentwurfs 2000:

Art. 55 Abs.2 VE 2000

² Dieser Anspruch verjährt in jedem Fall in X Jahren von dem Tag an gerechnet, an dem die Schädigung eingetreten ist **oder ein Ende gefunden hat**“.

Irreführend ist diesbezüglich auch der Schlusssatz von Alinea 3 in Ziff. 4.4. des Allgemeinen Teils des Botschaftsentwurfes: „*Solange die Handlung der schädigenden Person andauert, beginnt die Verjährungsfrist somit nicht zu laufen*.“ Eine Schädigung, z.B. im Umweltbereich, kann durchaus noch andauern, wenn die verantwortliche Person schon lange aufgehört hat, zu „handeln“. Massgebend darf deshalb nicht das (aktive) Verhalten der Person sein, sondern es muss auf die u.U. weiter andauernde schädigende Wirkung dieses Verhaltens abgestellt werden.

III. Point de départ des délais en matière d'enrichissement illégitime et autres prétentions

Le point de départ du délai absolu d'une prétention en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO), en remise du gain (art. 423 CO) ou des prétentions du gérant contre le maître (art. 422 CO) n'est pas prévu. L'enrichissement illégitime et le gain, notamment, ne résultent pas d'un « fait dommageable » au sens du nouvel art. 129 al. 2 AP CO. Il faudrait par conséquent compléter l'art. 129 al. 2 AP CO, afin qu'il tienne compte des autres hypothèses à envisager du fait de l'uniformisation générale des règles de la prescription.

Proposition (art. 129 al. 2 AP CO)

[Le délai commence à courir]

[ch. 1 proposé par l'AP CO]



²⁰ Art 55 al 2 AP RC.

2. le jour où l'enrichissement ou le gain s'est produit, pour les actions en enrichissement illégitime ou en remise du gain;
 3. à la date du fait générateur de la créance pour les autres actions ;
- [ch. 2 proposé par l'AP CO, à renuméroter : ch. 4].

Quant au point de départ du délai relatif de la prescription de l'action en enrichissement illégitime, une précision supplémentaire paraît nécessaire pour le cas de l'invalidation²¹: la « connaissance de la créance » au sens de l'art. 129 al. 2 AP CO correspond-elle à la connaissance de l'erreur ou à la déclaration d'invalidation (art. 31 CO) ? Une précision pourrait être suffisante à cet égard dans le Message.

IV. Prescription des créances d'intérêts (art. 129 al. 2 ch. 2 AP CO)

Si le nouvel article 129 al. 2 ch. 2 AP CO s'applique, la prescription d'une prestation périodique vaut pour l'ensemble de la créance. Cela signifie-t-il que sur un prêt de 20 ans, le créancier qui a négligé de demander le paiement d'intérêts la première année perd après la dixième année la totalité des intérêts non payés ?

V. Délai de 30 ans en cas de dommages corporels différés

L'art. 130 AP CO répond à la motion 07.3763 du 11 octobre 2007 acceptée par le Conseil fédéral et visant en particulier à résoudre les problèmes posés par des dommages corporels se manifestant tardivement. Tel est par exemple le cas de personnes souffrant de pathologies causées par l'amiante à laquelle elles ont été exposées plus de dix ans avant qu'une maladie ne se déclare²². Lors même qu'elle ne résoudra certes pas toutes les difficultés pratiques liées notamment à la preuve du lien de causalité, voire à la disparition de l'auteur du fait dommageable²³, une telle prolongation du délai est souhaitable dans le but d'améliorer la protection de la victime, à défaut d'une révision du droit de la responsabilité civile²⁴.

E. Variante des art. 129/130 AP CO : délai absolu

Le projet contient une variante. Dans l'hypothèse où le délai subsidiaire de 30 ans ne serait pas retenu, le projet envisage de porter le délai absolu à 20 ans, mais pour l'ensemble des dommages matériels, corporels et les préjudices économiques.

²¹ Voir les problèmes soulevés par l'arrêt *Picasso*: ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508.

²² Situation de fait à la base de l'ATF 137 III 16, SJ 2011 I 373, qui retient que la prescription était acquise.

²³ Critiques à cet égard, CHAPPUIS Benoît / WERRO Franz, Délais de prescription et dommages différés: réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763, in HAVE/REAS 2011, p. 139 ss, 145 s.

²⁴ Voir *supra* 1. Vorbemerkungen.

Selon le rapport explicatif, cette variante est élaborée dans un souci d'harmonisation. Le rapport reconnaît toutefois que le prolongement du délai général de 10 à 20 ans aurait des effets considérables sur le secteur de l'assurance, ce qui entraînerait une hausse des primes (rapport p. 28).

La variante proposée n'est pas logique. S'il devait se justifier d'allonger le délai de prescription absolu pour les dommages matériels et les dommages économiques, cette justification vaudrait également dans le cas de figure où le délai absolu pour les dommages corporels est de 30 ans. Or il n'y a nul besoin d'allonger le délai de 10 pour les dommages matériels ou économiques, que ce soit dans la variante 20 ou 30 ans. Dans la règle et contrairement aux dommages corporels, les dommages matériels ne sont pas évolutifs.

La variante du délai unique de 20 ans allongerait excessivement le délai de prescription des prétentions en responsabilité délictuelle ou en enrichissement illégitime (d'un an à vingt ans), comme celui des prétentions contractuelles (de dix ans à vingt ans) sans avantage décisif pour les dommages différés.

Pour ces motifs, la variante proposée doit être rejetée.

F. Art. 133 AP CO

I. Modification des délais

Cette disposition autorise les parties, dans le cadre de leur autonomie, à raccourcir ou allonger les délais de prescription, relatif et absolu, en respectant des délais minimaux et maximaux (pour le délai relatif : minimum 1 an, maximum 10 ans ; pour le délai absolu : minimum 3 ans, maximum 30 ans). Cette flexibilité nouvelle doit être saluée.

II. Nichtigkeit verkürzter Verjährungsfristen (Abs. 3)

Diese Bestimmung ist **zu begrüßen**. Es ist allerdings zu hoffen, dass unlautere Vertragsklauseln bald in einer allgemeinen Bestimmung des Obligationenrechts (und nicht bloss im Rahmen des UWG) mit einem entsprechenden Bann belegt werden (vgl. dazu den Expertenentwurf zur VVG-Revision).

III. Limites à une modification du point de départ du délai (al. 4)

Il n'est pas certain que l'art. 133 al. 3 AP CO fasse suffisamment obstacle aux abus. Une modification du délai relatif à 1 an (possible selon l'alinéa 1^{er}) combinée avec un point de départ fixé à la survenance du dommage (possible selon l'alinéa 4) aboutirait en réalité à fixer le délai absolu à 1 an, ainsi dans la clause suivante : « Toute prétention en responsabilité découlant du présent contrat se prescrit par une année dès la survenance du dommage ». Il faudrait clarifier les limites posées par l'alinéa 4 de telle sorte qu'une pareille clause ne soit pas valable ou s'assurer que le nouvel art. 8 LCD fasse obstacle à la validité de celle-ci.

G. Art 134 AP CO: Renonciation à la prescription

Selon le projet et contrairement à la solution défendue jusqu'ici par le Tribunal fédéral²⁵, le débiteur ne peut plus renoncer à la prescription qu'après l'échéance du délai. Il serait dès lors interdit, désormais, de renoncer à une prescription en cours.

Cette importante limitation de la faculté de renoncer à faire valoir la prescription est illogique. S'il est possible de renoncer à la prescription échue, pourquoi serait-il interdit d'y renoncer avant son échéance ? Les explications fournies à l'appui de cette restriction ne sauraient emporter la conviction.

En outre, la faculté de renoncer à la prescription en cours obéit à une nécessité de la pratique, saluée jusqu'ici aussi bien par les représentants des victimes que par les assureurs des responsables. Elle est également préconisée par les auteurs du projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile²⁶ ainsi que par la doctrine récente²⁷. Cette pratique ne soulève d'ailleurs aucune difficulté²⁸. Elle doit être maintenue de lege ferenda, même si l'avant projet stipule, à l'art. 134 al. 3, que la renonciation antérieure à l'échéance vaut prolongation du délai.

On ajoutera que la nécessité de conserver la possibilité de renoncer valablement à la prescription²⁹ en cours découle également du fait que la loi n'accorde pas d'effet interruptif de la prescription aux actes d'ordre privé³⁰.

H. Art. 135 AP CO: Modification et renonciation: effets vis-à-vis des tiers

L'alinéa 1 de la disposition stipule que la modification ou la renonciation faite par l'un des codébiteurs solidaires n'est pas opposable aux autres. La règle reprend le principe selon lequel les accords individuels conclus entre le débiteur et le créancier n'engagent que le débiteur concerné.

Le projet est toutefois assorti d'une variante, sous la forme d'un alinéa 3, qui intéresse particulièrement l'assureur du responsable lorsqu'il existe un droit d'action direct à son encontre. La variante oppose à l'assureur la modification ou la renonciation faite par le débiteur. Elle reprend la proposition défendue dans l'avant projet sur l'unification du droit de la responsabilité civile³¹.

²⁵ ATF 133 III 226, c. 3 ; ch. 2.2 ci-dessus.

²⁶ PIERRE WIDMER / PIERRE WESSNER, op. cité, p 219 et ch. 2.2 ci-dessus.

²⁷ FRANZ WERRO, La responsabilité civile, note 1514-1517, p. 421 ss, 2^{ème} édition, Stämpfli 2011 ; FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Die Verjährung der haftpflichtrechtlichen Ansprüche wegen Personenschäden, in HAVE Personen-Schaden-Forum 2011, p. 142-143, édit. Stephan Weber, Schulthess 2011.

²⁸ Ch. 2.2 ci-dessus.

²⁹ Dans l'intérêt de la victime, la renonciation doit être limitée dans le temps. Elle ne saurait excéder 10 ans selon l'ATF 132 III 226, c. 3.3.8.

³⁰ Rapport relatif à l'avant projet, ad art. 137, p. 32.

³¹ Art. 55 b AP RC ; PIERRE WIDMER / PIERRE WESSNER, op. cité, p. 221

Selon le rapport explicatif (p.30), cette proposition trouve sa justification dans un souci de cohérence et de parallélisme avec la variante figurant à l'art. 141 al 4 AP CO, selon laquelle « *la prescription interrompue contre l'assureur l'est aussi contre le responsable et inversement, s'il existe un droit d'action direct contre l'assureur* ». Cette dernière règle n'est d'ailleurs pas nouvelle. Elle se trouve dans différentes dispositions spéciales dont notamment l'art. 83 al. 2 LCR. L'avant-projet généralise le principe et l'étend à l'ensemble du droit de la responsabilité civile.

Si la prescription interrompue à l'égard du responsable l'est également à l'égard de son assureur en responsabilité civile à l'encontre duquel existe un droit d'action direct, il peut paraître logique et cohérent qu'une règle identique soit prise en cas de renonciation à la prescription ou de modification de cette dernière. Il reste que la règle est susceptible de créer un conflit d'intérêts entre l'assureur et son assuré recherché en responsabilité civile, lorsque ce dernier, par exemple, renoncerait à une prescription acquise sans l'accord de son assureur. L'adoption de la règle envisagée, qui tend à protéger les intérêts de la victime, ne devrait toutefois pas interférer sur les rapports internes entre l'assureur en responsabilité civile et son assuré³².

I. Art. 136 bzw. 137/138: Lauf der Verjährung während eines hängigen Prozesses

Im VE 2000 war seinerzeit (in Aufnahme eines Postulats von Moritz Leuenberger [P 80.590 vom 17.12.1982]) vorgeschlagen worden, Art. 134 Abs. 1 OR (Stillstand der Verjährung) um eine Ziffer (7) zu ergänzen, wonach die Verjährung auch gehindert werden bzw. stillstehen sollte:

7. solange über die Forderung ein Prozess im Gange ist.

Es scheint, dass nach dem Vernehmlassungs-Vorentwurf dasselbe Ergebnis über die Unterbrechung der Verjährung mit verzögertem Neubeginn (Art Art. 137 Ziff. 1 i.V.m. 138 Abs. Ziff. 3) zu erreichen versucht wird. Der Botschaftsentwurf drückt sich aber nicht ganz klar in diesem Sinne aus, obschon der Kommentar zu Art. 138, 2. Lemma dahingehend interpretiert werden kann. Beim sog. „verzögerten Neubeginn“ entsteht somit etwas wie ein in die Unterbrechung eingebauter Stillstand der Verjährung (nach Botschaftsentwurf „*verjährungsfreier Zeitraum*“). Auch der dort zitierte BGE 123 III 213 ist alles Andere als definitiv klärend. Unseres Erachtens wäre eine Lösung wie die im VE 2000 vorgeschlagene sowohl praktisch wie auch unter dogmatischen Gesichtspunkten vorzuziehen.

J. Art. 138 al. 2 ch. 4 AP CO: Nouveau délai en cas d'intervention dans une faillite

Le nouvel art. 138 al. 2 ch. 4 AP CO prévoit que le délai de prescription interrompu recommence à courir pour une même durée (en général dix ans) lorsque le créancier retrouve le droit d'agir après une faillite. Or, après une faillite, le créancier ne peut agir que s'il est au bénéfice d'un acte de défaut de biens et si le débiteur revient à meilleure fortune (art. 265 al. 2 LP). L'acte de défaut de biens rallonge le délai de prescription à vingt ans (art. 149a LP, auquel renvoie l'art. 265 LP). Cette

³² Les conditions d'assurance stipulent généralement que l'assuré doit abandonner la gestion et la conduite du dossier à l'assureur et s'abstenir de toute prise de position à l'égard de la victime sans l'accord de l'assureur. La violation de cette obligation peut entraîner des sanctions contractuelles à l'égard de l'assuré.

contradiction entre la LP (prolongation de vingt ans) et le nouveau droit proposé (prolongation de dix ans) est-elle voulue?

K. Art. 141 AP CO: Effets de l'interruption envers des coobligés

L'alinéa 1 de la disposition stipule que *la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ... l'est également contre tous les autres, si l'interruption découle d'un acte du créancier.*

De jurisprudence constante, la règle ne s'applique qu'à la solidarité parfaite et non aux obligations découlant de la solidarité imparfaite. L'avant-projet contient cependant une variante, selon laquelle *la prescription interrompue contre l'assureur l'est aussi contre le responsable et inversement, s'il existe un droit d'action direct contre l'assureur (134 al 4 AP CO).*

Assureur en responsabilité civile et responsable sont liés par la solidarité imparfaite³³. La variante proposée est donc une exception au principe posé à l'alinéa 1 de la disposition. Il ne s'agit cependant pas d'une règle nouvelle, puisqu'elle est déjà inscrite à l'art. 83 al. 2 LCR et à l'art. 39 al. 2 LITC. Rien ne s'oppose à sa généralisation dans tous les cas où il y a action direct à l'encontre de l'assureur en responsabilité civile. La règle reprend d'ailleurs la disposition de l'avant-projet sur l'unification de la responsabilité civile³⁴.

L. Titre final / Art 49 F. Prescription AP CC

Selon l'alinéa 1 de l'art. 49 AP CC *«le nouveau droit s'applique dès son entrée en vigueur aux actions non encore prescrites».*

Il serait toutefois injuste que l'effet rétroactif s'applique aux cas dans lesquels les nouveaux délais de prescription sont plus courts que les délais actuels. C'est notamment le cas pour les prétentions contractuelles soumises actuellement à un délai de prescription de 10 ans, souvent remplacé par un délai relatif de 3 ans. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet stipule, à juste titre, à l'art. 49 AP CC al. 2 que *« si le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus courts que l'ancien droit, ceux-ci ne courent qu'à partir de l'entrée en vigueur du nouveau droit ».*

Mais curieusement, l'avant-projet propose une variante qui s'insère entre les alinéa 1 et 2 exposés ci-dessus, selon laquelle *« le nouveau droit s'applique aux actions dont le délai absolu de prescription est écoulé selon l'ancien droit mais non selon le nouveau ».* (Cette disposition additionnelle prendrait la place de l'alinéa 2 ci-dessus qui deviendrait alors l'alinéa 3).

Selon le rapport explicatif (p.46), la solution préconisée dans cette variante s'imposerait pour des raisons politiques tendant à mieux protéger les victimes de dommages différés. Elle permettrait ainsi de reprendre à zéro des procédures qui ont déjà fait l'objet d'un jugement entré en force, ce que le rapport admet de manière explicite. Mais cette solution représenterait incontestablement

³³ ATF 69 II 162 = JdT 1943 451

³⁴ Art. 55 b AP RC.

une atteinte grave au principe de la sécurité du droit qui est pourtant l'un des objectifs visés par la révision du droit de la prescription.

Si des motifs politiques existent qui militent en faveur d'une meilleure protection des victimes de dommages différés, dont les prétentions seraient définitivement éteintes par la prescription absolue avant la survenance du dommage, la solution à adopter doit être politique et non recherchée dans l'adoption d'une norme de rétroactivité qui viole le principe de la sécurité du droit. La variante proposée doit être rejetée. Ne serait-il pas judicieux d'explorer la voie d'un fonds de compensation spécifique à créer ?

M. Anhang: Art. 72 Abs. 3 ATSG

Wir schlagen Ihnen vor, auf die Änderung von Art. 72 Abs. 3 ATSG zu verzichten. Die relative neue bisherige Bestimmung hat sich in der Praxis bewährt. Die vorgeschlagene Änderung hätte zur Folge, dass Sozialversicherungsansprüche faktisch nahezu unverjährbar würden, was u.E. zu weit geht.

N. Nachbemerkung

Es würde sich wohl geziemen bzw. aufdrängen, in Ziff. 3.2 des Allgemeinen Teils der Botschaft (Internationales Recht) mit oder nach dem Abschnitt 3.2.1 b) [*Draft Common Frame of Reference*] auch den kürzlich (11. Oktober 2011) publizierten Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeineuropäisches Kaufrecht [CM (2011) 635 final] zu erwähnen. Dieser schlägt in seinem Teil VIII über die Verjährung Fristen von zwei (relativ) und zehn (absolut) Jahren vor.

Par ailleurs, la version française de l'Avant-projet mériterait quelques ajustements:

- Art. 127 al. 1 AP CO: Les actions se prescrivent à l'échéance du délai de prescription [au lieu de: *à l'échéance d'un délai*].
- Art. 127 al. 3 AP CO: Le juge n'examine pas la prescription d'office [au lieu de: *n'examine pas d'office la prescription*].

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen danken wir Ihnen bestens. Gerne stehen wir auch für weitere Informationen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances



Prof. Dr. Stephan Fuhrer
Präsident



Prof. Dr. Christine Chappuis
Vizepräsidentin

