



Livre

2016

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

**Le renouvellement des contrats de durée : solutions légales et
contractuelles**

Durante, Daniel

How to cite

DURANTE, Daniel. Le renouvellement des contrats de durée : solutions légales et contractuelles.
Genève : Schulthess, 2016. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:95594>

Daniel Durante

Le renouvellement des contrats de durée

Solutions légales et contractuelles



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

CG
Collection
Genevoise

Daniel Durante

Le renouvellement des contrats de durée

Solutions légales et contractuelles



Daniel Durante

Le renouvellement des contrats de durée

Solutions légales et contractuelles



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2016

Citation suggérée : DANIEL DURANTE, *Le renouvellement des contrats de durée*, Collection Genevoise, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

Thèse n° 897 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

ISBN 978-3-7255-8585-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps,
1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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>.

Avant-propos

Cette étude a été présentée comme thèse de doctorat à la faculté de droit de l'Université de Genève. La thèse a été soutenue devant un jury le 20 février 2015.

Ma plus profonde gratitude va au Professeur Sylvain Marchand, directeur de ma thèse, pour m'avoir orienté vers le sujet du renouvellement des contrats, pour ses conseils, sa patience et sa disponibilité. J'ai trouvé en lui un mentor dévoué et un juriste redoutable. Je n'oublierai pas les nombreuses discussions que nous avons eues au fil des années. Qu'il sache à quel point il m'a transmis la passion pour le droit des contrats.

Je remercie également la Professeure Christine Chappuis, Doyenne de la faculté de droit de l'Université de Genève, le Professeur Luc Thévenoz de l'Université de Genève et le Professeur Blaise Carron de l'Université de Neuchâtel pour avoir accepté d'être membres du jury. Leurs commentaires ont grandement contribué à l'amélioration de mon analyse.

Ma reconnaissance va à M^e Paolo Michele Patocchi et également à M^e Xavier Favre-Bulle pour m'avoir soutenu dans mon projet, un peu fou, de rédiger une thèse en parallèle de mon travail à l'Étude. Qu'ils en soient vivement remerciés.

Mes remerciements vont également à l'Étude Lenz & Staehelin qui m'a permis d'aménager mes activités avec toute la souplesse nécessaire afin d'achever cette thèse. Je remercie mes collègues, anciens et présents, qui ont su trouver les mots d'encouragement dans les moments de faiblesse.

Enfin, une pensée plus émue va à mon épouse et à mes parents. Leur soutien moral a été sans pareil.

Daniel Durante

Genève, décembre 2015

Liste des abréviations

¶/¶¶	Paragraphe/Paragraphes
aCO	ancien Code fédéral des obligations du 14 juin 1881
AG	Amtsgericht
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
al.	Alinéa
AR GVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis
art.	Article
AT	Allgemeiner Teil (partie générale)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGBL.	Bundesgesetzblatt (Feuille fédérale)
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BS	Bâle-Ville
BT	Besonderer Teil (partie spéciale)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation (France)
c.	Considérant
Cass. civ./soc./req./com. (fr.)	Cour de cassation civile/chambre sociale/chambre des requêtes/chambre commerciale et financière (France)
Cass. civ. (it.)	Corte di cassazione civile ; Cour de cassation civile (Italie)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCI	Chambre de commerce internationale

CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CLug	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (convention de Lugano), conclue à Lugano le 30 octobre 2007
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
CO 2020	Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale
Cod. civ. fr.	Code civil français
Cod. civ. it.	Code civil italien
Comm. off. UNIDROIT	P. Commentaire officiel des Principes UNIDROIT (www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1)
Coll. Assista	Collezione Assista (Genève)
CPC	Code de procédure civile suisse (RS 272)
CVIM	Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise
DB	Droit du bail
d. lg.	Decreto legislativo (Italie)
FF	Feuille fédérale
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (France)
GB	Grisons
HGB	Handelsgesetzbuch
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrecht (Berne)
JCP	JurisClasseur Périodique (Semaine Juridique) (France)
JdT	Journal des Tribunaux

LBFA	Loi fédérale du 4 octobre 1985 sur le bail à ferme agricole (RS 221.213.2)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LFors	Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (abrogée)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
MP	Mietpraxis
MRA	Mietrecht Aktuell (Bâle)
N	Numéro
p.	Page
PDEC	Principes de droit européen des contrats
PEL CAFDC	Principles of European Contract Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Principes UNIDROIT	Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004 (adoptés par le Conseil de Direction d'UNIDROIT à sa 83 ^e session tenue à Rome les 19-21 avril 2004)
Rapport POCAR	Rapport explicatif sur la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007

RBA	Arrêts des tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurances [cité : RBA Vol. I, N 1]
RC	Responsabilité civile
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDS/ZSR	Revue de droit suisse/Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Règlement CCI	Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (2012)
RGP	Repertorio di giurisprudenza patria (Tessin)
Recueil	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage (France)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ/SJZ	Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence (Valais)
SJ	Semaine Judiciaire (Genève)
TApp	Tribunale d'appello
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TI	Tessin
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz (Allemagne)
Unilex	International Case Law, UNIDROIT (www.unilex.info)
VD	Vaud
VS	Valais

Sommaire

Introduction.....	1
Première partie : Enjeux contractuels et légaux.....	3
Chapitre 1 : Prémisses.....	5
Section I: Les contrats de durée.....	5
Section II: Les contrats renouvelables.....	7
Section III: Terminologie.....	8
Section IV: Analyse juridique du renouvellement.....	10
Section V: Le renouvellement et la conclusion de contrats successifs.....	12
Section VI: Le renouvellement tacite et son rapport avec la relation contractuelle de fait.....	13
Section VII: Le renouvellement : conclusion d'un nouveau contrat ou prolongation du contrat primitif ?.....	14
Section VIII: Casuistique des points à traiter.....	17
Chapitre 2 : Problèmes contractuels et légaux.....	19
Section I: Problèmes contractuels.....	19
Section II: Problèmes légaux.....	19
Deuxième partie : Solutions légales et jurisprudentielles.....	21
Chapitre 1 : Règles de la Partie spéciale.....	23
Section I: Le contrat de bail.....	23
Section II: Le contrat de bail à ferme.....	48
Section III: Le contrat de travail.....	53
Section IV: Le contrat d'agence.....	69
Section V: La société simple.....	78
Chapitre 2 : Règles d'autres lois.....	81
Section I: Le contrat d'assurance.....	81
Section II: Le bail à ferme agricole.....	90

Chapitre 3 : Du caractère impératif ou dispositif des règles sur le renouvellement.....	93
Chapitre 4 : Analyse des contrats nommés ne prévoyant aucune règle sur le renouvellement.....	97
Section I: Remarques préliminaires	97
Section II: Le contrat de prêt à usage	100
Section III: Le mandat proprement dit.....	104
Section IV: Le contrat d'agence matrimoniale.....	110
Section V: Le contrat de courtage	118
Section VI: Le contrat de commission	119
Section VII: Le dépôt ordinaire et les dépôts spéciaux.....	124
Chapitre 5 : Un exemple de contrat innommé	131
Section I: Le contrat de franchise.....	131
Chapitre 6 : Essai de synthèse et conclusions intermédiaires	137
Section I: Les différentes catégories de renouvellement	137
Section II: La primauté de la volonté des parties	138
Section III: Les différentes catégories de contrats analysées.....	139
Section IV: Les éléments à déterminer en cas de litige portant sur un renouvellement.....	149
Section V: La question de la conclusion d'un nouveau contrat.....	151
Section VI: La reprise ultérieure d'un contrat arrivé à échéance.....	153
Section VII: Les avantages et les limites de la réglementation actuelle en matière de renouvellement et leur appréciation.....	154
Section VIII: Le projet « Code des obligations suisse 2020 ».....	157
Section IX: Un droit au renouvellement fondé sur le principe de la bonne foi ?	159
Troisième partie : Solutions contractuelles	165
Chapitre 1 : La réglementation du renouvellement par les parties.....	167
Section I: La réglementation directe	167
Section II: La réglementation indirecte	175
Chapitre 2 : Les clauses pathologiques.....	179

Section I:	Le but d'une clause de renouvellement	179
Section II:	Clauses pathologiques : exemples	179
Section III:	Le droit dispositif	182
Section IV:	Interprétation des clauses pathologiques	183
Chapitre 3 :	Le traitement réservé aux clauses de renouvellement par le droit européen	187
Section I:	La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011	187
Section II:	La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente	189
Section III:	Conclusion.....	191
Quatrième partie :	Actions en justice	193
Chapitre 1 :	Introduction	195
Chapitre 2 :	Action en justice	197
Section I:	Le for de l'action dans les litiges portant sur le renouvellement d'un contrat de durée.....	197
Section II:	Le choix de l'action.....	198
Section III:	Importance des mesures provisionnelles.....	202
Chapitre 3 :	Action en réparation du dommage	211
Section I:	Les parties sont liées par un contrat	211
Section II:	Les parties ne sont pas liées par un contrat.....	213
Chapitre 4 :	La problématique du renouvellement en rapport avec le droit des poursuites.....	215
Conclusion.....		219

Table des matières

Introduction.....	1
Première partie : Enjeux contractuels et légaux.....	3
Chapitre 1 : Prémises.....	5
Section I: Les contrats de durée.....	5
1. Les contrats de durée au sens large.....	6
2. Les contrats analogues aux contrats de durée au sens large.....	7
3. Les contrats de durée déterminée et les contrats de durée indéterminée.....	7
Section II: Les contrats renouvelables.....	7
Section III: Terminologie.....	8
Section IV: Analyse juridique du renouvellement.....	10
Section V: Le renouvellement et la conclusion de contrats successifs.....	12
Section VI: Le renouvellement tacite et son rapport avec la relation contractuelle de fait.....	13
Section VII: Le renouvellement : conclusion d'un nouveau contrat ou prolongation du contrat primitif ?.....	14
Section VIII: Casuistique des points à traiter.....	17
Chapitre 2 : Problèmes contractuels et légaux.....	19
Section I: Problèmes contractuels.....	19
Section II: Problèmes légaux.....	19
Deuxième partie : Solutions légales et jurisprudentielles.....	21
Chapitre 1 : Règles de la Partie spéciale.....	23
Section I: Le contrat de bail.....	23
1. Introduction.....	23
2. Le renouvellement tacite.....	24
3. Conséquences du renouvellement tacite.....	28
4. Le renouvellement par accord exprès.....	32

5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	36
6.	Cas limites.....	38
7.	Les contrats successifs.....	41
8.	Un cas particulier.....	42
9.	Le bail à loyer et la relation contractuelle de fait	43
10.	Droit comparé	44
Section II: Le contrat de bail à ferme.....		48
1.	Introduction.....	48
2.	Le renouvellement tacite	49
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	50
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	51
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	52
Section III: Le contrat de travail		53
1.	Introduction.....	53
2.	Le renouvellement tacite	53
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	55
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	57
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	58
6.	Cas limites.....	58
7.	Les contrats successifs.....	60
8.	Droit comparé	61
Section IV: Le contrat d'agence		69
1.	Introduction.....	69
2.	Le renouvellement tacite	70
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	72
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	74
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	75
6.	Cas limites.....	76
7.	Les contrats successifs.....	77
8.	Droit comparé	77
Section V: La société simple.....		78

Chapitre 2 : Règles d'autres lois	81
Section I: Le contrat d'assurance	81
1. Introduction.....	81
2. Le renouvellement tacite	82
3. Conséquences du renouvellement tacite.....	83
4. Le renouvellement par accord exprès.....	84
5. Conséquences du renouvellement par accord exprès	88
6. Cas limites.....	89
7. La proposition pour une révision totale de la LCA du 31 juillet 2006 et le projet de 2011	89
Section II: Le bail à ferme agricole.....	90
1. Renouvellement tacite.....	91
2. Conséquences du renouvellement tacite.....	91
Chapitre 3 : Du caractère impératif ou dispositif des règles sur le renouvellement.....	93
Chapitre 4 : Analyse des contrats nommés ne prévoyant aucune règle sur le renouvellement.....	97
Section I: Remarques préliminaires	97
1. Le renouvellement pour une durée déterminée ou indéterminée.....	97
2. Appréciation de règles potentielles.....	97
Section II: Le contrat de prêt à usage	100
1. Introduction.....	100
2. Le renouvellement tacite	102
3. Conséquences du renouvellement tacite.....	102
4. Le renouvellement par accord exprès.....	103
5. Conséquences du renouvellement par accord exprès	103
6. Le cas du Règlement de prêt pour les bibliothèques scientifiques et universitaires genevoises.....	104
Section III: Le mandat proprement dit.....	104
1. Introduction.....	104
2. Le renouvellement tacite	106
3. Conséquences du renouvellement tacite.....	107

4.	Le renouvellement par accord exprès.....	108
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	108
6.	L’art. 404 CO : divergence entre jurisprudence et doctrine et impact sur le renouvellement	109
Section IV: Le contrat d’agence matrimoniale.....		110
1.	Introduction.....	110
2.	Le renouvellement tacite	113
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	113
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	115
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	116
6.	Cas limites.....	117
Section V: Le contrat de courtage		118
Section VI: Le contrat de commission		119
1.	Introduction.....	119
2.	Le renouvellement tacite	120
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	121
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	122
5.	Conséquences du renouvellement par accord exprès	123
Section VII: Le dépôt ordinaire et les dépôts spéciaux.....		124
1.	Introduction.....	124
2.	Le renouvellement tacite	125
3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	127
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	128
5.	Conséquences du renouvellement exprès.....	128
6.	Le dépôt irrégulier	129
7.	Le contrat d’entrepôt.....	129
8.	Le dépôt d’hôtellerie	130
Chapitre 5 : Un exemple de contrat innommé		131
Section I: Le contrat de franchise.....		131
1.	Introduction.....	131
2.	Le renouvellement tacite	133

3.	Conséquences du renouvellement tacite.....	134
4.	Le renouvellement par accord exprès.....	135
5.	Conséquences du renouvellement exprès.....	136
Chapitre 6 : Essai de synthèse et conclusions intermédiaires		137
Section I:	Les différentes catégories de renouvellement	137
Section II:	La primauté de la volonté des parties	138
Section III:	Les différentes catégories de contrats analysées.....	139
1.	Contrats dont le Code des obligations prévoit une règle sur le renouvellement	139
2.	Les règles sur le renouvellement contenues dans d'autres lois	146
3.	Contrats dont la loi ne prévoit aucune règle sur le renouvellement	146
Section IV:	Les éléments à déterminer en cas de litige portant sur un renouvellement.....	149
Section V:	La question de la conclusion d'un nouveau contrat.....	151
Section VI:	La reprise ultérieure d'un contrat arrivé à échéance.....	153
Section VII:	Les avantages et les limites de la réglementation actuelle en matière de renouvellement et leur appréciation.....	154
1.	Les avantages	154
2.	Les limites	155
Section VIII:	Le projet « Code des obligations suisse 2020 ».....	157
Section IX:	Un droit au renouvellement fondé sur le principe de la bonne foi ?	159
Troisième partie : Solutions contractuelles		165
Chapitre 1 : La réglementation du renouvellement par les parties.....		167
Section I:	La réglementation directe	167
1.	L'exclusion du renouvellement	168
2.	Les différentes formes d'une clause de renouvellement.....	169
Section II:	La réglementation indirecte	175
Chapitre 2 : Les clauses pathologiques.....		179
Section I:	Le but d'une clause de renouvellement	179

Section II: Clauses pathologiques : exemples	179
Section III: Le droit dispositif	182
Section IV: Interprétation des clauses pathologiques	183
Chapitre 3 : Le traitement réservé aux clauses de renouvellement par le droit européen	187
Section I: La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011.....	187
Section II: La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente	189
Section III: Conclusion.....	191
Quatrième partie : Actions en justice	193
Chapitre 1 : Introduction	195
Chapitre 2 : Action en justice	197
Section I: Le for de l'action dans les litiges portant sur le renouvellement d'un contrat de durée.....	197
Section II: Le choix de l'action.....	198
Section III: Importance des mesures provisionnelles.....	202
1. Introduction.....	203
2. Les mesures de réglementation	203
i. Procédure judiciaire	205
ii. Procédure arbitrale	207
Chapitre 3 : Action en réparation du dommage	211
Section I: Les parties sont liées par un contrat	211
Section II: Les parties ne sont pas liées par un contrat.....	213
Chapitre 4 : La problématique du renouvellement en rapport avec le droit des poursuites.....	215
Conclusion.....	219
Bibliographie.....	225

Introduction

Le renouvellement d'un contrat est une expression que l'on utilise souvent. Que ce soit en matière de téléphonie mobile, de bail à loyer ou de vente de gaz, nous avons certainement tous été confrontés au moins une fois au renouvellement d'un contrat. Certes, le concept de « renouvellement » semble relativement intuitif, mais que l'on ne s'y trompe cependant pas, le caractère intuitif du renouvellement cache, en réalité, un certain nombre de difficultés, tant sur le plan légal que sur le plan contractuel. 1

Si, dans la majorité des cas, le renouvellement (tacite en particulier) se fait sans problèmes majeurs, dans d'autres ses conséquences prennent souvent une partie par surprise. Cette surprise découle d'un précepte, bien connu en matière de contrats de durée déterminée, aux termes duquel ceux-ci prennent fin par la simple survenance du terme stipulé. Alors qu'en termes absolus, cette affirmation n'est pas fautive en elle-même, elle doit néanmoins être maniée avec prudence. En effet, le « renouvellement » vient justement perturber cette règle bien établie, jusqu'au point de la mettre à néant. 2

En matière de renouvellement, la doctrine ne s'est pas prononcée de manière générale sur la question du renouvellement des contrats de durée¹ et la jurisprudence n'est malheureusement pas abondante en exemples. Avec cette étude, on se propose d'apporter une contribution en droit privé suisse sur la notion et les applications pratiques du renouvellement des contrats de durée. 3

Le sujet du renouvellement est potentiellement très vaste. Le choix opéré a été celui de mettre en exergue et d'approfondir plus particulièrement le volet contractuel du thème, tout en évoquant aussi des questions de procédure et d'action en réparation du dommage. 4

Cette thèse est composée de quatre parties : 5

- la *première partie* est dédiée aux fondements en matière de contrats de durée ainsi qu'au concept juridique du renouvellement ;
- la *deuxième partie* de cet ouvrage procède, dans un premier temps, à l'analyse des contrats qui contiennent une règle en matière de renouvellement et, dans un second temps, l'attention sera portée sur les contrats qui ne contiennent aucune règle en la matière. Tous les contrats nommés « renouvelables » seront abordés, ainsi qu'un exemple de contrat innommé ;

¹ Nous citons toutefois la thèse de MAISSEN, qui traite cependant le domaine spécifique des clauses de renouvellement automatique dans les conditions générales.

- la *troisième partie* est consacrée aux questions purement contractuelles des clauses de renouvellement. L'analyse portera sur les différents types de clauses, en ce compris les clauses dites « pathologiques » ;
- enfin, la *quatrième partie* abordera le sujet de l'action en justice. Après avoir étudié les aspects procéduraux de l'action en justice, nous procéderons à quelques considérations en matière d'action en réparation du dommage.

6 Au travers de l'analyse du renouvellement des contrats de durée, nous verrons que ce concept, parfois perçu comme un piège, est pourtant une institution nécessaire à la bonne marche des relations entre les cocontractants, qui mérite d'être connue et utilisée de manière efficace.

Première partie :

Enjeux contractuels et légaux

Dans cette première partie de l'étude, il s'agira de poser les fondements généraux 7
sous-jacents à la thématique du renouvellement des contrats de durée.

Dans le *premier chapitre*, nous aborderons le sujet des contrats de durée (cf. *infra* ¶¶ 10 8
et seq.) avant de traiter la question spécifique des contrats renouvelables (cf. *infra* ¶¶
25 *et seq.*). Étant donné qu'en matière de renouvellement la terminologie peut être
fluctuante, une section est dédiée aux différentes locutions que l'on rencontre dans le
domaine, avec la définition retenue dans cette étude (cf. *infra* ¶¶ 27 *et seq.*). Nous
procéderons, par la suite, à une analyse juridique du renouvellement (cf. *infra* ¶¶ 34 *et*
seq.). Nous aborderons également la question du renouvellement et la conclusion de
contrats en chaîne (cf. *infra* ¶¶ 39 *et seq.*) ainsi que le rapport avec la relation
contractuelle de fait (cf. *infra* ¶¶ 42 *et seq.*). Nous procéderons ensuite avec l'analyse de
la question de savoir si un renouvellement implique nécessairement la conclusion
d'un nouveau contrat (cf. *infra* ¶¶ 48 *et seq.*) et, enfin, nous énumérerons les points
particuliers qui seront traités lors de l'analyse des contrats (cf. *infra* ¶¶ 58 *et seq.*).

Dans le *second chapitre*, nous évoquerons les problèmes contractuels (cf. *infra* ¶¶ 63 *et* 9
seq.) et légaux (cf. *infra* ¶¶ 65 *et seq.*) que soulève la question du renouvellement des
contrats de durée.

Chapitre 1 : Prémisses

Section I: Les contrats de durée

Dans le cadre de cette étude, seul le renouvellement des contrats de durée sera traité. 10
À ce propos, il est utile de trouver une définition de « contrat de durée » susceptible d’englober tous ces contrats dont on dit communément qu’ils peuvent être « renouvelés ».

Définition(s). Il n’existe, en l’état, pas de définition précise et unanime du « contrat 11
de durée ». On pourrait d’ailleurs se demander si, à l’instar de la distinction entre droit civil, droit pénal et droit public dans le cadre d’un recours au Tribunal fédéral, celle entre les « contrats de durée » et, par exemple, les « contrats simples », n’est en réalité « *une distinction tellement essentielle que les juristes la font de manière quasi instinctive* »². Cette affirmation est probablement vraie dans la plupart des cas, mais qu’en est-il, par exemple, du contrat de prêt ?

Pour certains, les contrats de durée se caractérisent par le fait que la prestation 12
caractéristique (ou principale) du contrat s’étend dans le temps³. C’est la définition que le Tribunal fédéral a fait sienne dans un arrêt de 2005, dans lequel il a notamment conclu que le contrat de prêt est un contrat de durée⁴.

Pour d’autres, les contrats de durée se distinguent d’autres contrats en ce que dans les 13
premiers, les deux parties doivent fournir des prestations pendant un certain laps de temps⁵.

Pour d’autres encore, les contrats de durée sont les contrats dans lesquels l’exécution 14
d’une prestation au moins se prolonge nécessairement dans le temps⁶. TERCIER/PICHONNAZ distinguent ensuite les « contrats de durée au sens strict » des « contrats analogues aux contrats de durée ». Les premiers sont caractérisés par le fait que l’une des parties au moins doit exécuter une dette durable (une dette dont l’exécution se prolonge dans le temps, par exemple celle du travailleur). Les seconds ne portent pas sur une dette durable, mais leur exécution est nécessairement étendue dans le temps (par exemple le contrat d’entreprise)⁷.

² CORBOZ, Commentaire LTF, art. 72 LTF, N 14.

³ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 CO, N 119 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 263 et 94 ; BUCHER E., OR AT, p. 383-384.

⁴ ATF 128 III 428, JdT 2005 I 284.

⁵ SCHWENZER, OR AT, N 3.26.

⁶ CR-CO-I-MORIN, art. 1 CO, N 68 ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 250.

⁷ TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 250.

- 15 Pour KRAMER/SCHMIDLIN, il s'agit de contrats dans lesquels l'élément temporel revêt une certaine importance en ce sens que l'ampleur de la prestation intégrale du débiteur dépend et est directement déterminée par le temps⁸.
- 16 **Nouvelle classification proposée.** Un essai de systématisation des contrats de durée a récemment été entrepris par VENTURI-ZEN-RUFFINEN. Selon une nouvelle classification des contrats⁹, les contrats de durée peuvent être qualifiés de « contrats de durée au sens large » ou de « contrats analogues aux contrats de durée au sens large ». Les premiers peuvent encore être subdivisés en « contrats de durée au sens strict » et « contrats successifs », tandis que les seconds se composent de « contrats partiels » et de « contrats analogues aux contrats de durée au sens strict ».

1. Les contrats de durée au sens large

- 17 Les contrats de durée au sens large sont caractérisés par la rupture de l'automatisme entre exécution et extinction du contrat : le fait de prêter ne met pas fin au contrat. Le contrat ne prend pas fin de manière autonome par son exécution, mais de manière hétéronome par l'exercice d'un droit formateur ou par l'accord des parties (fixation d'une durée déterminée ou accord résolutoire)¹⁰. Les contrats de durée au sens large peuvent être distingués en « contrats de durée au sens strict » et « contrats successifs ».
- 18 **(i) Contrats de durée au sens strict.** Les contrats de durée au sens strict se caractérisent par le fait que l'étendue de la prestation totale dépend du laps de temps pendant lequel la prestation doit être fournie¹¹. Ce type de contrats porte donc sur une prestation continue dans le temps, comme celle du bailleur ou du travailleur.
- 19 **(ii) Contrats successifs.** Dans les contrats successifs, l'étendue de la prestation totale peut être déterminée par des critères indépendants de la durée du contrat ; elle ne dépend pas du laps de temps pendant lequel la prestation doit être fournie¹². La prestation caractéristique n'est pas continue dans le temps. Les contrats successifs se subdivisent en « contrats à prestations successives » (par exemple les contrats de vente à livraisons successives) et en « contrats-cadre » (dans lesquels les parties fixent les conditions de leurs accords futurs).

⁸ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Introduction générale au CO, N 159.

⁹ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 48 et seq.

¹⁰ *Idem*, N 71.

¹¹ *Idem*, N 73.

¹² *Idem*, N 75 et seq.

2. Les contrats analogues aux contrats de durée au sens large

Les contrats analogues aux contrats de durée au sens large sont des contrats dont la prestation caractéristique a pour objet une prestation unique (pas nécessairement indivisible), qui s'exécute en plusieurs fois¹³. Ces contrats peuvent être subdivisés en « contrats partiels » et « contrats analogues aux contrats de durée au sens strict ».

(i) Contrats partiels. Les contrats partiels portent sur une prestation *unique* qui s'exécute en plusieurs fois et dont chaque acte d'exécution éteint proportionnellement la dette¹⁴.

(ii) Contrats analogues aux contrats de durée au sens strict. Les contrats analogues aux contrats de durée au sens strict visent une prestation unique, mais qui exige plusieurs actes d'exécution¹⁵. Dans le contrat d'entreprise, par exemple, l'entrepreneur n'est libéré qu'après l'accomplissement du dernier acte d'exécution, soit la livraison de l'ouvrage.

3. Les contrats de durée déterminée et les contrats de durée indéterminée

Parmi les contrats de durée, il convient de distinguer les contrats de durée déterminée de ceux à durée indéterminée. Contrairement aux contrats de durée indéterminée, les contrats de durée déterminée sont caractérisés par la présence d'un terme. Conformément à un principe bien établi, les contrats de durée déterminée prennent fin par la simple survenance du terme¹⁶. La fin du contrat intervient uniquement par l'écoulement du temps.

Le terme d'un contrat peut être déterminé ou déterminable. Ainsi, il peut être établi par une date précise, une période (jours, semaines, mois, années) ou en fonction d'un laps de temps objectivement déterminable¹⁷.

Section II: Les contrats renouvelables

Dans le cadre de cette étude, les contrats qui peuvent faire l'objet d'un renouvellement proprement dit sont les contrats de durée déterminée au sens large (cf. *supra* ¶¶ 17 et seq.). Il s'agit, en quelque sorte, des « véritables » contrats de durée qui sont, à notre sens, ceux qui se prêtent le mieux à un « renouvellement » selon

¹³ *Idem*, N 83.

¹⁴ *Idem*, N 84.

¹⁵ *Idem*, N 87.

¹⁶ Cf. par exemple art. 255 al. 2 CO, art. 334 al. 1 CO, art. 418p al. 1 CO.

¹⁷ Cf. CR-CO-I-AUBERT, art. 334 CO, N 1.

l'acception commune de ce terme. Que la prestation caractéristique soit continue dans le temps ou non, ce qui est déterminant est la particularité que le contrat prenne fin par la survenance du terme ; le fait de prester ne met pas en soi fin au contrat. En principe, le renouvellement concerne donc logiquement les contrats de durée déterminée.

- 26 Les contrats dans lesquels le législateur a réglé la question du renouvellement font d'ailleurs partie des contrats dits « de durée au sens large » (cf. *infra* ¶ 643)¹⁸.

Section III: Terminologie

- 27 La terminologie que l'on rencontre dans le domaine du renouvellement est quelque peu fluctuante. Afin d'éviter toute confusion terminologique, les termes suivants seront considérés comme synonymes dans la présente étude :

- renouveler ;
- reconduire ;
- prolonger¹⁹.

- 28 **Le renouvellement tacite.** Le renouvellement tacite a typiquement lieu par actes concludants et se produit lorsque les parties continuent *de facto*, après l'échéance du contrat, à prester comme si leur accord était encore en vigueur ; aucun accord écrit ou verbal n'est intervenu²⁰. Le renouvellement tacite est un renouvellement **par actes concludants**.

- 29 **Le renouvellement par accord exprès.** En revanche, le renouvellement par accord exprès a lieu dans les cas où les parties s'accordent sur la prolongation de leur relation contractuelle par le biais de la parole ou par des mots écrits.

- 30 **Le renouvellement automatique.** Le renouvellement automatique se caractérise généralement par le fait que l'inaction d'une partie déclenche la continuation

¹⁸ Contrat de bail à loyer : art. 266 al. 2 CO (cf. *infra* ¶¶ 74 et seq.) ; contrat de bail à ferme : art. 295 al. 2 CO (cf. *infra* ¶¶ 207 et seq.) ; contrat de travail : art. 334 al. 2 CO (cf. *infra* ¶¶ 227 et seq.) ; contrat d'agence : art. 418p al. 2 CO (cf. *infra* ¶¶ 297 et seq.) ; contrat de société simple : art. 546 al. 3 (cf. *infra* ¶¶ 343 et seq.) ; contrat d'assurance : art. 47 LCA (cf. *infra* ¶¶ 349 et seq.) ; contrat de bail à ferme agricole : art. 8 LBFA (cf. *infra* ¶¶ 395 et seq.).

¹⁹ En terminologie allemande, on trouve les termes suivants pour ce qui a trait au renouvellement des contrats : « *Vertragsverlängerung* » ; « *Vertragsprolongation* » ; « *Vertragserneuerung* ». Il n'est pas toujours clair si ce dernier terme est utilisé uniquement pour définir la conclusion d'un nouveau contrat ou une simple prolongation du contrat primitif (cf. *infra* ¶ 312 note de bas de page 274 et ¶ 387, cf. aussi MAISSEN, N 32, selon laquelle il conviendrait de parler de « *Vertragserneuerung* » seulement lorsque les parties concluent un nouveau contrat). En italien on rencontre les termes suivants : « *riconduzione di un contratto* » ; « *rinnovazione di un contratto* ».

²⁰ Dans le Code, le renouvellement tacite est réglé dans les contrats suivants : bail à loyer (art. 266 al. 2 CO, cf. *infra* ¶¶ 74 et seq.) ; bail à ferme (art. 295 al. 2 CO, cf. *infra* ¶¶ 207 et seq.) ; contrat de travail (art. 334 al. 2 CO, cf. *infra* ¶¶ 227 et seq.) ; contrat d'agence (art. 418p al. 2 CO, cf. *infra* ¶¶ 297 et seq.) ; contrat de société simple (art. 546 al. 3, cf. *infra* ¶¶ 343 et seq.).

(automatique) du rapport contractuel. Si une partie désire que le contrat prenne fin à l'échéance indiquée, elle devra en informer son cocontractant, généralement par écrit et dans un délai déterminé²¹. Le renouvellement automatique fait en sorte que le silence équivaut au consentement à poursuivre la relation contractuelle ; il s'agit donc d'une **fiction**²². Étant donné que la fin du contrat ne dépend pas de l'écoulement du temps, mais d'une résiliation, ces types de contrats à renouvellement automatique sont en réalité des contrats de durée indéterminée²³. La prolongation ou non du contrat au-delà d'une certaine échéance n'est donc pas une véritable question de renouvellement ; cela devient un problème de résiliation.

Un autre type de renouvellement automatique consiste à soumettre le renouvellement du contrat à des conditions objectives. Dans les contrats de distribution, par exemple, l'atteinte d'un certain chiffre d'affaires ou l'achat d'une certaine quantité de produits²⁴ peut automatiquement conduire au renouvellement du contrat. 31

L'option de renouvellement. L'option de renouvellement confère à une partie le droit de mettre en œuvre le renouvellement du contrat par simple manifestation de volonté²⁵. En règle générale, ce droit formateur ne peut être utilisé que pendant un laps de temps déterminé et défini à l'avance dans le contrat. En matière de bail à loyer, l'option de renouvellement telle que définie ici est souvent appelé *echte Option*²⁶, à laquelle s'oppose la *unechte Option*, qui permet, par exemple, au locataire de prolonger la durée du bail, mais qui envisage également une éventuelle adaptation du loyer sur lequel les parties devront s'accorder²⁷. 32

Le renouvellement improprement dit. Nous parlerons de renouvellement **improprement dit** lorsque le « renouvellement » du contrat en question implique en réalité la conclusion d'un nouveau contrat. 33

²¹ Dans le cadre du contrat d'agence, le législateur suisse fait référence à un cas de renouvellement automatique (art. 418p al. 3 CO, cf. *infra* ¶ 311).

²² Dans le même sens, MAISSEN, N 67, qui qualifie à juste titre le renouvellement automatique de « *fingierte Willenserklärung* ».

²³ Cf. par exemple MÜLLER, Contrats, N 3065 ; MAISSEN, N 46.

²⁴ Cf. *infra* ¶ 759.

²⁵ En matière de bail à loyer, cf. ATF 122 III 10, c. 4 ; 113 II 31, c. 2.a ; TF 4A.111/2009, arrêt du 4 juin 2009 ; CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 12 ; PERMANN, Mietrecht, art. 255 CO, N 10 ; SVIT-K, art. 255 CO, N 11 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 7.

²⁶ Cf. en droit du bail à loyer DIETSCHY, *Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux*, in AJP/PJA 2012 1238 (1239) ; TF 4A_551/2008, arrêt du 12 mai 2009, c. 5.1 ; TF 4C.17/2004, arrêt du 2 juin 2004, c. 6.2.1.

²⁷ TF 4C.152/2004, arrêt du 9 juillet 2004, c. 3.1 ; PERMANN, Mietrecht, art. 255 CO, N 10 ; SVIT-K, art. 255 CO, N 11 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 7.

Section IV: Analyse juridique du renouvellement

- 34 Nous l'avons vu, le renouvellement est un concept relativement intuitif décrivant la situation dans laquelle les parties continuent de prêter après l'échéance contractuelle, comme si celle-ci n'était jamais survenue. Pour parler de renouvellement, il faut en général réunir deux éléments caractéristiques : (i) un contrat de durée déterminée et (ii) un accord (exprès ou tacite) sur la reconduction du contrat après l'échéance contractuelle. Avec un renouvellement, les cocontractants conviennent de prolonger leur rapport juridique au-delà du terme initialement stipulé. En termes juridiques, **le renouvellement est donc un accord** entre les parties. Selon la théorie générale du droit des obligations, l'accord (*i.e.* un contrat) n'est parfait que si les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO)²⁸. Afin de déterminer si un renouvellement a eu lieu, il conviendra de recourir aux outils classiques d'interprétation, en ce compris, donc, le principe de la confiance lequel est déduit des règles de la bonne foi²⁹. Par la suite, l'on parlera d'**attentes légitimes** liées au renouvellement dans la mesure où une partie est en droit d'exiger le renouvellement sur la base du principe de la confiance.
- 35 Les manifestations de volonté peuvent être distinguées en manifestations expresses et tacites (art. 1 al. 2 CO)³⁰. Les manifestations de volonté tacites peuvent encore être divisées en *actes concluants* et le *silence*³¹. Une manifestation est **expresse** lorsque la déclaration se fait à l'aide de la parole ou de signes et pour autant que la volonté manifestée résulte directement des mots ou des signes utilisés³². Des signes usuels ou conventionnels, par exemple le vote par assis et debout, rentrent dans la catégorie des manifestations expresses³³. En revanche, la manifestation de volonté **par actes concluants** a lieu lorsque la volonté exprimée ne peut être déduite qu'indirectement d'un comportement donné³⁴. Un comportement dirigé vers une certaine fin peut autoriser la déduction d'une volonté déterminée³⁵. Le renouvellement est donc le résultat d'une **offre** et d'une **acceptation** qui peuvent être expresses ou tacites.
- 36 S'agissant du renouvellement tacite, l'offre est faite par actes concluants et l'acceptation peut intervenir soit elle aussi par actes concluants, soit plus particulièrement par le simple **silence**. On sera en présence d'une acceptation par

²⁸ Cf. aussi TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 219 *et seq.* ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 130.

²⁹ ATF 99 II 67, c. 3 ; CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 14 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 98-103.

³⁰ ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 CO, N 139 *et seq.* ; SCHWENZER, OR AT, N 27.08 *et seq.* ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 188 *et seq.* ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 191 *et seq.*

³¹ ENGEL, Traité des obligations, p. 129.

³² ATF 121 III 31, c. 2.c ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 188.

³³ ENGEL, Traité des obligations, p. 130.

³⁴ TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 192 ; cf. aussi SCHWENZER, OR AT, N 27.10 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 CO, N 144.

³⁵ ENGEL, Traité des obligations, p. 130.

actes concluants lorsque, suite à une offre du bailleur de renouveler le contrat, le locataire continue d'utiliser les locaux. L'acte concluant doit être distingué de l'acceptation par le silence. Ce dernier cas est spécifiquement réglé par l'**art. 6 CO**³⁶ et se réfère à l'hypothèse dans laquelle la personne visée par le pollicitant adopte un **comportement purement passif**³⁷. L'acceptation par le silence est un cas particulier de manifestation de volonté par actes concluants selon l'art. 1 al. 2 CO³⁸. Selon la jurisprudence³⁹ et une partie de la doctrine⁴⁰, auxquelles nous nous rallions, l'art. 6 CO n'est autre que la mise en œuvre du principe de la confiance. Même s'il n'est pas possible d'exclure la prolongation d'un contrat par le silence, un renouvellement fondé sur l'art. 6 CO reste un cas exceptionnel qui ne saurait être admis à la légère.

Il y a **renouvellement tacite « pur »** lorsque l'offre et l'acceptation proviennent d'actes concluants et dans le cas particulier où le silence vaut acceptation (art. 6 CO). Inversement, on parlera de **renouvellement par accord exprès « pur »** lorsque les manifestations de volonté des parties peuvent être qualifiées comme étant expresses. Entre ces deux cas de figure, on trouve les **renouvellements hybrides**, comme le cas dans lequel l'offre est expresse et l'acceptation se fait par actes concluants ou par le simple silence. 37

Schéma récapitulatif. En conclusion, le renouvellement peut être décrit selon les outils généraux du droit des obligations. Le schéma ci-dessous résume les différentes facettes du renouvellement. 38

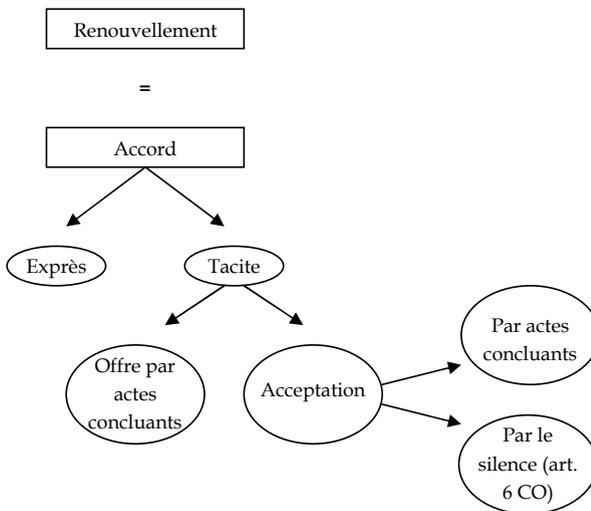
³⁶ ENGEL, Traité des obligations, p. 131. Aux termes de l'art. 6 CO, « [l]orsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable ».

³⁷ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 6 CO, N 2 ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 6 CO, N 11 ; CR-CO-I-MORIN, art. 6 CO, N 3.

³⁸ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 6 CO, N 13. Opinion différente de ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 6 CO, N 6.

³⁹ ATF 123 III 53, c. 5.a ; TF 4C.437/2006, c. 2.3.1, arrêt du 13 mars 2007 (non publié dans l'ATF 133 III 56) ; TF 4C.378/2004, c. 2.2, arrêt du 30 mai 2005.

⁴⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 455 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 6 CO, N 14 ; E. BUCHER, BaKomm OR I, art. 6, N 1 ; CR-CO-I-MORIN, art. 6 CO, N 8. *Contra* KOLLER, OR AT, § 7, N 105 ; SCHWENZER, OR AT, N 28.37.



Section V: Le renouvellement et la conclusion de contrats successifs

- 39 La problématique des contrats successifs (« *Kettenverträge* ») s'est essentiellement développée dans le domaine du droit du travail⁴¹ et, plus récemment, en matière de bail à loyer⁴². Ce type de procédé est considéré contraire à l'art. 2 al. 2 CC si la conclusion de plusieurs contrats vise avant tout le contournement des règles en faveur de la partie faible.
- 40 En présence de contrats successifs abusifs, le juge fera abstraction du morcellement de la relation contractuelle et pourra soit considérer le tout comme un seul contrat de durée déterminée, soit comme un contrat de durée indéterminée⁴³.
- 41 En revanche, le renouvellement, qu'il soit exprès ou tacite, est un accord qui porte sur la prolongation du contrat primitif. Avec le renouvellement, les parties cherchent donc une solution de continuité. Les contrats successifs visent le contraire : une fragmentation de la relation avec une intention claire de mettre un terme à un contrat et d'en conclure un autre, souvent très similaire, dans un espace de temps rapproché. Lorsque le morcellement est qualifié d'abusif, le juge pourra alors sanctionner ce comportement et en faire abstraction selon les règles développées par la jurisprudence en application de l'art. 2 al. 2 CC.

⁴¹ Cf. *infra* ¶¶ 265 et seq.

⁴² Cf. *infra* ¶¶ 165 et seq.

⁴³ Cf. *infra* ¶¶ 267-268.

Section VI: Le renouvellement tacite et son rapport avec la relation contractuelle de fait

La relation contractuelle de fait⁴⁴ - Définition. La relation contractuelle de fait 42 (« *faktisches Vertragsverhältnis* ») est un concept qui permet de provoquer des effets contractuels dans des situations où le contrat conclu entre les parties est nul *ab initio*, devient nul par la suite ou n'a jamais été formellement conclu du fait de l'absence de manifestations de volonté concordantes. En droit suisse, cette idée a été concrétisée dans l'art. 320 al. 3 CO relatif au contrat de travail⁴⁵. Cette disposition prévoit que si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur sur la base d'un contrat qui se révèle nul par la suite, ils sont alors tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme si ce contrat était entièrement valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat⁴⁶.

La jurisprudence a appliqué ce même concept à d'autres types de contrats de durée : 43 contrat de leasing⁴⁷, contrat combinant des obligations du bail et de la vente⁴⁸, contrat de licence⁴⁹ et le contrat de bail⁵⁰. Dans ce dernier type de contrats, le recours à la théorie de la relation contractuelle de fait a lieu dans les situations typiques dans lesquelles le locataire demeure dans les locaux du bailleur alors qu'il n'y a pas d'accord entre les parties.

La théorie de la relation contractuelle de fait ne fait pas l'unanimité en doctrine⁵¹. 44 Selon KRAMER/SCHMIDLIN, il est possible de trouver des solutions convenables sans recourir au principe de la relation contractuelle de fait⁵². Par exemple, en cas de « *fehlerhaft begründete Gesellschaftsverhältnisse* » ou en cas de contrats de bail à loyer ou à

⁴⁴ Cf. WÜRSCH/DALLAFIOR, *Können Fakten Verträge begründen ?*, in RSJ/SJZ 85 (1989) 273 et seq. ; Syz, *Faktisches Vertragsverhältnis*, Zurich 1991 ; BUCHER E., OR AT, p. 270 et seq. ; SCHWENZER, OR AT, N 28.62 ; E. BUCHER, BaKomm OR I, art. 1, N 70 et seq. ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO, N 238 et seq. ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 CO, N 563-565 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1184 et seq. ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 160 et seq.

⁴⁵ BUCHER E., OR AT, p. 271 ; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO, N 242 ; SCHWENZER, OR AT, N 28.62 ; E. BUCHER, BaKomm OR I, art. 1, N 71 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1188 ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 160a.

⁴⁶ Cf. par exemple l'ATF 132 III 757, JdT 2007 I 239, SJ 2007 I 253, où le Tribunal fédéral a retenu que les parties étaient en présence d'un contrat d'apprentissage de fait.

⁴⁷ ATF 110 II 244, JdT 1985 I 152, SJ 1985 155.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral in SJ 1998 115.

⁴⁹ ATF 116 II 191, JdT 1990 I 599 ; 85 II 38 ; 75 II 166.

⁵⁰ ATF 134 III 267, JdT 2008 II 77 ; 119 II 437 ; 63 II 368 ; TF 4C.255/2005, arrêt du 26 octobre 2006 (pour un résumé en français cf. WERRO, *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne 2012, p. 813 et seq.) ; TC GB ZB 26/92 2 mars 1993 in PKG 1993 p. 49 et seq. ; TC BS 7 décembre 1984 in BJM 1985 p. 246 et seq.

⁵¹ Cf. notamment les doutes émis dans le cadre de l'application de ce principe aux contrats de bail : BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO, N 251 ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 160b.

⁵² BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO, N 238.

ferme nuls, il n'existe aucune raison d'exclure l'application des règles traditionnelles sur l'enrichissement illégitime⁵³.

- 45 Quoi qu'il en soit, il convient cependant de mettre en évidence le caractère pragmatique de cette institution, qui permet avant tout d'arriver à une solution équitable⁵⁴. C'est, par ailleurs, l'équité qui est souvent utilisée pour justifier l'application du principe de la relation contractuelle de fait, par opposition à l'utilisation des règles sur l'enrichissement illégitime.
- 46 **Rapport avec le renouvellement tacite.** La relation contractuelle de fait doit être distinguée du renouvellement tacite. Contrairement aux situations qui seraient susceptibles de provoquer l'application de la théorie de la relation contractuelle de fait, le renouvellement tacite implique un véritable accord entre les parties et donc un contrat parfaitement valable sous tous les aspects. Le principe de la relation contractuelle de fait n'est donc pas une alternative en cas d'accord douteux, mais plutôt un outil qui permet, dans certaines circonstances, de déterminer les conséquences de l'absence d'un contrat valable.
- 47 En matière de bail à loyer, par exemple, la théorie de la relation contractuelle de fait permet au bailleur, entre autres, de disposer d'une créance de loyer sans qu'il faille recourir à d'autres systèmes, qui obligerait le bailleur à fournir la preuve d'un dommage, souvent difficile à apporter.

Section VII: Le renouvellement : conclusion d'un nouveau contrat ou prolongation du contrat primitif ?

- 48 Lorsque les parties renouvellent leur contrat, que cela se produise tacitement ou par accord exprès, se pose la question de savoir si elles font face à un nouveau contrat ou si, au contraire, elles sont en présence du contrat primitif, quoique modifié. De prime abord, la réponse à cette question peut paraître inutilement théorique. Il existe toutefois quelques contrats qui font dépendre certains éléments de l'écoulement du temps⁵⁵. D'autres droits ne naissent qu'avec la fin du contrat⁵⁶. La question de savoir si, en cas de renouvellement, les parties sont en présence d'un seul et même contrat, ou si un autre a été conclu, revêt donc une certaine importance. En fonction de la réponse, les parties au contrat verront des impacts directs sur leurs droits et obligations.

⁵³ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO, N 250-251.

⁵⁴ Cf. aussi SYZ, Faktisches Vertragsverhältnis, Zurich 1991, p. 35.

⁵⁵ Cf. par exemple le calcul du plafond de l'indemnité pour clientèle dans le cadre du contrat d'agence (cf. *infra* ¶¶ 316-317).

⁵⁶ Cf. par exemple le délai de prescription décennale afin de réclamer les choses que le mandataire n'a pas encore restituées dans le cadre du contrat de mandat (cf. *infra* ¶¶ 485 et seq.).

Doctrine. La doctrine a pris position sur la question traitée ici dans le cadre spécifique 49 des règles prévues par notre ordre juridique en matière de renouvellement tacite, en particulier concernant le renouvellement tacite du contrat de bail (art. 266 al. 2 CO). HIGI⁵⁷ et PERMANN⁵⁸ préconisent la voie de la conclusion d'un nouveau contrat. Selon eux, un contrat de durée déterminée qui prend fin *eo ipso* ne peut logiquement pas être reconduit (« *fortgesetzt* »⁵⁹). Selon un autre courant doctrinal⁶⁰, le renouvellement tacite du bail ne serait qu'une reconduction du contrat primitif de durée déterminée (« *Fortsetzung des ursprünglich befristeten Vertrages* »⁶¹). En matière de contrat de travail, WYLER/MARTIN expriment clairement que la reconduction tacite des rapports de travail n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat de travail⁶².

Ce n'est que récemment qu'un auteur s'est prononcé, de manière générale, sur la 50 question qui est ici posée, mais dans le cadre spécifique des clauses de renouvellement automatique⁶³. Selon MAISSEN, la prolongation automatique est une continuation du contrat primitif et non pas la conclusion d'un nouveau contrat⁶⁴. Elle distingue, ensuite, entre prolongation sans ou avec modification des prestations contractuelles, mais en principe la conclusion reste identique. Si les prestations contractuelles ne sont pas modifiées avec le renouvellement automatique, le contrat primitif n'est modifié qu'en ce qui concerne la durée ; il n'y a pas conclusion d'un nouveau contrat⁶⁵. En cas de modifications, même d'*essentialia negotii*, les parties ne font que modifier le contrat primitif⁶⁶. Cela étant, MAISSEN s'interroge, à juste titre selon nous, sur la question de savoir jusqu'à quel point l'on peut encore parler d'un seul et même contrat en cas de changements. Selon cet auteur, si les parties modifient de manière importante une des prestations essentielles (« *wesentliche Leistung* »), de sorte que le caractère du contrat est changé, il faudra en principe partir de l'idée d'un nouveau contrat⁶⁷.

Jurisprudence. En matière de renouvellement, la jurisprudence a très rarement dû se 51 prononcer sur la question de l'éventuelle conclusion d'un nouveau contrat. Par rapport au renouvellement tacite du contrat de bail, le Tribunal fédéral a précisé que

⁵⁷ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 37.

⁵⁸ PERMANN, Mietrecht, art. 266 CO, N 8.

⁵⁹ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 37 ; cf. aussi PERMANN, Mietrecht, art. 266 CO, N 8.

⁶⁰ WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 5 ; SVIT-K, art. 266 CO, N 13.

⁶¹ WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 5.

⁶² WYLER/MARTIN, p. 437. En tout état de cause, la teneur de l'art. 334 al. 2 CO est plus claire que celle de l'art. 266 al. 2 CO. L'art. 334 al. 2 CO prévoit que le contrat reconduit tacitement est « réputé être un contrat de durée indéterminée », cf. *infra* ¶ 241.

⁶³ MAISSEN, N 32 *et seq.*

⁶⁴ *Idem*, N 36 : « [...] *die automatische Vertragsverlängerung [ist] eindeutig auf eine Weiterführung des ursprünglichen und nicht auf den Abschluss eines neuen Vertrages ausgerichtet* ».

⁶⁵ *Idem*, N 37-38.

⁶⁶ *Idem*, N 40-41, qui prend l'exemple des conditions générales d'une salle de gym qui prévoient qu'en l'absence d'un congé, le contrat sera automatiquement renouvelé aux conditions qui seront en vigueur au moment du renouvellement. Les « conditions » incluent aussi le prix des prestations.

⁶⁷ *Idem*, N 41.

« [l]a reconduction tacite marque [...] davantage la continuité dans la relation contractuelle plutôt qu'une césure »⁶⁸. Cette affirmation montre clairement qu'au moins en cas de renouvellement tacite, où en principe le contrat n'est pas modifié (sauf la durée), le Tribunal fédéral y voit généralement la continuation du contrat primitif et non pas la conclusion d'un nouveau contrat.

- 52 Notre proposition : une règle générale et son exception.** Afin de déterminer dans chaque cas d'espèce si un nouveau contrat a été conclu ou si le contrat primitif a simplement été prolongé, il convient d'établir une règle générale qui puisse être appliquée aisément. Comme cela est souvent le cas, la règle générale sera accompagnée d'une exception.
- 53 La règle générale.** À moins que la loi ne l'indique clairement, le renouvellement n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. En principe, lorsque les parties renouvellent leur contrat, elles modifient la clause de durée et, le cas échéant, elles peuvent modifier d'autres clauses du contrat ; le contrat primitif ne prend pas fin, il n'est que métamorphosé par l'accord (exprès ou tacite) des cocontractants. Des changements mineurs conduisent à un **contrat adapté**, mais qui peut encore être assimilé au contrat primitif. Comme nous le verrons dans le cadre de l'analyse des différents contrats, cette solution est en ligne avec la tendance générale consistant à considérer qu'un contrat de durée déterminée tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée.
- 54 L'exception : le changement fondamental.** Si les parties changent le contrat de manière fondamentale, elles concluent en réalité un nouveau contrat. Se pose alors la question de la définition d'un « changement fondamental ». On pourrait, premièrement, se référer aux éléments essentiels du contrat et affirmer qu'en cas de changement de ceux-ci, les parties concluent un nouveau contrat. Cette règle paraît trop stricte. En effet, dans le cadre d'un contrat d'agence, un nouveau contrat serait conclu à chaque fois que les parties modifient, même légèrement, le montant de la commission de l'agent. De même, à chaque augmentation de loyer, bailleur et locataire concluraient un nouveau contrat. Cette règle serait certainement simple à appliquer, mais elle aboutit dans certains cas à des conclusions qui vont contre le bon sens.
- 55 La prestation caractéristique.** La notion de prestation caractéristique a été développée dans le cadre du droit international privé. La prestation caractéristique d'un contrat est définie par la doctrine comme étant, en principe, celle qui n'est pas pécuniaire⁶⁹ ; elle incarne la fonction sociale et économique du contrat⁷⁰. À notre sens, une modification de la prestation caractéristique devrait en principe conduire à la conclusion d'un nouveau contrat si le contrat primitif en ressort **dénaturé**. Ainsi, dans le cadre du bail à loyer, si les parties « renouvellent » leur contrat, mais que le bailleur

⁶⁸ ATF 137 III 580 c. 2, SJ 2012 I 177 ; MP 2012 63.

⁶⁹ CR-LDIP-BONOMI, art. 117 LDIP, N 14.

⁷⁰ *Idem*, N 15 ; cf. aussi ZK-IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117, N 27.

met désormais à disposition du locataire un autre immeuble, les parties ont en réalité conclu un nouveau contrat de bail. Cette conclusion n'empêchera en tout cas pas le juge de s'inspirer des clauses de l'ancien contrat, dans la mesure où les parties s'attendaient à ce que celles-ci s'appliquent toujours⁷¹.

Informations obligatoires dans le contrat. La prestation caractéristique n'est pas, en règle générale, celle qui est pécuniaire. *Quid* si les parties renouvellent le contrat d'agence matrimoniale et modifient, par là même, la rémunération du mandataire ? L'art. 406d CO contient une série d'éléments qui doivent impérativement figurer dans le contrat. Selon nous, même si la prestation caractéristique du mandataire n'est pas modifiée, le changement d'un élément qui doit obligatoirement être indiqué dans le contrat doit conduire à la conclusion d'un nouveau. 56

Avec cette règle et son exception, il conviendra de déterminer, face à un renouvellement, si les parties ont simplement prolongé le contrat primitif ou si elles ont, en revanche, conclu un nouveau contrat, et ce indépendamment des mots utilisés par les cocontractants. 57

Section VIII: Casuistique des points à traiter

Pris dans son ensemble, le renouvellement est un sujet relativement vaste. Avant d'entrer directement dans l'analyse détaillée des contrats, il est utile d'établir une liste des problèmes à traiter. Dans un premier temps, le renouvellement doit être distingué en deux hypothèses. Il peut avoir lieu *avec* ou *sans* le consentement réel des deux parties. Dans le second cas, l'on songe notamment aux circonstances où le comportement d'une partie ne reflète pas sa volonté intime. Dans ces hypothèses, le renouvellement a lieu sans consentement réel, mais sur la base d'une interprétation objective des comportements (principe de la confiance). 58

Lorsque la prolongation a lieu avec l'accord des parties, il convient de traiter quatre points en particulier. Il existe deux mécanismes de renouvellement ; (i) celui qui a lieu par accord exprès et (ii) celui qui se produit par actes concluants (tacitement). Nous nous poserons ensuite la question de savoir (iii) si le contrat renouvelé est un nouveau contrat ou si, au contraire, il s'agit du même contrat, mais prolongé. Pour finir, si le contrat est réputé renouvelé, il convient de s'interroger sur (iv) la durée de ce (nouveau) contrat⁷². Pour certains contrats, nous examinerons aussi le problème des contrats successifs. 59

Les contrats analysés dans la présente étude distinguent fondamentalement deux cas : le renouvellement tacite et le renouvellement par accord exprès. La question de savoir 60

⁷¹ Sur ce point cf. *infra* ¶ 694.

⁷² Trois solutions sont envisageables : soit l'on considère que le contrat est renouvelé pour une durée indéterminée, soit pour la même durée déterminée du contrat primitif ou, dernièrement, pour une autre durée déterminée.

si le contrat renouvelé forme un nouveau contrat est étudiée sous plusieurs aspects. Enfin, il sera question d'énumérer les conséquences d'un renouvellement.

- 61 Lorsque le renouvellement se produit sans l'accord réel des cocontractants, c'est à la suite d'une interprétation du comportement des parties qu'une telle conclusion s'impose. Cette question ne peut être traitée qu'en regard aux cas concrets.
- 62 Dernièrement, si un litige survient entre les parties concernant le renouvellement d'un contrat, se pose la question de l'action en justice. Celle-ci doit être examinée non seulement d'un point de vue procédural, mais aussi sous l'angle du droit de fond⁷³.

⁷³ Action en réparation du dommage, cf. *infra* §§ 894 et seq.

Chapitre 2 : Problèmes contractuels et légaux

Section I: Problèmes contractuels

Les problèmes contractuels en relation avec le renouvellement des contrats de durée peuvent se concrétiser même en présence de clauses contractuelles parfaitement valables et non pathologiques. Par exemple, que se passe-t-il si un contrat contient une clause excluant tout renouvellement, mais que les parties continuent tout de même à prêter au-delà de l'échéance contractuelle⁷⁴ ? Quelle est la portée, sur un éventuel renouvellement, d'une clause réservant la forme écrite à toute modification contractuelle (dont la durée)⁷⁵ ? 63

D'autres problèmes surgissent lorsqu'un contrat contient une clause de renouvellement dite « pathologique »⁷⁶. La clause en question peut être elle-même pathologique ou poser des problèmes dans le contexte général du contrat. Par exemple, dans un contrat innommé qui, à la suite d'un renouvellement, est devenu un contrat de durée indéterminée, il serait préférable de régler également la question des délais de résiliation. En effet, ces délais ne sont généralement pas traités dans des contrats de durée déterminée, étant donné que ceux-ci prennent fin, en principe, à l'échéance contractuelle. 64

Section II: Problèmes légaux

Comme nous le verrons, le renouvellement n'est pas une matière traitée de manière exhaustive par notre ordre juridique. Essayer d'offrir une solution à chaque cas de renouvellement n'est certes pas un exercice rapide, mais il est nécessaire si l'on considère les nombreux problèmes que ces litiges soulèvent. 65

Premièrement, dans le cadre des contrats prévoyant une règle sur la reconduction tacite, le texte de la loi ne permet pas de déterminer directement si un contrat ainsi renouvelé devient un nouveau contrat ou s'il est simplement prolongé. Bien que la réponse à cette question puisse paraître plus académique que pratique, nous verrons qu'elle a tout de même un impact concret sur les droits et obligations des parties. 66

Deuxièmement, les parties peuvent convenir expressément d'une prolongation du contrat. Jusqu'à quel point peuvent-elles changer le contenu du contrat pour que l'on puisse encore parler de contrat renouvelé, faute de quoi l'on considérera qu'un nouvel accord a pris naissance ? 67

⁷⁴ Cf. sur ce point *infra* §§ 737 et seq.

⁷⁵ Cf. sur ce point *infra* §§ 765 et seq.

⁷⁶ Sur la question des clauses pathologiques cf. *infra* §§ 774 et seq.

- 68 *Troisièmement*, la plupart des contrats nommés ne contiennent aucune règle en matière de renouvellement. Comment aborder ces cas ? Existe-t-il un ou plusieurs principes susceptibles de s'appliquer dans ces hypothèses ? Cette même question s'applique également en cas de contrats innommés, lesquels, par définition, ne bénéficient d'aucun cadre juridique.

Deuxième partie :

Solutions légales et jurisprudentielles

Lorsque l'on est face à un problème juridique qui n'a pas fait l'objet d'une négociation 69
entre les parties, le premier réflexe du juriste est celui de se tourner vers le droit
dispositif. Certains contrats, réglés dans le Code ou dans d'autres lois, contiennent
des règles en matière de renouvellement tacite. D'autres sont en revanche muets en la
matière.

Dans le cadre de cette deuxième partie de l'étude, les premiers contrats analysés 70
seront ceux qui contiennent une règle sur le renouvellement. Dans un second temps,
l'attention sera portée vers des contrats qui n'en contiennent pas.

L'ordre d'analyse choisi est le suivant : lorsque des règles sur le renouvellement se 71
trouvent dans la Partie spéciale du Code, elles seront analysées en premier (*cf. infra*
¶¶ 73 *et seq.*) ; deuxièmement, l'étude portera sur les règles dans d'autres lois (*cf. infra*
¶¶ 349 *et seq.*) ; puis, en troisième lieu, nous aborderons la question du
renouvellement d'autres contrats nommés (*cf. infra* ¶¶ 443 *et seq.*) ; nous terminerons
l'analyse avec l'étude d'un contrat innommé (*cf. infra* ¶¶ 609 *et seq.*).

Enfin, il s'agira de tirer des conclusions intermédiaires de cette partie par une analyse 72
transversale (*cf. supra* ¶¶ 635 *et seq.*).

Chapitre 1 : Règles de la Partie spéciale

Le renouvellement est une institution bien connue faisant partie du paysage du droit suisse des contrats. Ce dernier y a en effet consacré des règles à l'intérieur de certains contrats nommés. Dans ce chapitre, nous procéderons à une étude des dispositions légales en la matière pour en faire ressortir les particularités, les similitudes et les différences. Le choix opéré est celui de suivre la systématique de la loi. Le contrat de bail à loyer sera abordé en premier (cf. *infra* ¶¶ 74 et seq.) ; nous analyserons ensuite le contrat de bail à ferme (cf. *infra* ¶¶ 207 et seq.) ; suivront l'analyse du contrat de travail (cf. *infra* ¶¶ 227 et seq.), du contrat d'agence (cf. *infra* ¶¶ 297 et seq.) et du contrat de société simple (cf. *infra* ¶¶ 343 et seq.). 73

Section I: Le contrat de bail

1. Introduction

Le Code connaît deux types de bail, le bail à loyer⁷⁷ et le bail à ferme⁷⁸. La règle du renouvellement tacite du bail à ferme agricole est contenue dans une loi spéciale et sera donc traitée au chapitre suivant (cf. *infra* ¶¶ 395 et seq.). Certaines règles du bail à loyer s'appliquent également au bail à ferme agricole⁷⁹. 74

La loi n'impose aux parties le respect d'aucune forme particulière en ce qui concerne la conclusion du contrat. À défaut d'une *lex specialis* ou d'un accord entre les parties, le principe général selon lequel un contrat n'est soumis à aucune forme, sauf dans les cas prévus par la loi, demeure entièrement applicable⁸⁰. 75

L'objet du bail peut porter sur des choses mobilières ou immobilières⁸¹. Il existe cependant des dispositions qui sont spécialement conçues pour les unes et pour les autres. 76

L'accord des parties ne doit pas seulement porter sur la chose objet du bail, mais doit également porter sur la rémunération du bailleur, appelée loyer. La jurisprudence considère que le juge ne peut pas combler une éventuelle lacune portant sur la détermination du loyer⁸², ce dernier étant un élément objectivement essentiel. 77

⁷⁷ Art. 253 à 274g CO.

⁷⁸ Art. 275 à 304 CO ; cf. ¶¶ 207 et seq.

⁷⁹ TERCIER/FAVRE, N 1910.

⁸⁰ Art. 11 al. 1 CO.

⁸¹ CR-CO-I-LACHAT, art. 253 CO, N 1 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 253, N 2.

⁸² ATF 119 II 347, c. 5, JdT 1994 I 609 ; CR-CO-I-LACHAT, art. 253 CO, N 13 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 253, N 5-6 ; ZK-HIGI, art. 253 CO, N 31.

- 78 Le renouvellement n'a lieu que dans le cadre d'un contrat conclu pour une durée déterminée. À l'instar du contrat de travail (*cf. infra* ¶¶ 227 *et seq.*), les parties peuvent s'accorder sur un terme précis, par exemple pour un certain nombre de mois ou d'années, ou par un terme implicite, par exemple pour la durée des Fêtes des vignerons⁸³.
- 79 En vertu de l'art. 266 al. 1 CO, le contrat de bail conclu pour une durée déterminée prend fin à l'échéance de la durée convenue.
- 80 Le contrat conclu pour une durée maximale est assimilé à un contrat de durée déterminée⁸⁴.
- 81 La réglementation du contrat de bail dans le Code contient une règle spécifique concernant la reconduction tacite. La règle topique est exprimée à l'art. 266 al. 2 CO qui a la teneur suivante :

Si le bail est reconduit tacitement, il devient un contrat de durée indéterminée.

2. Le renouvellement tacite

- 82 L'art. 266 al. 2 CO est analogue, et l'on pourrait même dire identique à la disposition qui règle le renouvellement du contrat de travail (art. 334 al. 2 CO, *cf. infra* ¶¶ 231 *et seq.*). Le contrat initialement conclu pour une durée déterminée « devient » un contrat de durée indéterminée par simple application de la loi. Le législateur n'a pas souhaité que la reconduction tacite ait comme conséquence une prolongation pour une nouvelle période déterminée.
- 83 **Les conditions.** Les conditions (explicites ou implicites) posées par l'art. 266 al. 2 CO sont au nombre de trois. Il faut (i) un contrat de durée déterminée, (ii) dont la période convenue est arrivée à échéance et (iii) une reconduction tacite du bail.
- 84 *En premier lieu*, la loi rattache des conséquences à un renouvellement tacite seulement en cas de contrat conclu pour une durée déterminée (*cf. supra* ¶ 78). En toute logique, il serait *a priori* inconcevable d'avoir un renouvellement portant sur un contrat de durée indéterminée (*cf. cependant* la règle sur le renouvellement du bail à ferme agricole, *infra* ¶¶ 395 *et seq.*). Les contrats qui sont stipulés tacitement reconductibles après une **période minimale** et auxquels il doit être mis fin par le congé de l'une des

⁸³ CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 1.

⁸⁴ *Idem*, N 3 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 5.

parties sont considérés comme des contrats de durée déterminée improprement dits⁸⁵. Ils sont alors assimilés à des contrats de durée indéterminée.

En deuxième lieu, la disposition topique pose comme condition le fait que la période convenue soit arrivée à échéance (*cf. supra* ¶ 79). Ici encore, la logique veut que le renouvellement ne puisse avoir lieu qu'en présence d'un contrat qui a pris fin ou, plus précisément, d'un contrat qui aurait dû prendre fin, mais où la loi intervient en le prolongeant. **85**

En troisième lieu, les parties doivent avoir reconduit tacitement leur rapport contractuel. Les parties reconduisent tacitement le rapport de bail lorsqu'elles continuent, *de facto*, l'exécution du contrat sans qu'elles se soient mises d'accord expressément sur le renouvellement. Ainsi, le locataire continuera d'occuper les locaux loués tout en versant le loyer au bailleur. **86**

Reconduire le rapport contractuel signifie, d'un point de vue juridique, que les parties continuent de prester. En d'autres termes, bailleur et locataire exécutent régulièrement leurs obligations réciproques après la survenance du terme stipulé dans le contrat, ou ils ont éveillé à l'endroit de leur cocontractant une **attente légitime** en ce sens, découlant du principe de la confiance. **87**

Reconduire *tacitement* le bail implique que les parties n'ont pas manifesté, par le biais de la parole ou de mots écrits, leur intention réciproque et concordante de poursuivre l'exécution du contrat ; cette intention étant inférée des circonstances concrètes du cas⁸⁶. **88**

La nuance est importante. En effet, le champ d'application de l'art. 266 al. 2 CO couvre uniquement le cas de la reconduction tacite. Ainsi, dans la mesure où les parties auraient, par exemple, convenu oralement de poursuivre le rapport de bail, l'art. 266 al. 2 CO ne s'appliquera pas, puisque cette hypothèse sort de son champ d'application. Nous verrons cependant qu'il convient de s'inspirer des conséquences de l'art. 266 al. 2 CO dans un cas particulier de renouvellement par accord exprès (*cf. infra* ¶¶ 148 et seq.). **89**

Le moment à partir duquel il faut considérer que le bail a été tacitement reconduit. **90**
Ni la loi ni la jurisprudence ne donnent une réponse claire à cette question. Le juge a, en ce sens, une grande marge d'appréciation⁸⁷.

Pour répondre à cette question, il convient de prendre en considération toutes les particularités du contrat de bail. La location peut porter soit sur une chose *mobile*, soit sur une chose *immobilière* (*cf. supra* ¶ 76). La différence est importante au niveau de l'appréciation de la volonté des parties. **91**

⁸⁵ ATF 114 II 165, c. 2b ; *cf. aussi* ATF 118 II 422, c. 1.

⁸⁶ *Cf. supra* ¶¶ 34 et seq.

⁸⁷ Le droit allemand pose un délai de deux semaines dans lequel les parties peuvent se manifester au sujet du renouvellement du contrat de bail. Sur ce point *cf. infra* ¶ 189.

- 92 **Les baux mobiliers.** En ce qui concerne le bail portant sur un objet *mobilier*, le rapport contractuel doit être réputé renouvelé pour une période indéterminée au moment où le bailleur n'a pas reçu la chose en retour et, du côté du locataire, que ce dernier n'a pas restitué ou offert de restituer l'objet loué. On devrait pouvoir apprécier rapidement la volonté des parties de renouveler le contrat. Dans certains cas, la passivité du bailleur peut équivaloir à un accord en matière de renouvellement.
- 93 **Les baux immobiliers.** En matière de baux *immobiliers*, la situation est quelque peu différente. En effet, on sait que la restitution d'un appartement, d'une maison ou d'une chambre meublée comporte un certain nombre de démarches préliminaires. Un appartement truffé de meubles appartenant au locataire ne peut pas être vidé en quelques heures à partir du moment où l'occupant sait qu'il devra quitter les lieux. Le corollaire obligé est que la volonté du locataire de reconduire le bail se forme dans son esprit déjà un certain temps avant l'échéance du contrat.
- 94 La position du bailleur est différente. Il convient, en premier lieu, de mentionner les cas où le bailleur et le locataire vivent à proximité. Dans ce cas de figure, un bailleur attentif devrait se rendre compte aisément si son locataire ne commence pas les opérations de déménagement.
- 95 Dans la plupart des cas, le bailleur n'est pas dans le voisinage du locataire. Or, s'il est vrai que le bailleur « proche » peut facilement remarquer un locataire qui se prépare au déménagement, il est également vrai que le bailleur « distant » doit tout de même rester vigilant. Du moins, s'il veut éviter les conséquences d'un renouvellement tacite.
- 96 Le bailleur ou la régie s'occupant de l'administration des immeubles devraient faire part au locataire de l'imminence de la fin du contrat. Cette démarche permet de montrer clairement qu'au moins dans l'esprit d'une partie la volonté de prolonger le contrat fait défaut. Il va de soi qu'il ne s'agit pas d'une obligation qui pèse sur le bailleur. Il n'a aucun devoir imposé par la loi d'informer le locataire de la fin du contrat⁸⁸. Toutefois, une simple communication écrite suffit pour déterminer la volonté d'une partie et constitue un moyen de preuve solide pouvant être utile en cas de litige subséquent.
- 97 La présomption de l'art. 266 al. 2 CO, selon laquelle les parties ont la volonté de renouveler le contrat, doit en principe être admise lorsque le locataire utilise la chose louée après l'expiration de la période convenue et lorsque le bailleur accepte le paiement du loyer en connaissance de cause et sans opposition⁸⁹.
- 98 Un parallèle peut être établi avec les cas dans lesquels le bail a clairement pris fin (par exemple par congé), mais où les parties poursuivent néanmoins l'exécution du contrat. Le Tribunal fédéral a considéré que la conclusion d'un nouveau contrat de bail (par opposition au renouvellement de l'ancien puisque la volonté des parties était

⁸⁸ L'art. 266 al. 1 CO est clair en ce sens ; un bail de durée déterminée prend fin sans que bailleur ou locataire doivent manifester leur volonté en ce sens.

⁸⁹ FF 1985 I 1429; LACHAT, p. 605 ; SVIT-K, art. 266 CO, N 13.

de mettre un terme au premier contrat) est en général admise si le bailleur, « durant une période assez longue », s'est **abstenu de faire valoir la fin des rapports contractuels**, d'exiger la **restitution de la chose louée**⁹⁰ et a **régulièrement encaissé le même loyer sans émettre des réserves**⁹¹. Il convient cependant d'appliquer ces principes de manière plus souple aux cas de renouvellement. En effet, lorsque le bailleur résilie expressément le contrat, l'appréciation du comportement des parties après cette résiliation afin de déterminer si un nouveau contrat a été conclu n'est pas entièrement équivalente comparée aux situations dans lesquelles un bail à durée déterminée arrive à échéance et les parties continuent de prester. Dans ce dernier cas, aucune partie n'a clairement exprimé au préalable que le contrat prendra fin et qu'il ne sera pas renouvelé.

Le Message du Conseil fédéral donne quelques exemples où il n'est pas question de 99
 présumer la volonté de l'une des parties de renouveler le bail. Tel n'est pas le cas lorsque le locataire est momentanément empêché de restituer la chose, lorsque le bailleur accorde au locataire un délai pour quitter les lieux ou laisse passer un certain temps après l'expiration du bail avant de demander l'évacuation⁹². Ce dernier cas où le bailleur tarde à requérir l'évacuation peut néanmoins impliquer, à notre sens, un renouvellement. En particulier, lorsque le locataire peut légitimement croire que le bailleur renonce à demander l'expulsion⁹³.

L'appréciation de la volonté réelle ou présumée des parties est souvent une opération 100
 délicate et doit se faire à la lumière des circonstances concrètes du cas d'espèce. Il convient, en outre, de privilégier la solution la plus favorable au locataire, ce dernier étant en principe la partie faible au contrat.

À partir du moment où le locataire se trouve dans les locaux après l'expiration de la 101
 période convenue et que le bailleur ne souhaite pas continuer l'exécution du contrat en risquant l'application de l'art. 266 al. 2 CO, il devrait en informer son cocontractant par un moyen de preuve solide (par courrier recommandé)⁹⁴. Le courrier devra contenir une sommation à quitter les lieux et un délai court mais qui soit convenable pour le locataire, compte tenu de la préparation estimée du déménagement. Pour la période après l'échéance contractuelle, le bailleur pourra obtenir un dédommagement en vertu du principe de la relation contractuelle de fait (*cf. infra* ¶¶ 178 *et seq.*).

L'encaissement du loyer. Précédemment, nous avons évoqué le fait que l'application 102
 de l'art. 266 al. 2 CO doit en tout cas être admise si le locataire utilise la chose après

⁹⁰ ATF 119 II 147, c. 5 ; TF 4A_537/2010, arrêt du 25 novembre 2010, c. 5 ; TF 4C. 441/2004, arrêt du 27 avril 2005, c. 2.1, DB 2005 p. 15 ; TF 4C.198/2004, arrêt du 6 juillet 2004, c. 4.1 ; TF 4C.56/2004, arrêt du 16 juin 2004, c. 2.2.

⁹¹ TF 4C. 441/2004, arrêt du 27 avril 2005, c. 2.1, DB 2005 p. 15 ; TF 4C.198/2004, arrêt du 6 juillet 2004, c. 4.1 ; TF 4C.56/2004, arrêt du 16 juin 2004, c. 2.2 ; TF 4A_537/2010, arrêt du 25 novembre 2010, c. 5 ; TF 4C.475/1993, arrêt du 28 mars 1995, c. 4a/cc ; TF C.92/1986, arrêt du 26 août 1986, c. 2, SJ 1987 31, 32).

⁹² FF 1985 I 1429.

⁹³ TF 4C.85/2004, arrêt du 28 novembre 2003, *in* MRA 2004 p. 117 ; LACHAT, p. 606.

⁹⁴ SVIT-K, art. 266 CO, N 13b.

l'expiration de la période convenue (i) et si le bailleur encaisse le loyer (ii). Il est évident que ce cas représente l'hypothèse classique de la reconduction tacite. Cependant, la question devient délicate lorsque l'encaissement du premier loyer, après que le contrat est échu, n'a pas encore eu lieu.

- 103 La passivité du bailleur.** La protection de la partie faible au contrat commande que l'encaissement du loyer ne soit pas considéré comme une condition nécessaire au renouvellement⁹⁵. L'utilisation de la chose louée par le locataire pendant *un certain temps*, alors que le bailleur en est conscient, peut suffire pour admettre une reconduction tacite. Le temps nécessaire pour arriver à une telle conclusion reste une question d'appréciation à laquelle nous ne saurions donner une réponse universelle. Il faudra, notamment, tenir compte de la nature de l'objet loué, de la nature des rapports contractuels ainsi que des éventuelles attentes qui auraient pu naître dans l'esprit des parties selon le principe de la confiance. À notre sens, en cas de **baux immobiliers**, la période de passivité du bailleur (en connaissance de cause) après l'échéance contractuelle afin d'admettre un renouvellement est généralement **plus longue par rapport à celle en cas de baux mobiliers**.
- 104** Concrètement, lorsque le bailleur sait ou est supposé savoir que le locataire continue de se servir de la chose louée et qu'il reste passif en connaissance de cause, le contrat sera en principe réputé renouvelé.
- 105 La pluralité de locataires.** Le cas de pluralité de locataires mérite une analyse séparée. Il arrive souvent qu'un objet, souvent immobilier, soit loué à plusieurs locataires. Une volonté réelle ou présumée doit exister pour chaque locataire, y compris évidemment du côté du bailleur (cf. *supra* ¶¶ 94 et seq.). Dans la majorité des cas, cette volonté est simple à observer. Il suffit que l'un des locataires manifeste son intention de ne pas renouveler le contrat pour qu'une reconduction tacite soit exclue.

3. Conséquences du renouvellement tacite

- 106** Dans la mesure où une reconduction tacite du bail est admise, la première conséquence a trait à **la durée du contrat**. Ce dernier sera par la suite réputé conclu pour une durée indéterminée. Cette présomption, précise à juste titre le Message, est **réfragable** en ce sens qu'elle peut être réfutée par la preuve de l'intention contraire des parties⁹⁶. Il se peut, en effet, que les circonstances du cas d'espèce montrent que le bailleur et le locataire veulent en réalité prolonger le contrat pour une nouvelle période déterminée. À moins que cette volonté ne ressorte clairement du cas concret, il sera généralement difficile de renverser la présomption.

⁹⁵ Ici encore un parallèle peut être établi avec les cas dans lesquels se pose la question de l'éventuelle conclusion d'un nouveau contrat de bail à la suite de la fin du premier. L'inaction du bailleur est un facteur important. Cf. TF 4A_537/2010, arrêt du 25 novembre 2010, c. 5 ; TF 4C.475/1993, arrêt du 28 mars 1995, c. 4b/bb.

⁹⁶ FF 1985 I 1429.

Le bail tacitement reconduit n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. 107

L'ATF 121 III 397, à son considérant 2b, semble prévoir la solution selon laquelle un nouveau contrat serait conclu⁹⁷. Cette solution nous paraît douteuse, et ce à double titre. D'une part, la reconduction tacite n'implique pas *per se* la conclusion d'un nouveau contrat. D'autre part, la lecture du texte de la loi n'offre pas une vision claire du sort du contrat. Pour utiliser les mots du Message, le bail tacitement reconduit « est considéré comme un contrat de durée indéterminée »⁹⁸. Le contrat se transforme⁹⁹, en ce sens que le contrat primitif est prolongé¹⁰⁰. Comme le relève très justement HIGI, le libellé de l'art. 266 al. 2 CO n'est pas précis et mériterait d'être amélioré¹⁰¹. Il admet la conclusion d'un nouveau contrat selon le raisonnement suivant : le contrat prenant fin *eo ipso*¹⁰², il ne serait pas question de prolonger ce rapport contractuel¹⁰³. Or en cas de reconduction tacite, le contrat primitif ne prend pas fin ; les parties ont (tacitement) modifié la clause de durée. Une jurisprudence a d'ailleurs clairement affirmé qu'« [o]n ne saurait parler ni d'une première, ni d'une nouvelle location, lorsque les mêmes parties continuent d'être liées par un bail »¹⁰⁴. Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a encore précisé que « [I]a reconduction tacite marque [...] davantage la continuité dans la relation contractuelle plutôt qu'une césure »¹⁰⁵. La doctrine n'est pas unanime sur ce point. La loi mériterait

⁹⁷ Arrêt cité in LACHAT, p. 606. L'auteur ne semble pas prendre position sur cette question, mais soutient néanmoins, avec FETTER et WEBER, que si « un bail à durée déterminée est reconduit tacitement, il n'y a pas de place pour la contestation de l'art. 270 CO », cf. p. 388 note de bas de page 27. Ce qui signifie qu'il n'est pas question d'affirmer qu'un nouveau contrat est conclu.

⁹⁸ FF 1985 I 1429. En allemand : « [Artikel 268 OR] hält fest, dass ein befristetes Mietverhältnis, welches nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt wird, als Vertrag auf unbestimmte Zeit betrachtet wird » (BBl 1985 I 1447). En italien : « La locazione a tempo determinata continuata tacitamente dopo la scadenza del periodo pattuito viene considerata contratto a tempo indeterminato » (FF 1985 I 1259).

⁹⁹ Cf. aussi SVIT-K, art. 266 CO, N 14 : « Die stillschweigende Fortsetzung des Mietverhältnisses hat zu Folge, dass der Vertrag zu den bisherigen Bedingungen weiterläuft » (soulignage ajouté).

¹⁰⁰ Dans le même sens WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 5.

¹⁰¹ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 37 : « Art. 266 Abs. 2, der sich inhaltlich an aArt. 268 hält, jedoch „in einfacher Formulierung“ (Botsch., S. 1447), erweist sich insoweit sprachlich als unpräzise ».

¹⁰² HIGI renvoie ici à GUHL/MERZ/KOLLER, p. 405 ; la nouvelle édition reste inchangée, cf. GUHL/KOLLER § 44, N 162.

¹⁰³ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 37. Affirmant également qu'une « „*stillschweigende*“ Fortsetzung des (befristeten) Mietverhältnisses kann es daher *nicht* geben » (italique dans l'original) ; GUHL/KOLLER § 44, N 16 est du même avis : « *Gelegentlich kommen Mietverträge durch konkludentes Verhalten der Vertragsparteien zustande [...], namentlich durch Fortsetzung eines befristeten Mietverhältnisses (OR 255,2) ».*

¹⁰⁴ *Incipit* français ATF 99 II 297. Encore plus parlante la version allemande : « *Es liegt weder eine erstmalige Vermietung noch eine Wiedervermietung vor, wenn die gleichen Parteien das Mietverhältnis fortsetzen » (soulignage ajouté) ; la version italienne pourrait être trompeuse, car elle parle de « *rinnovazione* » : « *La prosecuzione del contratto di locazione non costituisce né inizio di un nuovo contratto né rinnovazione del vecchio* ». Cet arrêt concernait en particulier l'art. 17 de l'arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif, et dont la teneur était la suivante : « [I]e locataire d'un logement loué pour la première fois ou reloué peut contester le montant du loyer qu'il estime abusif devant la commission de conciliation dans les trente jours qui suivent la conclusion du bail. » (RO 1972 II 1531, 1535).*

¹⁰⁵ ATF 137 III 580, c. 2, SJ 2012 I 177 ; MP 2012 63. Nous reviendrons sur cet arrêt dans le cadre de la discussion sur les loyers indexés (cf. *infra* ¶¶ 109 et seq.).

ici d'utiliser une terminologie plus claire, en indiquant si le renouvellement tacite implique conclusion d'un nouveau contrat ou non. À notre avis, un renouvellement tacite n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. Cette solution est par ailleurs en ligne avec la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁰⁶.

- 108 La contestation du loyer initial.** Une autre conséquence importante à souligner se rapporte au droit dont dispose le locataire de contester le loyer *initial* du bail, conformément à l'art. 270 CO. Comme il a été dit au paragraphe précédent, la doctrine est partagée sur les conséquences de l'art. 266 al. 2 CO. Elle est néanmoins majoritaire lorsqu'il s'agit d'exclure la possibilité de contester le loyer « initial » après tacite reconduction¹⁰⁷. À notre sens, cette solution se justifie simplement par le fait que les parties ne sont pas en présence d'un nouveau contrat. On reviendra sur la question de la contestation du loyer initial dans le cadre de l'analyse du renouvellement par accord exprès (cf. *infra* ¶¶ 144 et seq.).
- 109 Les loyers indexés.** Dans un arrêt récent¹⁰⁸, le Tribunal fédéral a dû s'interroger sur l'application d'une clause d'indexation dans le cadre d'un bail à renouvellement automatique. La cause qui a été portée devant le Tribunal fédéral trouve ses origines dans un contrat de bail du 11 février 2004 ; ce contrat était conclu pour une durée minimale de cinq ans (du 1^{er} mars 2004 au 28 février 2009) et contenait une clause stipulant qu'il pourrait être renouvelé tacitement de cinq ans en cinq ans, sauf résiliation donnée par l'une des parties. Il s'agissait donc, en réalité, d'un contrat de durée indéterminée¹⁰⁹. Le contrat de bail prévoyait également une clause d'indexation, étant précisé que l'indice de référence serait celui du 31 janvier 2004. Le loyer a fait l'objet d'une hausse par avis du 17 septembre 2007 avec effet le 1^{er} novembre 2007 ; il était tenu compte de l'évolution de l'indice entre le 31 janvier 2004 et le 31 août 2007. Les parties ont ensuite tacitement renouvelé le contrat pour la période du 1^{er} mars 2009 au 28 février 2014.
- 110** En date du 16 septembre 2009, la bailleresse a notifié un second avis de hausse de loyer, avec effet au 1^{er} novembre 2009 ; cette augmentation était calculée sur la base de

¹⁰⁶ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 37 et PERMANN, Mietrecht, art. 266 CO, N 8 se réfèrent à l'arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 1986 (SJ 1987 31) en soutenant que dans celui-ci notre Haute Cour aurait conclu que le renouvellement tacite implique la conclusion d'un nouveau contrat. En réalité, l'arrêt ne va pas si loin ; les principes qu'il énonce sont les suivants : « [i] [e]n prévoyant que le bail « est réputé renouvelé » lorsque, à l'expiration du contrat fixé pour un temps déterminé, le preneur « reste en jouissance, au su et sans opposition du bailleur », l'art. 268 [a]CO crée une fiction légale de reconduction du bail [...] ; [ii] un nouvel accord de volontés des parties quant au loyer et à la durée du bail n'est ainsi pas nécessaire [...]. [iii] En revanche, lorsqu'une partie a résilié le contrat, il n'y a plus de place pour la fiction légale de l'art. 268 [a]CO, puisqu'elle a expressément manifesté sa volonté de mettre fin au bail [...]. [iv] Par contre [...], les parties peuvent manifester par actes concluants leur volonté de reconduire le contrat, malgré une déclaration de résiliation ». À notre avis, il est douteux que cet arrêt appuie la thèse de HIGI et de PERMANN.

¹⁰⁷ FETTER, N 283 ; LACHAT, p. 388, note de bas de page 27 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 270, N 1 ; *contra* : ZK-HIGI, art. 270 CO, N 25.

¹⁰⁸ ATF 137 III 580, SJ 2012 I 177 ; MP 2012 63.

¹⁰⁹ Cf. *supra* ¶ 30.

l'évolution de l'indice entre le 31 août 2007 et le 31 août 2009. Les locataires se sont opposés à cette hausse.

Le Tribunal des baux et loyers du canton de Genève avait considéré que la bailleresse, en ne notifiant pas de hausse lors de la reconduction du bail, avait montré que le loyer fixé à cette date lui convenait et que l'indexation devait en conséquence être calculée à partir de la date de la reconduction. De ce fait, l'augmentation a été calculée sur la base de l'indice de février 2009. 111

En deuxième instance, les juges ont annulé la première décision et ont retenu qu'en reconduisant tacitement le contrat les parties étaient restées liées, de manière continue, par la même clause d'indexation, de sorte que la hausse devait être déterminée en fonction de l'évolution de l'indice à compter de la précédente fixation du loyer. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de deuxième instance. 112

Notre Haute Cour a tout d'abord établi qu'avec une clause de renouvellement tacite (automatique), les parties acceptent que l'absence de résiliation de leur part soit interprétée comme une volonté de poursuivre la relation contractuelle. De plus, le renouvellement tacite marque une continuité dans la relation contractuelle et non pas une rupture (*cf. supra* ¶ 107). Le Tribunal fédéral relève en outre, à juste titre, que les parties ont exprimé, expressément au moment de la conclusion du contrat puis tacitement au moment du renouvellement, la volonté de soumettre le loyer à la clause d'indexation selon l'indice suisse du prix à la consommation, « sans que l'on puisse discerner dans leur intention la moindre rupture pour toute la période allant du 1^{er} mars 2004 au 28 février 2014 »¹¹⁰. 113

En notant que la bailleresse a notifié une seule hausse de loyer dans le cadre de la première période de cinq ans, le Tribunal fédéral constate sous l'angle de la bonne foi que les locataires devaient déduire de l'attitude de la bailleresse qu'elle renonçait à notifier une augmentation de loyer aussi longtemps que la variation de l'indice n'était pas suffisamment importante. Et les juges fédéraux de dire que les locataires ne pouvaient pas sérieusement penser que la bailleresse leur faisait cadeau de l'indexation entre la dernière fixation de loyer et la fin de la première période de cinq ans. 114

Le Tribunal fédéral a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que le moment déterminant pour la comparaison est celui de la dernière fixation du loyer¹¹¹, peu importe si, dans l'intervalle, il y a eu une reconduction tacite sans aucune modification du loyer. Il conclut que **lorsqu'un bail assorti d'une clause d'indexation se renouvelle tacitement pour une durée de cinq ans au minimum, la prochaine indexation sera calculée en se référant à l'indice connu au moment de la dernière** 115

¹¹⁰ ATF 137 III 580, c. 2, SJ 2012 I 177 ; MP 2012 63.

¹¹¹ ATF 137 III 580, c. 2 ; ATF 126 III 124, c. 2.a ; 124 III 67, c. 3 ; 121 III 163, c. 2.c.

fixation du loyer, sans égard au renouvellement tacite (automatique) survenu dans l'intervalle¹¹².

- 116 L'annotation du bail au registre foncier.** L'annotation peut faire mention d'une durée équivalente ou inférieure à celle qui a été contractuellement stipulée¹¹³, mais jamais pour une durée supérieure¹¹⁴. Le renouvellement tacite du contrat de bail selon l'art. 266 al. 2 CO n'a pas pour effet de prolonger la validité de l'annotation du bail au registre foncier ; une nouvelle requête est nécessaire¹¹⁵.
- 117** Au demeurant, les autres conséquences portent sur les obligations réciproques des parties ; obligations qui se poursuivent au-delà de l'échéance contractuelle conclue auparavant. Le bailleur est obligé de laisser l'objet loué à disposition du locataire selon les mêmes conditions du contrat initialement conclu. Il ne doit accorder ni plus ni moins. Le locataire, de son côté, devra continuer à payer le loyer comme il le faisait auparavant. Le montant du loyer, les délais et les modalités de paiement restent inchangés (sous réserve d'une éventuelle clause d'indexation).

4. Le renouvellement par accord exprès

- 118** Un renouvellement par accord exprès peut avoir lieu, au niveau temporel, à deux moments. Soit avant, soit après l'expiration de la période convenue¹¹⁶.
- 119** Le cas classique est celui où les parties s'accordent mutuellement avant la fin du contrat sur son renouvellement. À ce propos, il convient de distinguer deux cas. *Premièrement*, les parties peuvent avoir simplement convenu que le contrat ne prendra pas fin au terme stipulé et que son exécution sera poursuivie soit pour une nouvelle durée déterminée, soit pour une durée indéterminée. *Deuxièmement*, bailleur et locataire peuvent convenir que le contrat est renouvelé, mais en y apportant des modifications.
- 120** Selon la jurisprudence, une requête formulée par une partie vers l'autre dans laquelle elle demande les intentions de son cocontractant en relation avec le renouvellement

¹¹² ATF 137 III 580, c. 2.

¹¹³ ZK-HIGI, art. 261b CO, N 6 : « [Die] Dauer der Vormerkung kann nicht länger sein, als das Mietverhältnis vertragsgemäss wenigstens dauern soll [...] » ; LACHAT, p. 183.

¹¹⁴ LACHAT, p. 183.

¹¹⁵ *Idem*, p. 184. Cette opinion a été récemment confirmée par le Tribunal fédéral (ATF 135 III 248, c. 4.3) ; cf. aussi HEDIGER, *Entwicklungen im Mietrecht*, in RSJ/SJZ 106 (2010) 320 et CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 266 CO, N 10 ; LACHAT, *Contrat de bail à loyer pour locaux commerciaux*, N 16.2, in MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH (éds.), *Recueil de contrats commerciaux, Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse*, Bâle 2013.

¹¹⁶ LACHAT mentionne seulement le cas (classique) où les parties s'accordent sur une prolongation avant le terme du contrat, cf. LACHAT, p. 605. On peut cependant admettre un renouvellement exprès qui a lieu peu de temps après l'échéance du terme lorsque, par exemple, le bailleur laisse entendre qu'il renouvellera le bail avant le terme, mais l'accord formel (oral ou écrit) a lieu après.

du contrat ne doit pas être interprétée comme une proposition susceptible d'acceptation, mais comme une sollicitation à faire une proposition¹¹⁷.

L'échange de correspondances avait la teneur suivante (en traduction libre) :

121

Lettre du 23 mars 1992 du précédent bailleur :

- « (...) Pour des motifs d'organisation, nous souhaitons savoir si vous êtes intéressés au renouvellement du contrat pour une autre période, ou si votre intention est de ne plus renouveler (...). »¹¹⁸

Réponse du locataire :

- « Nous nous référons à votre lettre du 20 mars 1992 et vous confirmons vouloir renouveler le contrat pour une période ultérieure analogue. »¹¹⁹

Le Tribunal fédéral a considéré que le bailleur n'émet pas une proposition qui peut être acceptée ou refusée ; il demande uniquement au locataire de lui communiquer ses intentions¹²⁰. L'offre est, entre autres, caractérisée par le fait qu'elle lie son auteur. Or le Tribunal fédéral a affirmé, à juste titre, que la lettre du bailleur ne contient aucun élément propre à lier son auteur, étant donné que le bailleur se borne à demander au locataire laquelle des deux options possibles il entend choisir. Le bailleur n'a pas manifesté la volonté (définitive) de modifier le contrat, mais uniquement le fait qu'il serait disposé à le modifier¹²¹.

Le fait que le bailleur n'ait pas répondu à la lettre du locataire ne change rien à la conclusion. Le silence du bailleur par rapport à la lettre de réponse du locataire ne peut pas être considéré comme une acceptation tacite à l'offre au sens de l'art. 6 CO¹²², étant donné que le contexte et les circonstances exigeaient une réponse de la part du bailleur, et cela aussi en considération du fait qu'il s'agissait de modifier un contrat stipulé en forme écrite¹²³.

Lorsqu'un contrat n'est pas fondamentalement changé, il y a lieu d'admettre la présence d'un seul et même contrat.

124

¹¹⁷ ATF du 9 août 1995, publié dans RGP 1995, p. 86-89.

¹¹⁸ Texte italien original : « (...) Per motivi di organizzazione, desideriamo sapere se fosse interessato al rinnovo del contratto per un altro periodo, o se fosse la Sua intenzione a non più rinnovarlo (...) » (ATF du 9 août 1995, publié dans RGP 1995, p. 88).

¹¹⁹ Texte italien original : « In riferimento alla vostra lettera del 20 c.m. (sic) vi confermiamo di rinnovare il contratto per un ulteriore analogo periodo » (ATF du 9 août 1995, publié dans RGP 1995, p. 88).

¹²⁰ ATF du 9 août 1995 c. 2b), publié dans RGP 1995, p. 88.

¹²¹ *Idem*, p. 88-89.

¹²² Sur la question de l'acceptation par le silence, cf. *supra* ¶ 36.

¹²³ *Idem*, p. 88. L'arrêt n'est pas très clair sur la question de la forme écrite du contrat. Il est vrai que la majorité des contrats écrits contient une clause stipulant que toute modification doit faire l'objet d'un accord écrit, mais cela ne signifie pas que tout contrat passé en la forme écrite nécessite impérativement une modification par écrit. Toujours est-il que, à part le côté théorique, une modification par écrit est souhaitable, voire nécessaire afin d'avoir une preuve solide en cas de différend.

- 125 Le changement fondamental.** Se pose la question de savoir quand il faut admettre un *changement fondamental* du contrat. Le contrat n'est en tout cas pas fondamentalement changé dans la mesure où les modifications ne touchent pas à la prestation caractéristique.
- 126** Si les parties conviennent avant la fin du contrat que le bail sera renouvelé, mais que l'accord portant sur la prolongation ne porte pas sur le loyer, il convient de **présumer que l'ancien loyer reste inchangé**. Si le bailleur et le locataire sont convenus d'une poursuite des rapports contractuels sans faire aucune mention se rapportant au loyer, il s'agit d'un indice que les parties sont d'accord sur la validité de ce loyer appliqué au contrat renouvelé.
- 127** Une **modification consensuelle du loyer** ne constitue pas un changement fondamental. Un nouveau contrat n'est donc pas conclu. Cela étant, le « loyer initial » de l'art. 270 CO correspondra au *nouveau loyer*, même si nous sommes toujours en présence d'un seul contrat. Cette affirmation est cohérente avec un cas analysé par la jurisprudence qui admet qu'un avenant fixant un nouveau fermage est considéré comme un *fermage initial* au sens de l'art. 270 CO¹²⁴.
- 128** Le simple changement d'éléments secondaires, comme les termes et délais de paiement, ne devrait pas constituer un changement important aboutissant à la présomption de conclusion d'un nouveau contrat.
- 129** En revanche, la modification des surfaces louées doit être considérée comme étant un changement fondamental (*cf.* cependant une exception *infra* ¶¶ 142 *et seq.*). La chose louée est modifiée. Il existe un nouveau contrat avec un objet différent par rapport à celui qui faisait l'objet du contrat primitif.
- 130** Lorsque les parties ont conclu un accord portant sur le renouvellement, qui change de façon fondamentale le contrat initialement conclu, sa validité sera soumise à un accord sur tous les points essentiels, car l'on considérera que l'ancien contrat est échu et qu'un nouveau prend naissance. Ceci comportera des conséquences en termes de contestation du loyer initial (*cf. infra* ¶ 144 *et seq.*).
- 131 La pluralité de locataires.** En cas de pluralité de locataires, l'accord portant sur le renouvellement du contrat de bail doit nécessairement inclure également, outre la volonté du bailleur, celle de tous les locataires. Cette affirmation trouve son parallèle dans la situation où le congé serait donné par un seul locataire. La jurisprudence a rappelé que le droit de résilier¹²⁵ doit être exercé en commun par toutes les personnes qui constituent une seule et même partie, parce que le rapport juridique ne peut être annulé qu'une seule fois et pour tous les contractants¹²⁶. Dans la mesure où un des locataires quitte les locaux et que le « renouvellement » est conclu uniquement entre le

¹²⁴ ATF 128 III 419, c. 2.4.3.

¹²⁵ Qui est un droit formateur.

¹²⁶ SJ 1995 53.

bailleur et le locataire restant, les parties concluent en réalité un nouveau contrat de bail. Il s'agit dès lors d'un renouvellement improprement dit.

L'option de renouvellement (*Option*). Un cas de renouvellement exprès, utilisé en pratique et analysé par la doctrine et la jurisprudence, est le droit formateur appelé *option*. 132

Un tel droit donne à une partie la faculté de changer unilatéralement un rapport contractuel donné, notamment en le prolongeant¹²⁷. L'option peut avoir été convenue déjà au moment de la conclusion du contrat de bail, mais rien n'empêche que les parties puissent en convenir après. 133

Option proprement dite (*Echte Option*). Si l'option prévoit uniquement le droit unilatéral de l'une des parties de prolonger le contrat, on parle de *echte Option*. En cas d'option proprement dite, les éléments essentiels du contrat sont d'emblée fixés par la clause¹²⁸. Une augmentation (ou une diminution) de loyer peut aussi directement résulter de l'option. 134

Option improprement dite (*Unechte Option*). Il arrive, cependant, que bailleur et locataire stipulent une clause qui, par exemple, accorde au locataire le droit de prolonger la durée du bail, mais qui prévoit également une éventuelle adaptation du loyer sur lequel les parties devront s'accorder. Jurisprudence et doctrine parlent ici de *unechte Option*¹²⁹. 135

Dans ce cas, la continuation du rapport contractuel ne dépend pas uniquement de la volonté d'une seule partie. D'un côté, le locataire doit exprimer la volonté de donner suite au bail et, de l'autre, les parties doivent s'accorder à nouveau sur le loyer. Le nouveau loyer ne doit pas nécessairement être différent. Il est des cas dans lesquels les parties conviennent que la rémunération du bailleur ne sera pas modifiée. 136

Le droit d'*option*, à l'instar du congé, est une manifestation de volonté sujette à réception, qui doit être exercé dans la période convenue¹³⁰. Dans l'hypothèse où un délai contractuel n'a pas été convenu, il convient d'admettre, si le bail est conclu pour une durée déterminée, l'application de l'art. 266a al. 1 CO¹³¹. En cas de bail « congeable »¹³², le délai sera celui où échoit le bail, ou encore aussitôt après la survenance de la condition à laquelle l'*option* a été subordonnée¹³³. 137

¹²⁷ ATF 122 III 10, c. 4 ; 113 II 31, c. 2.a ; TF 4A.111/2009, arrêt du 4 juin 2009 ; CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 12 ; PERMANN, Mietrecht, art. 255 CO, N 10 ; SVIT-K, art. 255 CO, N 11 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 7.

¹²⁸ DIETSCHY, *Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux*, in AJP/PJA 2012 1238 (1239) ; TF 4A_551/2008, arrêt du 12 mai 2009, c. 5.1 ; TF 4C.17/2004, arrêt du 2 juin 2004, c. 6.2.1.

¹²⁹ TF 4C.152/2004, arrêt du 9 juillet 2004, c. 3.1 ; PERMANN, Mietrecht, art. 255 CO, N 10 ; SVIT-K, art. 255 CO, N 11 ; WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 7.

¹³⁰ SVIT-K, art. 255 CO, N 11 *in fine* ; CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 14 ; DB 2001 p. 28.

¹³¹ CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 14 ; ZK-HIGI, art. 255 CO, N 65 *et seq.*

¹³² Un bail est dit « congeable » s'il est conclu pour une durée déterminée, mais tacitement reconductible si aucune des parties donne congé. Cf. CR-CO-I-LACHAT, art. 255 CO, N 7 ; ATF 114 II

- 138 Le Tribunal des baux de Zurich a rendu une décision qui réunit tous les éléments pertinents en matière de droit d'option et de renouvellement d'un contrat de bail à loyer. Le contrat en question contenait également une clause d'indexation du loyer. Le Tribunal a considéré que dans les cas où le locataire dispose d'un droit d'option pour prolonger le bail, le contrat, pour la période après l'exercice du droit d'option, est réglé par les dispositions spécifiques relatives à l'option. Si le droit d'option n'est pas accompagné de dispositions modifiant le contenu du contrat, la location se poursuit sans changement. En cas d'exercice d'un droit d'option permettant au locataire de prolonger de cinq ans un bail avec loyer indexé, la clause d'indexation est maintenue, à moins que les parties n'aient convenu autre chose. Enfin, dans la mesure où la clause d'indexation est maintenue, l'adaptation du loyer au terme de la première durée minimale du bail est exclue¹³⁴. Ces considérations méritent d'être suivies. En général, l'exercice du droit d'option ne conduit donc pas à la conclusion d'un nouveau contrat, ni *a fortiori* à des contrats successifs¹³⁵. Les parties sont uniquement convenues que le contrat de base peut être prolongé à certaines conditions. En particulier, une augmentation du loyer n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat (cf. *supra* ¶ 127).

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

- 139 Les conséquences du renouvellement du contrat de bail par accord exprès sont multiples et dépendent, notamment, de ce que les parties ont conventionnellement convenu. Plusieurs cas sont envisageables. Les parties peuvent s'être accordées sur la transformation de l'ancien contrat de durée déterminée en un contrat identique de durée indéterminée. Le bailleur et le locataire peuvent également renouveler le bail pour une nouvelle période déterminée.
- 140 Comme nous l'avons vu ci-dessus, les parties peuvent poursuivre le rapport en apportant des modifications. Si le changement n'est pas fondamental, toutes les

165, c. 2.b. La fin du contrat est donc subordonnée au congé donné par une des deux parties (LACHAT, p. 647). Il s'agit d'un cas de renouvellement automatique (cf. *supra* ¶ 30).

¹³³ L'art. 266a al. 1 CO prévoit que « [I]orsque le bail est de durée indéterminée, une partie peut le résilier en observant les délais de congé et les termes légaux, sauf si un délai plus long ou un autre terme ont été convenus ».

¹³⁴ Tribunal des baux de Zurich, arrêt du 07 octobre 1999, A.K. c. R.T., c. 2.2, extrait publié dans MRA 4/00 p. 347 ; cf. aussi DB 2001 p. 28 *et seq.* Le Tribunal zurichois a entre autres rejeté l'argument du locataire aux termes duquel il ne pouvait pas s'attendre à ce que le contrat se poursuive aux mêmes conditions : « *Unbehelflich ist somit in diesem Zusammenhang der klägerische Standpunkt, der Kläger habe nicht gewusst, dass im Falle der Optionsausübung und mangels anderslautender Absprache das Mietverhältnis unverändert weiter gelte, wird damit doch kein wesentlicher Irrtum in Bezug auf den Optionsvertrag geltend gemacht, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht, der Kläger sei über die Folgen der Optionsausübung nicht im Bilde gewesen, was aber für den Kläger nicht die Unverbindlichkeit des Vertrags im Sinne von Art. 23 OR mit sich bringt* » (c. 2.2).

¹³⁵ *Contra* DIETSCHY, *Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux*, in AJP/PJA 2012 1238 (1241).

clauses stipulées dans le contrat initialement convenu restent inchangées, exception faite pour la modification prévue.

Lorsque les parties ont changé le contrat de manière fondamentale, l'accord portant sur le renouvellement doit également porter une nouvelle fois sur les points essentiels. La question de savoir si certaines clauses de l'ancien contrat doivent être reprises est une question d'interprétation¹³⁶. Étant donné que le contrat est fondamentalement changé, il ne convient d'admettre l'application par analogie des clauses initialement stipulées qu'après avoir étudié les circonstances concrètes. Il existe, en effet, des clauses et conditions qui ne sont pas destinées à rester en vigueur après un tel changement. Il faudra déterminer quelles clauses du contrat conclu préalablement auraient été insérées par les parties dans le nouveau contrat. 141

Prenons par exemple le cas d'un contrat de bail portant sur la location de la place de parking n° 30. Admettons que le contrat ait été conclu pour une année moyennant un loyer de 100 CHF par mois. Lorsque le contrat arrive à échéance, le locataire demande au bailleur de renouveler le même contrat pour une nouvelle année. Il se peut que le bailleur ait déjà loué cette même place de parking, mais propose de renouveler le contrat en modifiant le numéro qui sera désormais le 31. Nous pouvons distinguer deux hypothèses : dans la première, la place n° 31 est semblable à celle qui se trouve au n° 30 ; dans la seconde, la nouvelle place est différente, par exemple parce qu'elle est fermée (box parking). 142

Dans le premier cas de figure, le contrat n'a pas été changé fondamentalement, quand bien même la chose louée (qui est un élément essentiel) a été changée (de la place n° 30 au 31). Cela implique que l'accord sur le renouvellement ne doit pas porter à nouveau sur le loyer. En revanche, la seconde hypothèse est différente, car en principe une place de parking fermée suppose généralement une charge plus importante. L'accord portant sur le renouvellement du contrat implique ici la conclusion d'un nouveau contrat. Les parties doivent s'entendre sur tous les points essentiels, et notamment le loyer. 143

La contestation du loyer initial selon l'art. 270 CO. Les critères pour apprécier si un renouvellement aboutit à la conclusion d'un nouveau contrat ont été traités au point précédent. 144

Absence de changements fondamentaux. Lorsqu'un bail est renouvelé sans changements fondamentaux, on ne considère pas le contrat ainsi modifié comme en étant un nouveau. Si les modifications ne portaient pas sur le loyer, le loyer initial dont il est question à l'art. 270 CO est celui qui a été convenu dans le contrat primitif. Le délai péremptoire de 30 jours a donc commencé à courir à partir du moment où le contrat a été conclu¹³⁷. Aucun nouveau délai ne commencera à courir à partir du renouvellement. 145

¹³⁶ Sur ce point cf. *infra* ¶ 694.

¹³⁷ Le délai de 30 jours serait dans ces cas systématiquement échu.

- 146** En revanche, en cas de changement du loyer (en principe une majoration), ce nouveau loyer pourra être contesté sur la base de l'art. 270b al. 1 CO¹³⁸.
- 147** **Le cas du changement fondamental.** Dans l'hypothèse où les parties auraient substantiellement changé le contrat, il faudra conclure qu'un nouveau contrat prend naissance. En conséquence, le délai de 30 jours après la réception de la chose de l'art. 270 CO commencera à courir.
- 148** **L'art. 266 al. 2 CO appliqué dans le cadre d'un renouvellement par accord exprès.** Il est des cas dans lesquels les parties s'accordent sur le principe du renouvellement sans précision ultérieure, notamment en termes de durée de la prolongation¹³⁹. Ce cas de figure est analogue à un cas de tacite reconduction et il conviendra donc d'appliquer les mêmes conséquences énoncées ci-dessus (cf. *supra* ¶¶ 106 et seq.). En effet, s'il est vrai que les parties ont expressément manifesté leur volonté de renouveler le contrat, elles ont tout de même omis de régler un point important. Le contrat comporte donc une lacune qu'il convient de combler moyennant une application par analogie de l'art. 266 al. 2 CO. On présumera donc que le contrat est renouvelé pour une durée indéterminée.

6. Cas limites

- 149** **Les baux liés.** Un cas qui peut se présenter fréquemment est celui d'un bail portant sur une habitation ou sur un local commercial lié, par exemple, à un parking. *Quid si* une partie souhaite renouveler le contrat, mais seulement pour la partie « appartement » ? Deux possibilités sont envisageables : premièrement, les deux objets sont incorporés dans un seul contrat ; deuxièmement, les parties ont conclu deux baux distincts.
- 150** La question doit être analysée en parallèle avec la « *Teilkündigung* » (résiliation partielle). L'analogie découle du fait qu'une partie ne souhaite poursuivre la relation contractuelle qu'en ce qui concerne une partie de l'objet (ou des objets) du contrat. Dans la première hypothèse, la règle générale prévoit qu'une partie ne peut pas donner congé partiellement dans la mesure où les deux objets loués forment un tout, l'un étant la chose principale, l'autre l'accessoire¹⁴⁰. Par analogie, une partie ne peut pas, en cas de reconduction tacite, soutenir qu'il n'a utilisé que l'un des objets du bail après l'échéance et que la reconduction ne porte désormais que sur un des objets.

¹³⁸ DIETSCHY, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, in *AJP/PJA* 2012 1238 (1242) ; SOMMER, Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004, in *MRA* 1/2005 p. 28 (33).

¹³⁹ Dans d'autres cas, les parties s'accordent sur le principe du renouvellement, mais un conflit naît sur la question du nouveau loyer. Cf. à ce propos, en droit français, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 juin 1984 où les parties ont déféré leur litige à un arbitre unique : cf. *Rev. arb.* 1984.516.

¹⁴⁰ ZK-HIGI, rem. pré. *ad art.* 266-266o CO, N 96 et seq. ; TF 4A_283/2013, arrêt du 20 août 2013, c. 4.

- En revanche, les parties sont libres de changer, par un accord exprès, le contenu du contrat en prévoyant par exemple que le contrat ne sera renouvelé que pour la partie « habitation ». 151
- Bailleur et locataire peuvent conclure deux contrats séparés physiquement, mais qui contiennent une clause stipulant que « les baux appartement et garage ou parking sont liés » et que « le garage/parking ne peut être restitué qu'avec l'appartement »¹⁴¹. *Quid* si le bail d'habitation est conclu pour une durée déterminée de trois ans alors que le bail « parking » est d'une plus courte durée, par exemple d'une année ? 152
- Si le locataire veut résilier uniquement le bail portant sur le garage, ou en tout cas ne pas renouveler le contrat, il en informera le bailleur ou la régie. La régie fera valoir la clause inscrite dans le contrat liant les deux baux et soulignera qu'il est clairement indiqué que la restitution de l'un des objets implique la restitution de l'autre. 153
- Cette combinaison de contrats est pathologique en ce sens que, d'une part, les parties ont signé deux contrats liés, mais, d'autre part, un contrat conclu pour une période déterminée prend fin par la simple survenance du terme¹⁴² (cf. *supra* ¶ 79). 154
- Dans un tel cas de figure, on ne peut que nier une prolongation forcée du bail portant sur le parking. Lorsque ce contrat arrive à échéance, le locataire pourra informer le bailleur qu'il ne souhaite pas renouveler ce contrat, ce qui n'a aucune incidence sur le bail d'habitation. Si le locataire cesse d'utiliser le parking et ne paie plus le loyer après l'échéance du contrat, aucun renouvellement n'aura lieu. Le contrat est simplement échu. En revanche, la clause stipulée trouve toute son importance tant que les deux contrats sont encore en vigueur. Lorsque les deux contrats sont parallèlement en vigueur, le locataire ne peut effectivement pas donner congé pour un seul contrat. 155
- Un bailleur ou une régie qui souhaite lier correctement deux contrats de ce type peut évidemment le faire. Deux solutions sont alors envisageables : la *première* consiste à indiquer dans les deux contrats (liés) un terme équivalent, la *seconde*, plus pratique d'un point de vue de gestion des contrats, est celle de renvoyer simplement la durée d'un contrat à celle de l'autre. Ainsi, sous la rubrique « durée » du bail portant sur le parking, le rédacteur du contrat indiquera « cf. durée du bail d'habitation ». La durée de la location du parking est suffisamment déterminable. 156
- Le second exemple mentionné (cf. *supra* ¶ 149) mérite une approche différente. Les parties peuvent avoir conclu plusieurs contrats, mais dans le but de former un tout¹⁴³. Le critère déterminant est la volonté, respectivement l'intérêt, des parties que les baux constituent un ensemble indissociable¹⁴⁴. Si les contrats ont été conclus au même 157

¹⁴¹ Ce type de clause se trouve effectivement dans certains contrats de bail combinés.

¹⁴² Art. 266 al. 1 CO.

¹⁴³ Savoir si les contrats forment un tout est une question d'interprétation.

¹⁴⁴ TF 4A_283/2013, arrêt du 20 août 2013, c. 4.5 : « *Unbesehen der Frage der Parteiidentität kann damit jedenfalls eine (nichtige) Teilkündigung (vgl. HIGI, a.a.O., N. 96 ff. Vorbemerkungen zu Art. 266-266o) nur in Betracht gezogen werden, wenn nach dem Willen beziehungsweise den Interessen der Parteien Miet- und Pachtvertrag ein untrennbares Ganzes hätten bilden sollen* ».

moment et que les termes et délais de congé sont identiques, une reconduction tacite doit être soit admise pour le tout, soit niée pour le tout. Si les contrats viennent à échéance à des moments différents, il convient de raisonner de la manière suivante : si l'application de l'art. 266 al. 2 CO a été admise pour le premier bail arrivé à son terme, on présumera que les autres baux seront également renouvelés. En revanche, si la reconduction tacite est niée pour le premier contrat qui échoit, la présomption sera inversée, dans le sens que l'on n'admettra qu'avec retenue une reconduction tacite des autres contrats.

- 158 La reconduction tacite et le renouvellement exprès ne doivent pas être confondus avec l'institution de la prolongation du bail en vertu des art. 272 à 272d CO¹⁴⁵. La différence réside notamment dans le fait que la prolongation du bail suppose, entre autres, que le locataire doit faire face à des conséquences pénibles si la résiliation a lieu conformément aux règles légales ou stipulées entre les parties.
- 159 **Le locataire récalcitrant.** Un bailleur ou, le plus souvent, une régie met en place une procédure d'expulsion d'un locataire à cause des difficultés constantes de ce dernier en ce qui concerne le paiement des loyers. Avant la fin de cette procédure, la régie accepte cependant de renouveler le contrat, mais en informant le locataire qu'il sera considéré comme un occupant illicite pendant six mois, afin d'éviter de recommencer à nouveau une procédure d'expulsion.
- 160 Le résultat auquel aboutit la proposition de la régie n'est en soi pas choquant. En effet, on comprend bien l'intérêt de la régie qui, après avoir passé plusieurs mois à essayer d'encaisser les loyers échus, ne souhaite pas devoir tout recommencer quelque mois après la décision de renouveler le contrat de bail. Cela étant, il existe au moins trois raisons qui commandent qu'une telle pratique ne soit pas cautionnée.
- 161 *Premièrement*, d'un point de vue strictement juridique, bailleur et locataire sont convenus d'un renouvellement. Le contrat est donc prolongé et le locataire ne devrait en aucun cas être réputé un occupant illicite, car un accord valable a bien été conclu. Il faut donc admettre qu'une contradiction existe en ce sens.
- 162 *Deuxièmement*, la régie, en ayant connaissance des difficultés de paiement auxquelles le locataire est confronté, a toujours eu le libre choix de ne pas poursuivre la relation contractuelle. En procédant au prolongement, elle a assumé le risque de devoir entamer une nouvelle procédure d'expulsion. La régie établit une fiction qui n'a pas de fondement juridique.
- 163 *Troisièmement*, c'est la partie faible qui mérite une protection accrue. Le procédé de la régie ne respecte en aucun cas ce principe généralement reconnu.
- 164 En conclusion, la proposition avancée par la régie doit être rejetée sur le plan juridique. Il n'est pas concevable pour cette dernière d'instrumenter une fiction *ad hoc* pour se protéger, même si elle a un intérêt compréhensible. Le bailleur ou la régie qui veut se protéger conformément au droit doit demander des garanties. Cette

¹⁴⁵ LACHAT, p. 786 et seq. ; TERCIER/FAVRE, N 2734 et seq.

institution existe déjà et on ne saurait admettre une nouvelle forme de garantie visant à menacer le locataire en supposant l'illicéité d'une situation qui n'en est pas véritablement une.

7. Les contrats successifs

La question des contrats dits « en chaîne » (ou successifs) est souvent abordée dans le cadre des contrats de travail¹⁴⁶, mais elle peut aussi se présenter en matière de bail. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral s'est clairement prononcé sur la question des contrats de bail successifs¹⁴⁷. 165

Afin de juger l'affaire, notre Haute Cour a fait le parallèle avec les contrats de travail en chaîne, en affirmant que « la conclusion successive de baux à durée déterminée peut aboutir globalement au même résultat qu'un contrat de durée indéterminée résiliable ; il faut rechercher dans quelle mesure la première construction juridique est susceptible d'éluider des dispositions impératives protégeant le locataire »¹⁴⁸. Le Tribunal fédéral a relevé que la conclusion de plusieurs contrats procure divers avantages au bailleur. En particulier, dans un régime de contrats successifs, le locataire dispose de l'action en contestation du loyer initial, mais pour celle-ci la loi pose des conditions plus restrictives comparées à celles de l'action pour s'opposer à la majoration du loyer. Ainsi, avec un contrat de durée déterminée, chacune des parties est libre de conclure ou non un nouveau contrat à l'expiration du précédent et le locataire ne dispose d'aucun moyen juridique afin de contraindre le bailleur à la poursuite des relations contractuelles. Le Tribunal fédéral note que « [c]e risque peut inciter le locataire à se montrer plus docile et à ne pas revendiquer des droits »¹⁴⁹. 166

En définitive, les baux successifs peuvent effectivement permettre au bailleur d'échapper à des règles impératives attribuant des droits au locataire, comme les règles contre les loyers abusifs ou contre les congés abusifs. Comme en matière de contrat de travail, il est en principe licite d'enchaîner des contrats de durée déterminée, sous réserve d'une fraude à la loi. Selon le Tribunal fédéral, un bailleur commet une telle fraude s'il a l'intention de s'engager pour une durée indéterminée, 167

¹⁴⁶ Cf. *infra* ¶¶ 265 et seq.

¹⁴⁷ TF 4A_609/2012, arrêt du 26 février 2013 publié in ATF 139 III 145, DB 2013 p. 15, SJ 2013 I 397, MP 2013 204, Not@lex 2014 p. 91, AJP/PJA 2013 1520. Cf. aussi HEDIGER, Entwicklungen im Mietrecht/Le point sur le droit du bail, in RSJ/SJZ 110 (2014) 352, 354. Dans d'autres arrêts plus anciens, le Tribunal fédéral avait évoqué la possibilité d'utiliser les principes dégagés des contrats successifs dans le domaine du droit du travail, sans pour autant procéder à une analyse détaillée : cf. TF 4C.155/2003, arrêt du 3 novembre 2003, c. 3 ; TF 4A_420/2009, arrêt du 11 juin 2010, c. 4-5.

¹⁴⁸ TF 4A_609/2012, arrêt du 26 février 2013 publié in ATF 139 III 145, c. 4.2.2.

¹⁴⁹ *Idem*, c. 4.2.3.

mais qu'il opte néanmoins pour un régime de baux à durée déterminée aux seules fins de mettre en échec des règles impératives¹⁵⁰.

8. Un cas particulier

- 168** L'affaire¹⁵¹ dont il est question ici soulève un certain nombre de points importants. Le locataire conclut avec son bailleur un contrat de bail pour la période du 1^{er} octobre 1945 au 30 septembre 1947. Le contrat contenait une clause de tacite reconduction d'année en année, sauf dénonciation écrite formée trois mois avant une échéance annuelle.
- 169** Le 26 juin 1951, le bailleur dénonça le contrat pour le 30 septembre 1951. La résiliation a donc été notifiée en temps utile. La lettre contenant la résiliation incluait également « une proposition de maintenir les relations de la bailleresse à locataire avec un bail semblable au précédent, mais modifié en ce qui concerne la clause de reconduction seulement »¹⁵². Le bail se renouvellera désormais de mois en mois.
- 170** La Cour de justice de Genève interprète le silence du locataire comme une acceptation par actes concluants du nouveau bail. Cette solution semble correcte. Le bailleur a en effet dénoncé valablement le bail précédent et soumis une proposition d'un « nouveau contrat ». Le fait que le recourant soit resté dans les locaux en s'acquittant des loyers doit aboutir à une acceptation du nouveau contrat.
- 171** Le locataire pourrait-il contester le loyer de ce nouveau contrat, bien qu'identique au précédent sauf pour la clause de renouvellement tacite ? La réponse doit être affirmative. S'il est vrai que les parties n'ont pas changé le contrat de manière fondamentale, il est également vrai que la lettre du 26 juin 1951 contenait une résiliation valable. La volonté du bailleur de mettre fin à cette première relation contractuelle et celle du locataire, du moins hypothétique, est claire et donnée.
- 172** Dans ce cas, le problème se pose en termes de baux en successifs. WEBER propose de réputer le contrat conclu pour une durée indéterminée parce que la contestation du loyer initial est plus difficile à faire valoir que celle de la majoration¹⁵³. Encore faut-il que les conditions posées par la doctrine et la jurisprudence en matière de baux successifs soient réunies (*cf. supra* ¶¶ 165 *et seq.*).
- 173** Toujours dans cette même affaire, le locataire reçut, pendant le mois d'août 1951, un projet de contrat de bail de durée déterminée où il était demandé de retourner le projet signé. Le locataire fit valoir en vain qu'il aurait accepté ce projet de contrat par actes concluants. En effet, la Cour de justice a conclu, à juste titre, que l'inaction du

¹⁵⁰ *Idem*, c. 4.2.4.

¹⁵¹ SJ 1962 521.

¹⁵² SJ 1962 522.

¹⁵³ WEBER, BaKomm OR I, art. 255, N 6 ; critiques soulevées également par FETTER, N 285 à 287 ; *cf.* aussi LACHAT, p. 388, note de bas de page 27.

recourant ne signifie pas acceptation. Le contrat serait entré en vigueur seulement après signature de la part du locataire, ce qui ne fut pas le cas dans l'affaire en question.

L'arrêt traite un dernier point important, qui donne une réponse partielle à la question de savoir à quel moment il faut admettre une tacite reconduction. Les juges rappellent, en premier lieu, que la jurisprudence n'accepte pas que le bailleur fasse revivre un congé ancien après avoir laissé durer la location et avoir accepté des versements de loyer. Ils concluent, ensuite, que le temps écoulé entre la date à laquelle le congé a été notifié et celle de la demande d'évacuation, qui était d'un mois, ne suffit pas à admettre une reconduction tacite du rapport de bail. 174

Cette affirmation prise telle quelle paraît correcte, même s'il peut y avoir des cas où une durée inférieure suffirait. Les circonstances du cas d'espèce doivent en effet être prises en considération. 175

Dans le cas concret, le locataire avait versé deux loyers (septembre et octobre) après l'échéance contractuelle. Il a versé les sommes le 2 septembre et le 5 octobre par le biais de chèques postaux. Il est vrai que la demande d'évacuation avait été faite le lendemain du 5 octobre et le paiement du loyer dudit mois n'était pas encore parvenu au bailleur à cette date. La Cour de justice ne précise toutefois pas pourquoi le paiement du loyer de septembre n'aurait pu corroborer la thèse du renouvellement. Elle se borne à affirmer que ce paiement ne change en rien les effets de la résiliation. 176

On pourrait penser que l'acceptation par le bailleur du paiement d'un loyer après l'échéance du contrat ne signifierait pas reconduction tacite. Très probablement, dans l'affaire de 1962, les éléments factuels ne laissent guère de doute quant à la volonté du bailleur de mettre un terme aux relations contractuelles. Selon nous, à moins de disposer d'éléments particuliers, l'encaissement du loyer après l'échéance du bail constitue un fort indice en faveur d'un renouvellement¹⁵⁴. 177

9. Le bail à loyer et la relation contractuelle de fait

Dans les cas où il n'y a pas de contrat valable entre les parties, faute d'un véritable accord ou en présence de vices du contrat, une partie de la doctrine et la jurisprudence préconisent l'application de la théorie de la relation contractuelle de fait¹⁵⁵. Ce concept, enraciné dans une norme légale en matière de contrat de travail (art. 320 al. 3 CO), a été repris dans d'autres institutions, comme le contrat de bail à loyer¹⁵⁶. La situation typique est celle dans laquelle le locataire reste dans les locaux après que le contrat a pris fin. 178

¹⁵⁴ Cf. *supra* ¶ 97.

¹⁵⁵ Cf. *supra* ¶¶ 42 et seq.

¹⁵⁶ ATF 134 III 267, JdT 2008 II 77 ; 119 II 437 ; 63 II 368 ; TF 4C.255/2005, arrêt du 26 octobre 2006 (pour un résumé en français cf. WERRO, *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie*

- 179 Une situation de ce genre peut se présenter dans le cadre d'un renouvellement qui n'aboutit pas. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le montant du loyer (même si l'on procède à une interprétation selon le principe de la confiance), qui est un élément objectivement essentiel, il n'existe plus de relation contractuelle depuis l'échéance du contrat primitif. Quel est donc pour le bailleur le fondement d'une éventuelle prétention contre le locataire ?
- 180 Dans l'ATF 63 II 368, le Tribunal fédéral, s'inspirant du droit allemand, a considéré que dans le cas où le locataire avait toujours la jouissance de la chose après la fin du contrat, et ce contre la volonté du bailleur, il s'agissait là d'un « *mietvertragsähnliches Verhältnis* ». Il conclut que le bailleur ne dispose pas seulement d'une prétention en dommages-intérêts, laquelle obéit à des exigences de preuves relativement strictes, mais il a également le bénéfice d'une créance de loyer (« *Mietzinsforderung* »)¹⁵⁷.
- 181 Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a franchi une autre étape en affirmant que le bailleur peut également réclamer le paiement du loyer pour la période entre la restitution tardive de la chose louée et la relocation de celle-ci et que, lorsque les locaux ne peuvent pas être reloués, le loyer est dû jusqu'au premier terme de résiliation prévu par le contrat¹⁵⁸.
- 182 En cas de litige, si le juge considère que les parties n'ont pas renouvelé le contrat primitif ni conclu un nouveau contrat de bail, on pourra donc en principe appliquer la théorie de la relation contractuelle de fait. Le bailleur pourra en tout cas réclamer le montant des loyers durant cette période sur la base d'une véritable créance de loyer, sans devoir apporter d'autres preuves.

10. Droit comparé

- 183 Le but de cette étude n'est certes pas celui de reprendre de manière exhaustive les mécanismes de renouvellement d'un grand nombre de pays. Il est néanmoins intéressant de prendre en considération comment le renouvellement est réglé dans certains de nos pays voisins, notamment l'Allemagne, la France et l'Italie. Dans les paragraphes qui suivent, nous analyserons les solutions légales et jurisprudentielles retenues par ces trois pays dans le cadre du contrat de bail.
- 184 **La législation allemande.** En droit allemand, le renouvellement tacite du contrat de bail est réglé au § 545 BGB dont la teneur est la suivante :

et annotée, Berne 2012, p. 813 et seq.) ; TC GB ZB 26/92 2 mars 1993 in PKG 1993 p. 49 et seq. ; TC BS 7 décembre 1984 in BJM 1985 p. 246 et seq.

¹⁵⁷ ATF 63 II 368, c. 2.

¹⁵⁸ TF 4C.255/2005, c. 2.2, arrêt du 26 octobre 2006, cf. aussi la version française : WERRO, *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne 2012, p. 814.

§ 545 (Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses)

Setzt der Mieter nach Ablauf der Mietzeit den Gebrauch der Mietsache fort, so verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit, sofern nicht eine Vertragspartei ihren entgegenstehenden Willen innerhalb von zwei Wochen dem anderen Teil erklärt. Die Frist beginnt

¹ für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs,

² für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erhält.

Dans les cas où le locataire continue d'utiliser la chose louée après l'expiration du terme convenu, le contrat est réputé prolongé pour une durée indéterminée. La conséquence est donc identique à celle qui est prévue par le droit suisse. La similitude au droit suisse se résume néanmoins à ce point seulement ; le législateur allemand a posé des critères précis pour savoir à partir de quel moment le contrat se prolonge. 185

Les conditions. Trois conditions doivent être remplies pour que le § 545 BGB déploie ses effets¹⁵⁹ : (i) le locataire continue d'utiliser la chose après l'échéance du terme du contrat, (ii) le bailleur ou le locataire n'a pas manifesté une volonté contraire au sujet de la prolongation et (iii) cette manifestation de volonté n'a pas été formée dans un délai de deux semaines. Ce délai commence à courir à partir du jour de la continuation de la jouissance de la chose louée pour le locataire et, pour le bailleur, à partir du moment où il a eu connaissance de cette utilisation. 186

Si le locataire ne rend pas la chose louée, mais ne l'utilise pas, le § 545 BGB ne s'applique pas¹⁶⁰. L'opposition au renouvellement est une manifestation de volonté sujette à réception¹⁶¹ qui doit préciser, sans équivoque, que le rapport de bail ne sera pas prolongé avec les conditions du contrat¹⁶². 187

Les conséquences. Dans la mesure où les conditions sont remplies, le contrat se transforme alors en un bail de durée indéterminée. Les autres clauses du contrat primitif restent valables¹⁶³. La volonté réelle des parties n'est pas prise en compte¹⁶⁴. Le droit allemand crée ainsi une présomption irréfragable en faveur de la prolongation du contrat. Il n'y a pas conclusion d'un nouveau contrat, mais une transformation du contrat primitif¹⁶⁵. 188

¹⁵⁹ Hk-BGB/EBERT, § 545, N 2.

¹⁶⁰ *Idem*, N 3.

¹⁶¹ « *Empfangsbedürftige Willenserklärung* ».

¹⁶² BAMBERGER/ROTH/HERRMANN, Band 1, § 545, N 5 et les références à la doctrine et jurisprudence.

¹⁶³ *Idem*, N 8.

¹⁶⁴ *Ibidem* ; Hk-BGB/EBERT, § 545, N 6.

¹⁶⁵ « [...] so verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit [...] ».

- 189 Ce qui est particulièrement intéressant et utile dans la législation allemande, sous un angle pratique, c'est la fixation d'un délai aux cocontractants pour manifester leur intention de ne pas renouveler le contrat. Cette règle est à saluer, dans la mesure où le degré d'incertitude lié au temps nécessaire à admettre la reconduction tacite est considérablement diminué grâce à un délai imparti au bailleur ainsi qu'au locataire. En Suisse, la jurisprudence n'a pas posé de délai, ne serait-ce qu'à titre indicatif, pour déployer les conséquences de l'art. 266 al. 2 CO.
- 190 Le manque d'un délai dans lequel les parties peuvent une fois pour toutes se manifester au sujet du renouvellement n'est pas nécessairement un désavantage. Il ne faut pas inférer de la législation allemande une règle (le délai de deux semaines) de laquelle il faudrait à tout prix s'inspirer. En effet, la marge d'appréciation dont jouit le juge suisse (*cf. supra* ¶ 90) pourrait amener ce dernier à admettre une reconduction tacite déjà avant deux semaines. Le droit allemand n'est pas très souple dans ce cas.
- 191 **La législation française.** En droit français, la règle sur le renouvellement tacite du contrat de bail est contenue à l'art. 1738 Cod. civ. fr. et a la teneur suivante :
- Art. 1738**
- Si, à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit [art. 1736 Cod. civ. fr.].
- 192 Le droit français connaît d'autres règles sur le renouvellement. Cependant, on se bornera à décrire les conditions d'application et les conséquences de la tacite reconduction telles que prévues dans le Code civil français.
- 193 La première remarque se rapporte au fait que la règle française sur le renouvellement tacite opère exclusivement en cas de *baux écrits*. En droit suisse, en revanche, l'art. 266 al. 2 CO pourrait également être théoriquement appliqué à un cas de bail conclu oralement.
- 194 **Les conditions.** La doctrine¹⁶⁶ pose trois conditions qui, une fois remplies, déclenchent les conséquences que l'on décrira par la suite : (i) l'existence d'un bail initial échu, (ii) le preneur est laissé en possession et (iii) l'absence d'opposition de la part du bailleur.
- 195 La possession du preneur n'a valeur de présomption qu'à la condition d'être effective, c'est-à-dire suffisamment prolongée, et connue du propriétaire ; elle ne doit, en outre, pas être équivoque ni contredite par une manifestation de volonté¹⁶⁷. Toutes les conditions sont fondamentalement identiques au droit suisse.
- 196 **Les conséquences.** Le droit français, contrairement au droit suisse où la terminologie n'est pas claire (*cf. sur ce point supra* ¶ 107), prévoit qu'un nouveau contrat prend

¹⁶⁶ GIVERDON, N 4, p. 3.

¹⁶⁷ *Idem*, N 7, p. 3.

naissance. En revanche, le nouveau contrat est réputé, comme en droit suisse, conclu pour une durée indéterminée¹⁶⁸. En toute logique, le nouveau bail comporte les mêmes conditions que le précédent¹⁶⁹.

En conclusion, aucune différence de substance n'est à mentionner. Le renouvellement tacite du droit suisse est fondamentalement équivalent à celui prévu par le législateur français, hormis la naissance d'un nouveau contrat. Il faut en tout cas saluer la terminologie (plus claire) du droit français sur ce dernier point. 197

La législation italienne. En droit italien, la règle en matière de renouvellement tacite dans le cadre du contrat de bail est contenue à l'art. 1597 Cod. civ. it. et a la teneur suivante : 198

Art. 1597 (Rinnovazione tacita del contratto)

1. La locazione si ha per rinnovata se, scaduto il termine di essa, il conduttore rimane ed è lasciato nella detenzione della cosa locata o se, trattandosi di locazione a tempo indeterminato, non è stata comunicata la disdetta a norma dell'articolo precedente.
2. La nuova locazione è regolata dalle stesse condizioni della precedente, ma la sua durata è quella stabilita per le locazioni a tempo indeterminato.
3. Se è stata data licenza, il conduttore non può opporre la tacita rinnovazione, salvo che consti la volontà del locatore di rinnovare il contratto.

Alors qu'en droit suisse on parle de renouvellement seulement en cas de contrat de bail de durée déterminée (cf. *supra* ¶ 84), le droit italien inclut également le bail de durée indéterminée. La raison de cela est due au fait qu'en droit italien, lorsque le bail ne contient aucune mention quant à sa durée, cette dernière est définie selon l'art. 1574 Cod. civ. it. L'art. 1596 al. 2 Cod. civ. it. prévoit à son tour que le rapport *ne cesse pas* si le bail de durée indéterminée n'a pas été résilié avant le terme prévu par la loi. 199

Les conditions. Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait renouvellement tacite. Il faut que le locataire *reste en jouissance de la chose* et que le bailleur le *laisse en jouissance*¹⁷⁰. En particulier, la doctrine mentionne comme cas de renouvellement tacite l'hypothèse dans laquelle le bailleur accepte les loyers après l'échéance du contrat¹⁷¹. Il s'agit du cas typique qui vaut aussi en droit suisse (cf. *supra* ¶ 97). 200

¹⁶⁸ Cass. soc. (fr.), 5 mai 1961, Bull. civ. IV, N 468. Cf. aussi GIVERDON, N 22, p. 5 et les nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales.

¹⁶⁹ Cass. req. (fr.), 18 octobre 1933, *Recueil Sirey* 1933, 1, p. 384 ; Cass. com. (fr.), 6 mai 1953, *Recueil Sirey* 1953, somm. p. 81 ; Cass. soc. (fr.), 29 janvier 1959, Bull. civ. IV, N 135. Références in GIVERDON, N 19, p. 5.

¹⁷⁰ GIOVE, *Codice civile commentato* (ALPA/CUFFARO/MARICONDA), art. 1597, N 16.

¹⁷¹ SUPPA, *Codice civile commentato* (BONILINI/CONFORTINI), art. 1597, p. 3415.

- 201 La jurisprudence italienne précise qu'une simple tolérance de la part du bailleur de l'utilisation de la chose par le locataire au-delà du terme ne concrétise pas nécessairement les conditions d'un renouvellement tacite. Cela, même en cas d'encaissement de loyers. Ces agissements doivent toujours être corroborés par une volonté sans équivoque de la part des deux parties de maintenir en vie le rapport de location¹⁷².
- 202 En droit suisse, comme en droit italien, la loi ne précise pas après combien de temps le contrat doit être réputé tacitement renouvelé. Le juge dispose donc d'une certaine marge de manœuvre en ce sens, de manière analogue au droit suisse (cf. *supra* ¶ 90).
- 203 **Les conséquences.** L'art. 1597 al. 2 Cod. civ. it. prévoit le même sort du contrat en ce qui concerne sa durée. Le contrat devient un contrat de durée indéterminée. La loi italienne précise, probablement pour éviter tout doute à ce sujet, que la nouvelle location se poursuit *aux mêmes conditions que la précédente*.
- 204 Le renouvellement donne lieu à la naissance d'un nouveau contrat (« *nuova locazione* »)¹⁷³. Les mots utilisés par le législateur italien sont plus clairs et plus précis que ceux utilisés par son homonyme suisse (cf. à ce propos *supra* ¶ 107).
- 205 En cas de clause de renouvellement tacite stipulée dans le contrat et prévoyant que ce dernier sera renouvelé à défaut d'une manifestation de volonté avant une échéance donnée, il n'y a pas création d'un nouveau contrat. La reconduction tacite trouve son fondement dans le contrat originaire, donc dans la volonté des parties et non pas selon l'analyse de leurs comportements selon l'art. 1597 Cod. civ. it¹⁷⁴.
- 206 Les trois règles ici analysées comportent la même conséquence : un contrat de bail tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée. Dans certains cas, il y a naissance d'un nouveau contrat et, dans d'autres, le contrat primitif reste en vigueur avec les mêmes conditions, sauf la clause de durée qui est modifiée par la loi.

Section II: Le contrat de bail à ferme

1. Introduction

- 207 Selon l'art. 275 CO, le bail à ferme est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à céder au fermier, moyennant un fermage, l'usage d'un bien ou d'un droit productif et à lui

¹⁷² Cass. civ. (it.) 27731/2005 ; Cass. civ. (it.) 15802/2005 ; Cass. civ. (it.) 21870/2004 ; Cass. civ. (it.) 5949/2004 ; Cass. civ. (it.) 10644/2002 ; Cass. civ. (it.) 9958/1997 ; Cass. civ. (it.) 10706/1996 ; Cass. civ. (it.) 9550/1994.

¹⁷³ BELLONI PERESSUTTI, *Commentario breve al Codice civile*, art. 1597, p. 1641. L'auteur remarque à juste titre que le législateur italien *plus dixit quam voluit* car il dit que le rapport ne cesse pas en cas de contrat de bail de durée déterminée (cf. *supra* ¶ 199) mais prévoit, à l'article suivant, qu'il y a une nouvelle location.

¹⁷⁴ CUFFARO, *Diritto civile* (LIPARI/RESCIGNO), p. 120.

en laisser percevoir les fruits ou les produits. Comme le bail à loyer, le bail à ferme est clairement un contrat de durée¹⁷⁵.

Contrairement au bail à loyer, lequel ne peut porter que sur des choses, le bail à ferme peut aussi porter sur des droits¹⁷⁶. En ce qui concerne les choses, elles peuvent être mobilières ou immobilières¹⁷⁷. 208

La règle topique en matière de renouvellement tacite du bail à ferme prévoit une règle différente par rapport à celle du bail à loyer¹⁷⁸. L'art. 295 al. 2 et 3 CO a en effet la teneur suivante : 209

² Si le bail est reconduit tacitement, il se renouvelle d'année en année, aux mêmes conditions, sauf convention contraire.

³ Une partie peut résilier le bail renouvelé en observant le délai de congé légal pour la fin d'une année de bail.

2. Le renouvellement tacite

Les conditions. Malgré les différences par rapport à la règle du bail à loyer, les conditions de l'art. 295 al. 2 CO sont identiques à celles de l'art. 266 al. 2 CO. Il faut donc (i) un contrat de durée déterminée, (ii) dont la période convenue est arrivée à échéance et (iii) une reconduction tacite du bail à ferme. Ces conditions ont été examinées dans le cadre de l'analyse du renouvellement tacite du bail à loyer¹⁷⁹. 210

Le moment à partir duquel il faut considérer que le bail à ferme a été tacitement reconduit. Tout comme en matière de bail à loyer, la loi et la jurisprudence ne donnent aucune réponse à la question de savoir quand les parties renouvellent le bail à ferme. 211

Lorsque le bail à ferme porte sur des **choses mobilières ou immobilières**, la situation est analogue à celle du bail à loyer. Par conséquent, il convient de se référer aux considérations faites précédemment (cf. *supra* ¶¶ 92-101). Ainsi, contrairement à la restitution d'une chose mobilière qui peut avoir lieu dans des temps relativement courts, celle d'un immeuble comporte en règle générale un certain nombre de démarches préliminaires. De ce fait, la volonté du fermier de prolonger le contrat se forme en principe quelque temps avant l'échéance contractuelle. Afin d'éviter un 212

¹⁷⁵ TERCIER/FAVRE, N 2799.

¹⁷⁶ *Idem*, N 2802.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Art. 266 al. 2 CO ; cf. *supra* ¶ 81.

¹⁷⁹ Cf. *supra* ¶¶ 83-89.

renouvellement tacite, le bailleur pourra envoyer au fermier, avant l'échéance contractuelle, une lettre l'informant que le contrat ne sera pas prolongé.

- 213 L'encaissement du fermage.** À moins de disposer d'éléments qui prouvent autre chose, une reconduction tacite doit en principe être admise lorsque le bailleur encaisse le premier fermage après la fin du contrat primitif¹⁸⁰.
- 214 La passivité du bailleur.** L'encaissement du fermage est, certes, un fort indice de renouvellement, mais il n'est pas le seul. La passivité du bailleur, alors qu'il sait ou est supposé savoir que le fermier continue avec l'usage ou l'exploitation de la chose ou du droit, peut conduire à admettre une reconduction tacite du bail à ferme¹⁸¹. À notre avis, tout comme en matière de bail à loyer, en cas de **baux (à ferme) immobiliers**, la période de passivité du bailleur (en connaissance de cause) après l'échéance contractuelle afin d'admettre un renouvellement est généralement **plus longue par rapport à celle en cas de baux (à ferme) mobiliers (ou portant sur un droit productif)**.

3. Conséquences du renouvellement tacite

- 215** S'il est établi que les parties ont tacitement renouvelé leur contrat, la première conséquence à examiner est celle de **la durée du contrat renouvelé**. Selon la lettre claire de l'art. 295 al. 2 CO, le bail « se renouvelle d'année en année »¹⁸². Comme en matière de bail à loyer (cf. *supra* ¶ 106), il s'agit dans ce cas aussi, d'une **présomption réfragable**¹⁸³. Ainsi, les parties peuvent apporter la preuve qu'elles entendaient prolonger le contrat pour une période supérieure ou inférieure à une année. Par « année » il faut entendre année d'exploitation¹⁸⁴.
- 216** Le fait pour le bail à ferme de se renouveler « d'année en année, aux mêmes conditions » signifie en réalité que le bail se transforme en un **contrat de durée indéterminée**. En effet, selon l'art. 295 al. 3 CO, une partie ne peut mettre fin au bail à ferme renouvelé que par le biais d'une résiliation. Or dans la mesure où la fin du contrat est subordonnée à une résiliation, le contrat doit en réalité être qualifié de *contrat de durée indéterminée*.
- 217 Le bail à ferme tacitement reconduit n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat.** La question de savoir si l'application de l'art. 295 al. 2 CO conduit à la conclusion d'un nouveau contrat n'a été traitée ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. La réponse à cette question n'est cependant pas purement académique,

¹⁸⁰ Cf. avec l'encaissement du loyer en cas de bail à loyer *supra* ¶ 102.

¹⁸¹ Cf. avec la passivité du bailleur en cas de bail à loyer *supra* ¶ 103.

¹⁸² Selon le Message du Conseil fédéral, la prolongation a été maintenue à une année en raison du fait que les immeubles agricoles de peu d'étendue tombent aussi sous le coup de l'art. 295 al. 2 CO (FF 1985 I 1369, 1455).

¹⁸³ ZK-HIGI, CO 295, N 25.

¹⁸⁴ FF 1985 I 1369, 1455.

étant donné que certaines règles du bail à loyer s'appliquent également au bail à ferme¹⁸⁵. Selon nous, en l'absence d'indications contraires dans la loi, le renouvellement d'un contrat n'implique en principe pas la conclusion d'un nouveau. L'art. 295 al. 2 CO ne laisse pas entendre que le contrat tacitement renouvelé constitue un nouveau contrat. Par conséquent, la reconduction tacite d'un bail à ferme ne crée pas un nouveau contrat¹⁸⁶.

L'annotation du bail au registre foncier. Le renouvellement tacite du contrat de bail à ferme selon l'art. 295 al. 2 CO n'a pas pour effet de prolonger la validité d'une éventuelle annotation du bail à ferme au registre foncier. Une nouvelle requête est ainsi nécessaire¹⁸⁷. 218

S'agissant des termes du contrat tacitement renouvelé, l'art. 295 al. 2 CO indique clairement que celui-ci se poursuit « **aux mêmes conditions**, sauf convention contraire ». Même si le cas est rare en pratique, il se peut que les parties soient convenues d'appliquer au bail de durée déterminée, en cas de reconduction tacite, des règles différentes de celles prévues pour le bail primitif¹⁸⁸. La « convention contraire » réservée par l'art. 295 al. 2 CO pourrait aussi résulter d'actes concluants. L'indication que le contrat est reconduit « aux mêmes conditions » n'est donc qu'une **présomption réfragable**. 219

La résiliation du bail à ferme renouvelé. Le fait pour le bail à ferme de se renouveler « d'année en année, aux mêmes conditions » signifie, en réalité, que le bail se transforme en un **contrat de durée indéterminée**. En effet, selon l'art. 295 al. 3 CO, une partie ne peut mettre fin au bail à ferme renouvelé que par le biais d'une résiliation. Dans la mesure où la fin du contrat est subordonnée à une résiliation, le contrat doit en réalité être qualifié de **contrat de durée indéterminée**¹⁸⁹. L'art. 295 al. 3 CO règle la question de la résiliation d'un bail à ferme renouvelé. En vertu de cette disposition, « [u]ne partie peut résilier le bail renouvelé en observant le délai de congé légal pour la fin d'une année de bail ». 220

4. Le renouvellement par accord exprès

Comme n'importe quel autre contrat, le renouvellement d'un bail à ferme peut aussi intervenir par un accord exprès entre les parties. Cet accord peut porter uniquement sur le principe du renouvellement ou, de manière plus complète, sur le renouvellement et sa durée. 221

¹⁸⁵ Selon l'art. 253b al. 1 CO, « [l]es dispositions sur la protection contre les loyers abusifs (art. 269 et s.) s'appliquent par analogie aux baux à ferme non agricoles et aux autres contrats qui visent principalement la cession à titre onéreux de l'usage d'habitations ou de locaux commerciaux ».

¹⁸⁶ *Contra* ZK-HIGI, art. 295 CO, N 27.

¹⁸⁷ En matière de bail à loyer, *cf. supra* ¶ 116.

¹⁸⁸ *Cf.* CR-CO-I-RONCORONI, art. 295 CO, N 3.

¹⁸⁹ ZK-HIGI, art. 295 CO, N 27 ; STUDER, BaKomm OR I, art. 295, N 4.

222 Le changement fondamental. Le bail à ferme est considéré fondamentalement changé si les parties le modifient à tel point de le dénaturer par rapport au contrat primitif. Ainsi, le changement de la chose ou du droit faisant l'objet du bail à ferme constitue un changement fondamental. En revanche, une modification du fermage ne conduit pas (en elle-même) à la conclusion d'un nouveau contrat.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

223 Absence de changements fondamentaux. En l'absence d'un changement fondamental, les parties restent liées par un seul et même contrat. L'exécution de ce dernier se fera conformément à l'accord intervenu entre les parties.

224 Si le contrat a été renouvelé pour une nouvelle période déterminée, le bail prendra fin à l'expiration de cette période (art. 295 al. 1 CO). En cas d'accord sur la transformation en contrat de durée indéterminée, les délais et termes de congé seront définis conformément à l'art. 296 CO. **L'art. 295 al. 3 CO n'est en principe¹⁹⁰ applicable qu'en cas de renouvellement tacite.**

225 Le cas du changement fondamental. Dans la mesure où les parties modifient le contrat de manière fondamentale, la conséquence est qu'elles concluent en réalité un nouveau contrat de bail à ferme. En cas de litige sur ce nouveau contrat, le juge pourra apprécier si certaines clauses de l'ancien contrat sont applicables au nouveau¹⁹¹. Si, par exemple, le changement ne portait que sur le fermage, en toute probabilité les parties avaient tacitement conclu que les autres clauses contractuelles s'appliqueraient au contrat « renouvelé ».

226 L'art. 295 al. 2 CO appliqué dans le cadre d'un renouvellement par accord exprès. Il est des cas dans lesquels les parties s'accordent uniquement sur le principe du renouvellement, sans précision ultérieure. Dans ce cas, l'art. 295 al. 2 CO s'applique à titre supplétif et le contrat sera alors réputé renouvelé « d'année en année »¹⁹². Parallèlement, l'application à titre supplétif de l'art. 295 al. 2 CO implique également l'application de l'alinéa 3. Ainsi, les parties pourront mettre fin au bail à ferme renouvelé en respectant le délai de congé légal pour la fin d'une année de bail.

¹⁹⁰ Cf. en effet *infra* ¶ 226.

¹⁹¹ Sur ce point cf. *infra* ¶ 694.

¹⁹² En matière de bail à loyer, la conclusion était identique en ce qui concerne l'application de l'art. 266 al. 2 CO dans le cas où les parties se seraient mises d'accord sur le principe du renouvellement, sans toutefois préciser la durée du renouvellement, cf. *supra* ¶ 148.

Section III: Le contrat de travail

1. Introduction

Le contrat de travail est le contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service d'un employeur. Ce dernier étant tenu de verser un salaire au travailleur¹⁹³. L'art. 320 CO traite de la formation du contrat et prévoit que le contrat de travail n'est soumis à aucune forme particulière. La conclusion du contrat obéit donc aux conditions habituelles. L'employeur doit se mettre d'accord avec le travailleur sur le fait que ce dernier mettra à disposition son temps et ses services pour une durée déterminée ou indéterminée. 227

On parle de renouvellement du contrat de travail en cas de contrat conclu pour une durée déterminée. Un contrat de travail de durée déterminée prend fin, dans les cas ordinaires, au terme prévu¹⁹⁴. Ainsi, les parties peuvent être convenues d'un terme précis, par exemple le 30 janvier d'une certaine année, ou une durée de trois mois, ou encore pour la fin des travaux d'un chantier¹⁹⁵. 228

Sont considérés comme contrats de durée indéterminée, et donc non renouvelables, les contrats conclus *pour une durée minimale*. La survenance d'un terme ne met pas fin au contrat¹⁹⁶. Selon le Tribunal fédéral, les contrats conclus pour une durée minimale ne peuvent pas faire l'objet d'une résiliation ordinaire pendant la période minimale¹⁹⁷. 229

Le contrat qui a été convenu *pour une durée maximale* est considéré comme étant à la fois un contrat de durée déterminée et un contrat de durée indéterminée ; il s'agit d'un contrat de nature mixte¹⁹⁸. Dans la mesure où il prend fin à la survenance du terme, il est considéré comme un contrat de durée déterminée¹⁹⁹. Le contrat peut, néanmoins, être résilié moyennant un congé ordinaire et constitue donc aussi un contrat de durée indéterminée²⁰⁰. 230

2. Le renouvellement tacite

La règle topique sur la reconduction tacite en matière de contrat de travail est contenue à l'art. 334 al. 2 CO et est analogue à celle vue précédemment dans le cadre 231

¹⁹³ Art. 319 CO.

¹⁹⁴ Art. 334 CO ; ENGEL, Contrats, p. 355 ; PORTMANN, BaKomm OR I, art. 334, N 9 ; TERCIER/FAVRE, N 3636.

¹⁹⁵ JAR 2000 p. 365.

¹⁹⁶ PORTMANN, BaKomm OR I, art. 334, N 4 ; TERCIER/FAVRE, N 3634.

¹⁹⁷ ATF 110 II 167 c. 3.a ; TF 4C.397/2004, arrêt du 15 mars 2005, c. 2.1.

¹⁹⁸ WYLER/MARTIN, p. 437.

¹⁹⁹ PORTMANN, BaKomm OR I, art. 334, N 3 ; WYLER/MARTIN, p. 437.

²⁰⁰ *Ibidem*.

de l'analyse du contrat de bail à loyer (cf. *supra* ¶¶ 82 et seq.). L'art. 334 al. 2 CO a la teneur suivante :

Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement, il est réputé être un contrat de durée indéterminée.

- 232 Les conditions.** L'art. 334 al. 2 CO pose trois conditions à remplir pour admettre le renouvellement d'un contrat de travail. *Premièrement*, le contrat doit avoir été conclu pour une durée déterminée. *Deuxièmement*, la période convenue est arrivée à échéance. *Troisièmement*, il faut être en présence d'une reconduction tacite du rapport de travail.
- 233** Les deux premiers points ont été exposés précédemment (cf. *supra* ¶¶ 228 et seq.). En ce qui concerne le troisième point, le principe reste inchangé : il y a renouvellement tacite lorsque les parties continuent de prester après l'échéance contractuelle. Ainsi, l'employé continuera son travail et l'employeur lui paiera le salaire. Le moment à partir duquel le contrat est réputé renouvelé par l'art. 334 al. 2 CO est une question d'appréciation, la disposition légale ne contenant aucune indication à ce sujet.
- 234 La situation du travailleur.** La situation du travailleur est relativement simple. Il suffit qu'il se présente à son poste et qu'il accomplisse son travail.
- 235** Le contrat de durée déterminée prend fin par la simple survenance du terme prévu, sans qu'il soit nécessaire de donner congé²⁰¹. L'employeur n'est donc pas tenu d'informer expressément le travailleur du fait qu'il ne souhaite pas renouveler le rapport contractuel. Cependant, l'art. 334 al. 2 CO peut créer une insécurité juridique quant au sort du contrat. Si l'employeur ne veut pas courir le risque que les conséquences de la reconduction tacite prennent effet, il devrait agir. Dès qu'il sait, ou est supposé savoir que le travailleur continue de prester, il doit immédiatement l'informer que le contrat a pris fin et qu'il ne sera pas renouvelé.
- 236 Le travailleur distant.** La situation peut être délicate dans les cas où l'employeur ne travaille pas en contact avec le travailleur. Se pose alors la question de savoir si l'employeur est tenu de s'assurer du départ du travailleur. S'il le fait, il pourra aussitôt demander au salarié de quitter les lieux, en évitant ainsi de devoir lui payer le salaire si les conditions du renouvellement sont réunies.
- 237** On peut s'attendre d'un employeur diligent qu'il s'assure du départ du travailleur. Dans tous les cas, il conviendra de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce. La situation serait en effet différente si les parties au contrat travaillaient en strict contact. Si l'employeur ne se manifeste pas dans un délai raisonnablement bref,

²⁰¹ Art. 334 al. 1 CO.

l'art. 334 al. 2 CO doit être appliqué. En revanche, si l'employeur est distant, le juge ne devra pas rapidement conclure que le rapport de travail est reconduit tacitement.

La fréquence des contacts entre employeur et travailleur pendant la durée du contrat comme critère déterminant. Plus les contacts étaient fréquents, moins de temps après l'échéance du contrat sera nécessaire afin d'admettre le renouvellement. Ces contacts peuvent subsister aussi par un moyen électronique (téléphone, e-mail etc.). Cette solution permet de ne pas mettre l'employeur « à distance » dans une situation embarrassante, alors que le bon sens commande qu'il soit, ici, protégé. Seront aussi prises en compte des circonstances particulières comme, par exemple, l'expérience de l'employeur et la durée du contrat. 238

La durée du contrat de travail. La durée totale du contrat de travail, en ce compris les éventuels renouvellements passés, est un autre critère dont il faut tenir compte. Lorsque les rapports de travail ont duré longtemps, le moment à partir duquel on admettra un renouvellement tacite sera plus éloigné par rapport à l'échéance prévue contractuellement²⁰². 239

3. Conséquences du renouvellement tacite

La lecture de l'art. 334 al. 2 CO permet de déterminer deux présomptions. 240

Premièrement, la reconduction tacite des rapports de travail découlant du contrat de durée déterminée n'implique pas la création d'un nouveau contrat²⁰³. Les termes utilisés par le législateur dans le cadre de l'art. 334 al. 2 CO laissent peu de doute quant au fait que les parties font face à un seul et même contrat (*cf.* par opposition au contrat de bail à loyer *supra* ¶ 107). L'ancien rapport de travail n'est que prolongé. Il y aura conclusion d'un nouveau contrat lorsque le « renouvellement » implique en réalité un changement de qualification juridique, par exemple, dans le cas d'un voyageur de commerce qui continue son service, après la fin du contrat, dans le *Innendienst* de l'entreprise²⁰⁴. Il en va de même lorsqu'un apprenti est engagé après l'accomplissement de son stage²⁰⁵. Indépendamment de la similitude des deux contrats perçue par les parties dans la pratique, il s'agit d'un renouvellement improprement dit. 241

Deuxièmement, le rapport de travail est présumé avoir été stipulé pour une période indéterminée²⁰⁶. En d'autres termes, en cas de doute, le rapport contractuel doit être 242

²⁰² Le critère de la durée du contrat est une condition posée en matière de renouvellement tacite du contrat de travail en droit italien. Sur ce point *cf. infra* ¶ 287.

²⁰³ Dans le même sens, WYLER/MARTIN, p. 437.

²⁰⁴ PORTMANN, BaKomm OR I, art. 334, N 12. La même conclusion s'impose lorsqu'un apprenti est engagé après l'accomplissement de son stage, WYLER/MARTIN, p. 438 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, art. 334 CO, N 20-22.

²⁰⁵ WYLER/MARTIN, p. 438 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, art. 334 CO, N 20-22.

²⁰⁶ TF 4P.222/2000, arrêt du 28 novembre 2000, c. 2.b)aa).

réputé avoir été prolongé pour une période indéterminée et non pas pour une nouvelle période déterminée ; par exemple, la même durée qui avait été initialement convenue²⁰⁷. **Cette présomption peut être renversée** en apportant la preuve que les parties ont, en réalité, voulu une prolongation de durée déterminée²⁰⁸.

- 243** De manière générale, en utilisant les mots du Message du Conseil fédéral lors de la révision du contrat de travail²⁰⁹, « ... [il faut] tenir compte de la durée écoulée des rapports contractuels partout où des conditions d'ordre chronologique exercent une influence déterminante sur les conséquences juridiques [...] »²¹⁰. En d'autres termes, le travailleur continuera à bénéficier des acquis, lesquels seront calculés rétroactivement dès l'entrée en vigueur du contrat primitif²¹¹.
- 244** Le renouvellement tacite du contrat de travail comporte plusieurs conséquences sur les obligations des parties. Pour le travailleur, celles-ci sont notamment : la mise à disposition du temps, le respect des horaires fixés, le respect des instructions données par l'employeur, rendre compte à l'employeur et lui donner tout ce qu'il a reçu, effectuer des heures supplémentaires. En ce qui concerne l'employeur, ses obligations sont principalement le versement du salaire, la mise à disposition du matériel nécessaire, protéger la personnalité du travailleur et lui octroyer des congés et vacances.
- 245** Le travailleur doit poursuivre son activité après le renouvellement. Si l'employeur lui avait fixé des horaires, il sera tenu de les respecter. Ce devoir découle plus généralement du droit de l'employeur de donner des instructions. Si les conditions sont réunies, le travailleur reste tenu d'effectuer des heures supplémentaires de la même manière qu'auparavant.
- 246** En cas d'application de l'art. 334 al. 2 CO, le **salaire** et les termes de paiement restent inchangés. On ne peut pas dégager de l'art. 334 al. 2 CO une obligation quelconque pour l'employeur d'accorder une augmentation, même minime. Un changement de salaire doit faire l'objet d'un accord. Une augmentation de salaire « automatique » aurait lieu uniquement en cas de situations particulières, par exemple si une convention collective le prévoit ou si l'employeur s'est engagé à augmenter régulièrement le salaire en fonction de critères bien définis.
- 247** S'agissant des congés hebdomadaires, les règles contenues dans l'ancien contrat demeurent applicables. Ainsi, dans l'hypothèse où le travailleur pouvait bénéficier d'un congé le dimanche et le lundi, il aura droit à ces mêmes congés après le renouvellement.

²⁰⁷ *Idem*, N 13.

²⁰⁸ *Ibidem* ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, art. 334 CO, N 22.

²⁰⁹ Loi fédérale du 25 juin 1971, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972.

²¹⁰ FF 1967 II 383.

²¹¹ WYLER/MARTIN, p. 437.

La question de la protection de la personnalité du travailleur ne soulève pas de problèmes particuliers sur le renouvellement, car il s'agit d'une obligation de l'employeur dont la portée est claire et qui subsiste pendant toute la durée des rapports de travail. 248

Les **vacances** restent dues au travailleur. Les conditions du contrat initialement stipulé restant inchangées, le nombre de semaines de vacances demeure identique pour la suite²¹². Si le travailleur n'a pas pu prendre l'ensemble des vacances auxquelles il avait droit, il y a report des vacances²¹³. 249

Le travailleur doit en quelque sorte bénéficier des avantages liés à la période écoulée pendant laquelle il a apporté ses services. 250

Le délai de congé. Le temps passé sous l'empire du contrat primitif sera pris en compte en cas de notification d'un congé ordinaire²¹⁴. Cette conséquence découle de la présomption que le rapport de travail n'a pas pris fin pour recommencer subitement après, mais il est simplement prolongé pour une durée indéterminée. 251

L'indemnité de départ constitue un autre avantage dont le travailleur doit bénéficier si les conditions sont remplies²¹⁵. Elle est calculée en tenant compte des années de service. Le salarié doit pouvoir additionner les années passées au service de l'employeur. 252

4. Le renouvellement par accord exprès

Le renouvellement des rapports de travail peut avoir lieu par un accord exprès entre les parties. Cet accord se manifeste généralement par la demande de l'une des parties de prolonger le contrat et par l'acceptation de l'autre. 253

L'accord ne doit porter que sur la volonté de renouveler. Il ne faut pas nécessairement convenir une nouvelle fois de tous les éléments du contrat. Ces derniers ne changeront pas, dans la mesure où la seule modification porte sur la durée du contrat. 254

Les parties peuvent renouveler leur rapport tout en apportant des changements. *Quid* en cas de changement du salaire? Dans le contrat de travail, la prestation caractéristique est celle du travailleur. De ce fait, une modification du salaire ne conduit pas à la conclusion d'un nouveau contrat²¹⁶. En tout état de cause, un tel 255

²¹² À noter que certaines entreprises établissent un règlement interne aux termes duquel, après un certain nombre d'années, le travailleur pourra bénéficier d'un plus grand nombre de semaines de vacances. Le renouvellement du contrat de travail peut impliquer des conséquences en matière de vacances si les conditions contenues dans le règlement sont réunies.

²¹³ Le droit aux vacances de l'année de service courante ne se périment pas lorsque le travailleur ne l'a pas exercé dans l'année qui suit (ATF 130 III 19 c. 3.2.).

²¹⁴ Cf. aussi GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, N 546 : « [...] die Dauer des vorangehenden, befristetes Arbeitsverhältnisses [wird] angerechnet » ; WYLER/MARTIN, p. 438.

²¹⁵ Art. 339b CO ; WYLER/MARTIN, p. 438.

²¹⁶ Dans le même sens, WYLER/MARTIN, p. 438.

changement n'est pas susceptible de dénaturer le contrat. Un renouvellement accompagné d'un **changement du taux horaire** n'implique pas non plus la conclusion d'un nouveau contrat. Lors même que la prestation caractéristique est modifiée, le changement ne porte pas atteinte à l'intégrité du contrat.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

- 256 Les conséquences du renouvellement par accord exprès ne sont pas fondamentalement différentes de celles se rapportant au renouvellement tacite (*cf. supra* ¶¶ 240 *et seq.*). Le contrat initialement conclu ne prend pas fin. Par conséquent, les droits et obligations des parties demeurent inchangés pendant la période faisant l'objet du renouvellement. Ce qui diffère ici, c'est le mode par lequel les parties décident de continuer l'exécution du contrat. L'employeur et le travailleur ayant dans ce cas manifesté leur volonté de façon explicite et non pas de manière tacite.
- 257 Nous avons conclu que, suivant la règle du changement fondamental, un changement du salaire ainsi qu'une modification du taux horaire ne conduisent pas à la conclusion d'un nouveau contrat. Ainsi, tous les avantages que le travailleur acquiert avec l'écoulement du temps ne sont pas perdus. Cela étant, s'il devait y avoir un cas dans lequel le contrat serait fondamentalement changé et que, donc, un nouveau est conclu, il paraît douteux, à notre sens, que le salarié perde ces avantages. La loi rattache certaines conséquences, généralement favorables au salarié, en fonction des « **années de service** » (« *Dienstjahr* » ; « *anno di servizio* »)²¹⁷ ou de la durée des « **rappports de travail** » (« *Arbeitsverhältnis* » ; « *rappporto di lavoro* »)²¹⁸. La formule n'est pas limitée à la durée d'un certain contrat²¹⁹. À notre avis, le but de protection du travailleur serait par conséquent respecté.
- 258 **L'art. 334 al. 2 CO appliqué dans le cadre d'un renouvellement par accord exprès.** Lorsque les parties s'accordent sur la prolongation de leur rapport contractuel sans en préciser la durée, il convient d'appliquer par analogie la conséquence de l'art. 334 al. 2 CO prévoyant que le contrat sera réputé renouvelé pour une durée indéterminée. Cette présomption peut être renversée avec la preuve que les parties voulaient renouveler le contrat de travail pour une période déterminée.

6. Cas limites

- 259 **Contrat de mandat versus contrat de travail.** *Quid* si l'employeur appelle le travailleur une fois que le contrat est échu pour effectuer un service ponctuel ? Il

²¹⁷ *Cf.* art. 324a al. 2 CO ; 328a al. 2 CO ; art. 335c CO ; art. 336c CO.

²¹⁸ *Cf.* art. 324a al. 1 CO.

²¹⁹ En relation avec les contrats successifs, *cf.* CR-CO-I-AUBERT, art. 335 CO, N 6 ; *cf.* aussi CR-CO-I-AUBERT, art. 335c CO, N 1.

n'existe aucune réponse générale. Il est nécessaire de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce.

Le contrat de travail se distingue des autres types de contrat par le rapport de subordination auquel le travailleur est soumis²²⁰. Si, par exemple, l'ancien employeur appelle un ancien employé informaticien pour la résolution ponctuelle d'un problème lié au système d'exploitation informatique de l'entreprise, il conviendra probablement de traiter ce rapport comme un mandat. 260

Dans l'hypothèse où une personne qui travaillait sur un chantier dont les constructions se sont achevées et qui serait appelée pour un autre chantier, la conclusion devrait être différente. En effet, on admet que les travaux sur un chantier sont fortement hiérarchisés. Le rapport de subordination serait pour le travailleur évident. L'appréciation doit donc porter sur l'éventuelle indépendance dont la personne appelée à se rendre chez son ancien employeur pourrait bénéficier. 261

La reprise des rapports de travail. Une question délicate se présente lorsque les parties reprennent l'exécution du contrat de travail échu depuis un certain temps. Dans la mesure où les parties ne se sont pas accordées sur des points spécifiques, l'application du principe de la confiance²²¹ commande en principe que l'on transpose les conditions du contrat primitif à cette (nouvelle ?) relation juridique. Faut-il admettre que le contrat était suspendu et que son exécution a été reprise à un moment ultérieur ? Dans tous les cas, en ce qui concerne l'indemnité de départ, la période pendant laquelle les parties ont exécuté le contrat ne sera pas prise en considération, dans la mesure où l'indemnité aurait déjà été versée au travailleur. 262

Quid des autres facteurs liés à l'écoulement du temps ? Il faut admettre que la réponse n'est pas aisée en termes généraux. Existe-t-il un temps maximal déterminé après lequel la reprise de l'exécution par les parties comporterait automatiquement la conclusion d'un nouveau contrat ? Non à l'évidence, mais le facteur temporel constitue un élément important en termes d'appréciation. Dans un arrêt²²², le Tribunal fédéral a considéré que des interruptions de courte durée ne portent, en principe, pas atteinte à l'intégrité du contrat. Lorsqu'une interruption n'est plus de courte durée, on présumera alors la conclusion d'un nouveau contrat de travail²²³. En tout état de cause, ce qui est déterminant c'est la volonté des parties soit de donner suite à l'ancien contrat, soit d'en conclure un nouveau²²⁴. Parmi les éléments pris en compte, les juges 263

²²⁰ À ce sujet, cf. CR-CO-I-AUBERT, art. 319 CO, N 7 ; cf. également AUBERT, Quatre cents arrêts, N 1 à 35 où l'auteur propose des résumés de jurisprudence portant, entre autres, sur l'appréciation du rapport de subordination auquel le travailleur est soumis.

²²¹ En vertu du principe de la confiance, il faut rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi par une partie en fonction de l'ensemble des circonstances (TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 196 ; ATF 135 III 410, c. 3.2. ; 133 III 675, c. 3.3., JdT 2008 I 508 ; 131 III 606, c. 4.1, JdT 2006 I 126 ; 131 III 280, c. 3.1., SJ 2005 I 512 ; 130 III 417, c. 3.2., JdT 2004 I 268, SJ 2004 I 533 ; 129 III 118, c. 2.5., JdT 2003 I 144).

²²² ATF 112 II 51.

²²³ ATF 112 II 51, c. 3.a.aa.

²²⁴ *Ibidem* ; cf. aussi TF 4C.62/2001, arrêt du 8 juin 2001, c. 3.

fédéraux ont considéré que la société dans laquelle l'employée a travaillé était « une entreprise relativement petite caractérisée par des liens personnels étroits entre l'employeur et les travailleurs », et que les « rapports étaient suffisamment étroits pour qu'elles n'aient alors pas estimé utile de fixer par écrit les nouvelles conditions de travail »²²⁵. Il est en outre intéressant de noter que le Tribunal fédéral a retenu dans un *obiter dictum* qu'« en soi une réadaptation des conditions de travail et de rémunération » ne ferait pas opposition à la continuation de l'ancien rapport de travail²²⁶. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'une interruption de quatre ans n'avait pas porté atteinte à l'intégrité du contrat.

- 264 Les principes dégagés de cette jurisprudence ont été confirmés dans un autre arrêt²²⁷. Dans ce cas, le Tribunal fédéral avait jugé qu'une reprise du même poste par le travailleur après une interruption de deux mois ne portait pas atteinte à l'intégrité du contrat. Il a en outre pris en considération les éléments suivants : la société que le travailleur avait quittée pendant deux mois était une petite entreprise dans laquelle les relations entre employeur et employé sont étroites ; aucun contrat écrit n'a été signé lors de la reprise du travail par l'employé ; en 1971, année lors de laquelle l'employé a repris le travail auprès de son ancien employeur, il pouvait officiellement fêter le jubilé des dix ans de travail ; la fondation de prévoyance du personnel de l'employeur n'avait pas établi un décompte de sortie fin octobre 1970, date de sortie de l'employé, et a reconduit le même compte de l'employé le 1^{er} janvier 1971, date de reprise du poste²²⁸.

7. Les contrats successifs

- 265 En matière de contrats successifs, il convient d'appliquer les règles concernant les contrats dits « en chaîne »²²⁹. Les parties sont, en principe, libres de prolonger leur relation de travail par la conclusion d'un nouveau (même) contrat de durée déterminée.
- 266 Les contrats successifs ne sont pas contraires à la loi dans leur principe. Cependant, la jurisprudence a posé une règle pour apprécier leur conformité à l'ordre juridique. Les contrats successifs ne sont pas critiquables, dans la mesure où la durée déterminée se justifie par une raison objective autre que celle d'éviter l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail²³⁰.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ ATF 115 V 111, c. 3.d.bb.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Sur la question des contrats de bail successifs, cf. *supra* ¶¶ 165 et seq.

²³⁰ ATF 119 V 46, c. 1.c. ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, N 105 et seq. ; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 5^e éd., art. 334 CO, N 7 ; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 10^e éd., p. 106 ;

Si la conclusion de contrats successifs est jugée abusive, la série de contrats peut être considérée par le juge comme un seul unique contrat de durée déterminée²³¹. 267

S'il n'existe aucun motif pertinent qui justifierait la conclusion de plusieurs contrats séparés, le juge peut en faire abstraction et considérer le rapport de travail comme étant conclu pour une durée indéterminée²³². L'objectif est celui d'empêcher que l'employeur puisse éluder des dispositions légales ou des règles découlant d'une convention collective en stipulant une série de contrats identiques, notamment pour agir au détriment du travailleur, par exemple en ce qui concerne la prévoyance professionnelle obligatoire. 268

8. Droit comparé

Comme en matière de contrat de bail à loyer, nous analyserons les mécanismes de renouvellement prévus par les législations allemande, française et italienne. 269

La directive 1999/70/CE. Avant d'énumérer les différents articles de loi, il convient de s'arrêter sur une directive européenne qui a posé plusieurs principes en matière de droit du travail. Il s'agit, plus particulièrement, de la directive 1999/70/CE²³³. Cette directive vise l'harmonisation des législations nationales en matière de contrats à durée déterminée²³⁴ et pose des règles et principes que les États membres de la communauté européenne sont tenus d'incorporer dans leurs droits respectifs. 270

La directive ne traite pas du renouvellement en général des rapports de travail de durée déterminée, mais pose néanmoins une règle intéressante en matière de contrats conclus successivement (*cf.* en droit suisse *supra* ¶¶ 265 et *seq.*). 271

La clause 5 de la directive a la teneur suivante : 272

BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, art. 334 CO, N 6 ; BRENDER, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, p. 35 et *seq.*, 110 et *seq.* ; *cf.* aussi WYLER/MARTIN, p. 438.

²³¹ ATF 119 V 46, c. 1.c.

²³² ATF 129 III 618, c. 6.2 ; 119 V 46, c. 1.c. ; 101 Ia 463, 465, JdT 1977 I 553 ; TF 4C.22/2000, arrêt du 27 juin 2000. En doctrine *cf.* PORTMANN, BaKomm OR I, art. 334, N 8 ; CR-CO-I-AUBERT, art. 334 CO, N 6 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, art. 334 CO, N 7 ; ZK-STAEHELIN/VISCHER, art. 334 CO, N 5 ; BK-REHBINDER, art. 334 CO, N 13.

²³³ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (Journal Officiel n° L 175 du 10.07.1999 p. 0043 – 0048).

²³⁴ Le champ d'application de la directive est défini à l'art. 2 :

Clause 2 (Champ d'application)

1. *Le présent accord s'applique aux travailleurs à durée déterminée ayant un contrat ou une relation de travail défini par la législation, les conventions collectives ou les pratiques en vigueur dans chaque État membre.*
2. *Les États membres, après consultation des partenaires sociaux, et/ou les partenaires sociaux peuvent prévoir que le présent accord ne s'applique pas :*
 - a) *aux relations de formation professionnelle initiale et d'apprentissage ;*
 - b) *aux contrats ou relations de travail conclus dans le cadre d'un programme de formation, insertion et reconversion professionnelles public spécifique ou soutenu par les pouvoirs publics.*

Clause 5 (Mesures visant à prévenir l'utilisation abusive)

1. Afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas de mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes :

- a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ;
- b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;
- c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.

2. Les États membres, après consultation des partenaires sociaux et/ou les partenaires sociaux, lorsque c'est approprié, déterminent sous quelles conditions les contrats ou relations de travail à durée déterminée :

- a) sont considérés comme « successifs » ;
- b) sont réputés conclus pour une durée indéterminée.

273 La législation allemande. En droit allemand, le droit du travail est réglé aux § 611 et seq. BGB. La reconduction tacite (« *Stillschweigende Verlängerung* ») est traitée au § 625 BGB qui a la teneur suivante²³⁵ :

§ 625 (Stillschweigende Verlängerung)

Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablauf der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht.

274 Les conditions. Le § 625 BGB pose une présomption irréfragable²³⁶ dans la mesure où les quatre conditions suivantes sont remplies²³⁷. *Premièrement*, le contrat est parvenu à

²³⁵ À noter que cette même règle est contenue au § 15 al. 5 TzBfG. Cette loi spéciale sera traitée ci-dessous (cf. *infra* ¶ 277).

²³⁶ BAMBERGER/ROTH/FUCHS, Band 2, § 625, N 8.

son échéance²³⁸. *Deuxièmement*, le travailleur poursuit son activité de service envers son employeur²³⁹. *Troisièmement*, l'employeur doit être en connaissance de cause²⁴⁰. *Quatrièmement*, aucune partie n'a immédiatement (« *unverzüglich* ») manifesté la volonté de ne pas poursuivre la relation contractuelle²⁴¹. Une telle manifestation qui aurait lieu une semaine après l'échéance du contrat est en règle générale considérée comme n'étant pas immédiate²⁴².

Les conséquences. Si les conditions sont remplies, le contrat se transforme en contrat de travail de durée indéterminée. Il n'y a pas de conclusion tacite d'un nouveau contrat, mais une modification de la clause de durée du contrat primitif. Les clauses restent inchangées²⁴³. 275

Le droit allemand est fondamentalement identique au droit suisse en matière de renouvellement tacite du contrat de travail (*cf. supra* ¶ 232). Le législateur allemand a expressément précisé la condition de l'absence de manifestation de volonté contraire au renouvellement. L'art. 334 al. 2 CO est muet sur ce point. Nous avons considéré que, même s'il ne s'agit pas d'une condition explicite de l'art. 334 al. 2 CO, l'employeur est néanmoins tenu d'informer le travailleur s'il ne souhaite pas que le contrat soit tacitement renouvelé (*cf. supra* ¶ 235). Pour le surplus, le droit suisse et le droit allemand sont équivalents. 276

Les contrats successifs. En matière de lutte contre les contrats successifs, l'Allemagne dispose d'une loi spécifique : le *Teilzeit- und Befristungsgesetz* (TzBfG)²⁴⁴. Le § 14 TzBfG traite des limites au recours à des contrats de durée déterminée. Il s'agit d'une longue disposition qu'il n'est pas question de proposer *verbatim*. Il suffit de préciser qu'elle prévoit l'interdiction de contrats successifs sans un motif pertinent (« *sachlicher Grund* »). En principe, les contrats ne peuvent pas être conclus pour une durée déterminée supérieure à deux ans. De plus, cette durée peut résulter de l'accord des parties, ainsi que de trois renouvellements au plus. 277

La conséquence liée au non-respect de la réglementation en matière de contrats conclus pour une durée déterminée est contenue au § 16 TzBfG. En particulier, le contrat de durée déterminée sera désormais considéré comme étant conclu pour une durée indéterminée. 278

Contrairement au droit suisse, le droit allemand règle les limites des contrats de durée déterminée. La directive 1999/70/CE est certainement respectée (*cf. supra* ¶¶ 270 et 279

²³⁷ HK-BGB/SCHREIBER, § 625, N 1 *et seq.*

²³⁸ *Idem*, N 3.

²³⁹ *Idem*, N 4.

²⁴⁰ *Idem*, N 5.

²⁴¹ *Idem*, N 6.

²⁴² BAMBERGER/ROTH/FUCHS, Band 2, § 625, N 7.

²⁴³ *Idem*, N 8.

²⁴⁴ *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* (BGBI. I, p. 1966), tel que modifié par la Loi du 24 décembre 2003 (BGBI. I, p. 3002).

seq.). Le droit suisse pourrait s'inspirer du droit européen et légiférer en la matière pour que la question des contrats successifs ne soit pas exclusivement réglée par le droit prétorien.

- 280 La législation française.** Le droit français du travail a fait l'objet d'une refonte intégrale qui a abouti, en 2008, à l'entrée en vigueur d'un nouveau Code du travail. La règle sur le renouvellement tacite du contrat de travail est contenue à l'art. L1243-11 du Code du travail et dont la teneur est la suivante :

Art. L1243-11

Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée.

Le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée.

La durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail.

- 281** Le contrat tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée²⁴⁵. La solution est donc identique, comparée à celle du droit allemand (*cf. supra* ¶¶ 273 *et seq.*) et du droit italien (*cf. infra* ¶¶ 285 *et seq.*). Comme en droit suisse, l'art. L1243-11 ne précise pas à partir de quel moment le contrat doit être réputé renouvelé.
- 282** La terminologie utilisée par le droit français n'est pas des plus claires en ce qui concerne la présence ou non d'un nouveau contrat en cas de reconduction tacite. Le terme *devient* n'apporte pas une solution nette. La doctrine semble néanmoins avoir tranché : la continuation de la relation contractuelle doit être considérée comme un nouveau contrat succédant immédiatement au précédent²⁴⁶. S'agissant des clauses du nouveau contrat, la jurisprudence française a précisé que les conditions du contrat demeurent inchangées²⁴⁷.
- 283 Les contrats successifs.** En matière de contrats successifs, l'art. L1244-3 du Code du travail prévoit que l'employeur ne peut réengager le salarié à un même poste qu'après l'écoulement d'un délai de carence. Ce délai correspond au tiers ou à la moitié de la durée du contrat qui vient d'arriver à échéance, selon que le contrat ait duré moins ou plus de quatorze jours respectivement²⁴⁸. Cette norme prévoit la prohibition pour l'employeur de réengager le même salarié pour le même poste²⁴⁹. Un tel agissement

²⁴⁵ PELISSIER/SUPIOT/JEMMAUD, N 331.

²⁴⁶ BOUSEZ, N 124, p. 17.

²⁴⁷ Cass. soc. (fr.), 5 janvier 1995, JCP 95, éd. E, II, 670.

²⁴⁸ PELISSIER/SUPIOT/JEMMAUD, N 332.

²⁴⁹ Il existe néanmoins des exceptions à la règle, *ibidem*.

impliquerait la fiction de conclusion d'un contrat de durée indéterminée en vertu de l'art. L1245-1 du Code du travail²⁵⁰.

En conclusion, le droit français prévoit une règle similaire au droit suisse en matière de renouvellement tacite. En particulier, aucun élément n'est donné pour déterminer à partir de quel moment le contrat doit être réputé renouvelé, contrairement au droit italien (cf. *infra* ¶¶ 287 et seq.). En revanche, alors que le droit suisse ne connaît aucune règle précise concernant les contrats successifs, le droit français, en application de la directive 1999/70/CE (cf. *supra* ¶¶ 270 et seq.), connaît une disposition protégeant le travailleur. 284

La législation italienne. En droit italien, contrairement au droit allemand, le contrat de travail n'est pas intégralement réglé dans le *Codice civile*. La directive 1999/70/CE a été concrétisée par le d. lg. 368/2001²⁵¹. Ce dernier prévoit, à son article 5, la règle en matière de renouvellement et de contrats successifs. L'article 5 a la teneur suivante : 285

Art. 5 (Scadenza del termine e sanzioni, Successione di contratti)

1. Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.

3. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato.

4. Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione

²⁵⁰ En droit italien, cf. *infra* ¶¶ 290 et seq.

²⁵¹ D. lg. du 6 septembre 2001, n° 368 (*Gazzetta Ufficiale* n° 235 du 9 octobre 2001) : « *Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES* », tel que modifié par la loi du 23 décembre 2005, n° 266 (*Gazzetta Ufficiale* n° 302 du 29 décembre 2005, supplément ordinaire n° 211).

di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.

4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

4-ter. Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

4-quater. Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine.

4-quinquies. Il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso

datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

4-sexies. Il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Sans prétendre un commentaire exhaustif sur cet article, nous analyserons notamment 286
(i) le renouvellement tacite et (ii) le traitement des contrats successifs.

Le renouvellement tacite. En matière de renouvellement tacite, le droit italien 287
distingue deux hypothèses. Dans la première, le contrat de durée déterminée est d'une durée équivalente ou inférieure à six mois ; dans le second, le contrat a duré plus. Si le contrat a duré six mois au plus, il sera réputé de durée indéterminée, si le rapport de travail continue au-delà du vingtième jour ; dans les autres cas, la conséquence est identique, mais la « période de transition » est supérieure, soit de trente jours. Le contrat devient à durée indéterminée à partir de l'échéance des termes mentionnés²⁵². La règle tend à éviter la stabilisation du rapport de travail précaire en cas d'une courte continuation de la part du travailleur²⁵³. Et ce, d'autant plus si la continuation résulte d'une inadvertance de la part de l'employeur ou en cas d'erreurs en matière d'organisation²⁵⁴. Selon la doctrine italienne majoritaire, une simple continuation du rapport du travailleur à l'insu de l'employeur ou contre sa volonté n'est pas suffisante, dans la mesure où elle n'est pas le fruit de la volonté des parties²⁵⁵.

En droit suisse, un travailleur peut voir son contrat réputé tacitement renouvelé 288
même si son employeur n'est pas informé de sa continuation, mais aurait dû l'être. Le travailleur doit cependant être de bonne foi. En revanche, en droit suisse comme en droit italien, il n'y aura pas de renouvellement du contrat si l'employeur a explicitement manifesté sa volonté de cesser les rapports de travail conformément au contrat. La volonté des parties demeure déterminante.

La doctrine italienne considère que le contrat tacitement prolongé devient un contrat 289
de durée indéterminée ; les parties sont donc en présence d'un seul contrat²⁵⁶.

Les contrats successifs. En matière de contrats successifs, trois règles méritent d'être 290
évoquées. L'alinéa trois prévoit que si le travailleur est réengagé sur la base d'un contrat de durée déterminée dans les dix à vingt jours respectivement en fonction de la durée du premier contrat (inférieure ou supérieure à six mois), le second contrat est

²⁵² Art. 5 al. 2 *in fine* d. lg. 368/2001.

²⁵³ SITZIA, Il contratto di lavoro a tempo determinato, N 9.1, p. 45.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem* et les renvois vers la doctrine et jurisprudence. Ce point de vue crée des débats entre la vision rigoriste et celle qui permet de mieux tenir compte des intérêts du travailleur.

²⁵⁶ SITZIA, Il contratto di lavoro a tempo determinato, N 9.1, p. 46. L'auteur parle en principe de « *conversione a tempo indeterminato* ».

considéré comme étant de durée indéterminée. Cette conversion est liée à une présomption absolue de fraude à la loi en cas de réengagements dans un intervalle très court²⁵⁷.

- 291 L'alinéa 4 concrétise l'alinéa 2 de la clause 5 de la directive 1999/70/CE. Les contrats sont considérés successifs lorsque l'engagement est fait « *senza alcuna soluzione di continuità* », c'est-à-dire sans qu'il y ait eu interruption. Dans cette hypothèse, le rapport de travail est réputé conclu pour une durée indéterminée à partir de la conclusion du premier contrat.
- 292 L'aliéna 4-bis a été introduit pour la mise en œuvre complète de la directive, car avant l'introduction de cet alinéa, il était possible pour l'employeur d'éviter facilement la loi en réengageant le travailleur après les termes mentionnés ci-dessus. Ce nouveau paragraphe prévoit désormais que, si les relations entre un même employeur et travailleur se prolongent au-delà de 36 mois, interruptions et renouvellements inclus, le contrat est réputé de durée indéterminée selon l'alinéa 2, à condition que le travailleur ait toujours effectué les mêmes tâches.
- 293 La doctrine remarque, à juste titre, que le mécanisme établi par le législateur peut se retourner contre le travailleur lui-même. En effet, ce dernier court le risque de ne pas voir son contrat renouvelé par l'employeur avant l'échéance des 36 mois, pour éviter justement la transformation du contrat²⁵⁸.
- 294 En conclusion, le droit italien laisse une très faible marge de manœuvre au juge. Les hypothèses dans lesquelles les contrats sont réputés conclus pour une durée indéterminée sont relativement bien définies.
- 295 **Conclusion.** En cas de renouvellement tacite, les droits allemand, français et italien prévoient tous que le contrat de travail devient un contrat de durée indéterminée. Certains droits disposent que les parties ont tacitement conclu un nouveau contrat et d'autres partent du principe qu'il y a seulement un contrat modifié.
- 296 Alors qu'en matière de renouvellement tacite du contrat de bail le droit allemand pose une règle servant à déterminer à partir de quel moment le contrat se transforme²⁵⁹, en matière de contrat de travail c'est le droit italien qui connaît une telle règle. Le droit italien pose un délai de vingt à trente jours en fonction de la durée du contrat primitif. Instaurer des délais différents suivant la durée du contrat est particulièrement judicieux. La prise en compte de la durée du contrat serait également souhaitable en droit suisse (cf. *supra* ¶ 239).

²⁵⁷ *Idem*, N 9.2, p. 46.

²⁵⁸ SANTORO PASSARELLI, Il rapporto di lavoro subordinato, p. 1102 : « [e] tuttavia non si può fare a meno di sottolineare che il meccanismo predisposto dal legislatore può ritorcersi contro lo stesso lavoratore perché prima della scadenza dei 36 mesi corre il serio rischio di non vedersi rinnovato il contratto di lavoro, sia pure a termine con lo stesso datore di lavoro ».

²⁵⁹ Le droit allemand prévoit un délai de deux semaines dans lequel le bailleur et le locataire doivent se manifester s'ils ne désirent pas que le contrat soit modifié par la loi en devenant un contrat de durée indéterminée. Sur ce point cf. *supra* ¶¶ 186 et seq.

Section IV: Le contrat d'agence

1. Introduction

Le contrat d'agence est une institution apparentée au mandat et réglé aux art. 418a à 418v CO. L'agent est celui qui s'engage à titre permanent à négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants (agent négociateur) ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte (agent stipulateur), sans être lié par un contrat de travail²⁶⁰. Contrairement au travailleur, l'agent jouit d'une totale indépendance quant à son organisation du temps et de ses modalités de travail²⁶¹. En cas de doute portant sur la qualification de l'agent, la loi présume que l'agent a seulement le pouvoir de négocier les affaires²⁶². **297**

L'agent doit veiller aux intérêts du mandant avec la diligence requise d'un bon commerçant²⁶³. Ce dernier terme a été repris du droit allemand, mais il est superflu, car le droit privé suisse ne fait pas de distinction entre droit civil et droit commercial²⁶⁴. Il convient, donc, de faire référence à la bonne et fidèle exécution. **298**

L'agent est rémunéré moyennant une provision qui correspond à un pourcentage calculé sur le montant facturé au client. Il peut également assumer le risque de répondre du paiement ou de l'exécution d'autres obligations incombant à ses clients ou celui de supporter tout ou partie des frais de recouvrement des créances²⁶⁵. Cela n'est valable que si une convention dans ce sens a été passée en la forme écrite. La conséquence d'une telle charge sur l'agent prend la forme d'une rémunération spéciale que l'on appelle *ducroire* (*delcredere*). **299**

L'agent ne peut pas divulguer les secrets d'affaires du mandant, et cela même après la fin du contrat ; la prolongation du contrat n'a donc ici aucune incidence²⁶⁶. **300**

Le mandant doit rémunérer l'agent et, d'une manière générale, doit faire tout ce qu'il peut pour donner la possibilité à l'agent d'exercer son activité avec succès²⁶⁷. La formulation laisse une marge d'interprétation particulièrement large. **301**

²⁶⁰ Art. 418a al. 1 CO.

²⁶¹ Pour une analyse plus détaillée cf. TERCIER/FAVRE, N 5714 ; HUGUENIN, BT, N 985-986. La caractéristique de l'indépendance était déjà soulevée dans le Message du Conseil fédéral : « [...] l'assimilation des agents et des voyageurs de commerce est impossible du fait qu'un élément important les distingue les uns des autres, à savoir l'indépendance [...] » (FF 1947 III 682).

²⁶² Art. 418e al. 1 CO.

²⁶³ Art. 418c al. 1 CO.

²⁶⁴ ENGEL, Contrats, p. 543.

²⁶⁵ Art. 418c al. 3 CO.

²⁶⁶ Art. 418d al. 1 CO.

²⁶⁷ Art. 418f al. 1 CO.

2. Le renouvellement tacite

302 L'art. 418p al. 2 CO a la teneur suivante :

Si le contrat fait pour une durée déterminée est tacitement prolongé de part et d'autre, il est réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus.

303 Pour que les conséquences liées à l'art. 418p al. 2 CO puissent déployer leurs effets, il faut tout d'abord que l'on soit en présence d'un contrat conclu pour une durée déterminée.

304 **Un contrat d'agence est réputé de durée déterminée dans deux cas.** Dans le premier, les parties peuvent avoir convenu la durée de manière précise en années, mois ou semaines. La durée peut aussi être fixée de manière indirecte en appréciant le but du contrat²⁶⁸. Ainsi, si l'agent a été engagé pour la négociation ou la stipulation d'une série d'affaires déterminées, le contrat prendra fin dès le moment où l'agent aura négocié ou stipulé l'affaire en question.

305 En matière de contrats de travail (art. 334 al. 2 CO), de bail à loyer et à ferme (art. 266 al. 2 et 295 al. 2 CO) et de bail à ferme agricole (art. 8 al. 1 lit. b LBFA), la loi utilise les termes *reconduire* et *tacitement*. L'art. 418p al. 2 CO utilise les mots *tacitement prolongé*. Prolonger et reconduire sont synonymes dans ce contexte.

306 **Une prolongation faite « de part et d'autre ».** Contrairement aux contrats analysés précédemment, la règle consacrée au renouvellement du contrat d'agence précise que la prolongation tacite doit être faite *de part et d'autre*. À la première lecture, on pourrait se demander la raison d'une telle formulation. Pour qu'il y ait renouvellement, les deux parties doivent conclure un accord dans ce sens²⁶⁹. Le juge pourra également conclure à un tel accord sur la base du principe de la confiance, qui aboutit à l'imputation à une partie du sens objectif de son comportement, ne correspondant pas nécessairement à sa volonté réelle. Dans un litige portant sur le renouvellement tacite d'un contrat d'agence, le Tribunal fédéral a rappelé la démarche classique qui consiste à chercher d'abord la réelle et commune intention des parties et, à défaut, à appliquer le principe de la confiance (art. 18 CO)²⁷⁰. Les termes *de part et d'autre* sont superflus en ce sens que la reconduction tacite est nécessairement une opération qui vient d'une part et d'autre, car il faut un accord qui est, dans ce cas, tacite et inféré des circonstances²⁷¹. Ainsi, le contrat sera réputé renouvelé si, après l'échéance contractuelle, l'agent continue de prester et le mandant paie les provisions. Le contrat

²⁶⁸ Art. 418p al. 1 CO.

²⁶⁹ Cf. *supra* ¶ 34.

²⁷⁰ TF 4C.277/2001, arrêt du 4 février 2002.

²⁷¹ Cf. *supra* ¶¶ 36-37.

d'agence pourra aussi être considéré renouvelé avant le paiement de la provision, notamment si le mandant sait ou est supposé savoir que l'agent poursuit son activité et qu'il ne s'y oppose pas.

D'une part, l'art. 418p al. 1 CO prévoit qu'un congé n'est pas nécessaire si le contrat a été conclu pour une durée déterminée *ou* si la durée résulte de son but ; d'autre part, l'alinéa 2 rattache des conséquences à la prolongation tacite en cas de *contrat fait pour une durée déterminée*. Si l'on s'arrête à la lettre de la loi, faut-il partir du principe qu'un contrat dont la durée résulte de son but ne se prête pas à l'application de l'art. 418p al. 2 CO ? 307

Un argument qui plaide contre l'application de la règle du renouvellement tacite en cas de contrat dont la durée résulte du but est le suivant : si le contrat d'agence porte sur la stipulation d'un nombre d'affaires déterminées, il serait *a priori* impossible de prolonger tacitement le contrat une fois que l'ensemble des affaires ont été conclues. 308

Si le contrat d'agence prévoit l'obligation pour l'agent de négocier la conclusion d'une série de contrats, comme par exemple la vente de tous les biens mobiliers dans un dépôt et, une fois que l'opération a été menée à terme, l'agent entame une nouvelle négociation pour la vente de biens dans un autre dépôt appartenant au mandant, le sort du contrat n'est pas immédiatement clair. Soit l'on considère que le contrat initialement conclu est prolongé et modifié dans le sens où l'agent pourra désormais négocier d'autres affaires ayant pour objet la vente des biens présents dans d'autres dépôts, soit l'on estime qu'un nouveau contrat est conclu. Nous verrons, par la suite, que cette nuance comporte des conséquences en cas de commandes supplémentaires et par conséquent sur le droit de l'agent à la provision (*cf. infra* ¶¶ 313 *et seq.*), sur le droit à une indemnité en cas d'empêchement de travailler (*cf. infra* ¶¶ 315 *et seq.*) et sur le droit à l'indemnité de clientèle (*cf. infra* ¶¶ 316 *et seq.*). 309

Selon nous, en cas de « renouvellement » d'un contrat d'agence dont la durée résulte de son but, il y a conclusion d'un nouveau contrat. Les parties ont visé des opérations spécifiques. La nouvelle activité de l'agent constitue un changement de la prestation caractéristique, propre à dénaturer le contrat ; un nouveau contrat est donc conclu. De plus, dans un tel cas, le fait de prêter met fin au contrat. Selon nous, il s'agit, dès lors, d'un contrat non renouvelable²⁷². 310

L'art. 418p al. 3 CO. Selon cet article, « [l]orsque la résiliation est subordonnée à un congé préalable, le contrat est réputé renouvelé si aucune des parties n'a donné congé ». Dans ce cas, l'inactivité des parties donne lieu au renouvellement du contrat. Il s'agit donc en réalité d'un cas de renouvellement automatique²⁷³. 311

²⁷² Cf. aussi *supra* ¶ 25.

²⁷³ Dans le même sens, MAISSEN, N 62 : « [...] eine "automatische" Vertragsverlängerung [...] ». Cf. aussi *supra* ¶ 30.

3. Conséquences du renouvellement tacite

- 312** Les conséquences liées au renouvellement tacite du contrat d'agence se distinguent de celles liées au contrat de travail et au contrat de bail à loyer. En effet, l'art. 418p al. 2 CO dispose qu'en cas de prolongation tacite, le contrat est réputé renouvelé pour la même période, mais au maximum pour une année. Il n'y a pas de conclusion d'un nouveau contrat, mais prolongation du contrat primitif²⁷⁴. À notre sens, l'art. 418p al. 2 CO constitue une **présomption réfragable**. Les parties peuvent donc apporter la preuve qu'elles entendent renouveler le contrat pour une période différente.
- 313 Le droit à la provision de l'agent.** La conséquence la plus importante se rapporte au droit à la provision de l'agent. L'art. 418t al. 1 CO prévoit que, à défaut de convention ou usage contraire, l'agent a droit à une provision pour les commandes supplémentaires des clients qu'il a procurés pendant la durée du contrat seulement dans la mesure où la commande a été passée avant la fin du contrat.
- 314** Nous avons évoqué l'exemple d'un contrat prévoyant l'engagement d'un agent pour une durée résultant de son but (*cf. supra* ¶ 309). Si l'agent poursuit ses activités avec d'autres affaires analogues et que le mandant est d'accord, nous avons conclu qu'il convient de considérer le contrat initialement conclu comme étant échu. Un nouveau contrat est tacitement conclu²⁷⁵. En conséquence, si le client procuré pendant la négociation ou la stipulation de l'affaire indiquée dans le contrat initialement conclu passe une commande supplémentaire alors que l'agent « poursuit » son activité avec d'autres clients, il n'aura pas droit à la provision qui découle de cette commande. Le contrat à la base d'un tel droit a pris fin. Les parties ont entendu négocier un contrat pour un but déterminé, l'objet du contrat ne saurait être élargi à la légère.
- 315 L'empêchement de travailler de la part de l'agent.** La rémunération équitable à laquelle l'agent a droit en cas d'empêchement de travailler sans sa faute n'est due que si le contrat dure depuis une année au moins et que si l'agent s'est engagé à ne travailler que pour un seul mandant²⁷⁶. La prolongation tacite du contrat d'agence a

²⁷⁴ *Contra* ZK-BÜHLER, art. 418p CO, N 7. Selon cet auteur, en cas de contrat conclu pour une durée déterminée et dans la mesure où il y a renouvellement tacite « *so wird nicht die Frist verlängert [...], sondern der Vertrag wird erneuert* » (gras dans l'original). BÜHLER utilise ici le terme « *erneuern* » pour indiquer la conclusion d'un nouveau contrat. À moins que les parties n'aient expressément exclu tout renouvellement ou en cas de présence d'une clause qui stipule que toute modification du contrat, et donc sa durée aussi, devra faire l'objet d'un accord écrit, la poursuite de la relation contractuelle n'implique pas, à notre sens, la conclusion d'un nouveau contrat.

²⁷⁵ L'art. 418a CO ne prévoit aucune forme particulière pour la conclusion du contrat. La forme écrite n'est requise que pour des questions ponctuelles, par exemple le droit à la provision en cas de commandes supplémentaires (art. 418t CO).

²⁷⁶ Art. 418m al. 2 CO. Les textes français et italien accordent le droit à une indemnité équitable si le contrat a duré au moins une année. Le texte allemand parle plutôt du « *Agenturverhältniss* » : *cf.* également WETTENSCHWILER, BaKomm OR I, art. 418m, N 2 (« *Der Anspruch besteht nur, wenn dass Arbeitsverhältniss mindestens ein Jahr gedauert hat* »). On pourrait dès lors s'interroger si un agent, lié au mandant par une série consécutive de contrats de durée inférieure à une année, ne pourrait pas bénéficier de l'indemnité en cas d'empêchement de travailler. Il convient à notre avis d'accorder cette indemnité.

donc une incidence sur cette rémunération. Dans le cas du « renouvellement » d'un contrat dont la durée dépend de son but (cf. *supra* ¶ 309), le compteur repartira de zéro.

L'indemnité pour clientèle. Le thème de l'indemnité pour clientèle de l'art. 418u CO 316 donne souvent lieu à des litiges et la doctrine a beaucoup débattu sur le sujet. Dans le cadre de cette étude, l'attention sera portée exclusivement sur l'alinéa 2 qui dispose que l'indemnité ne peut pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat calculé d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat, lorsque celui-ci a duré moins.

En cas de reconduction tacite, le contrat d'agence est prolongé et la méthode de calcul 317 du plafond de l'indemnité pour clientèle doit tenir compte de la prorogation²⁷⁷. La jurisprudence a en outre précisé que, parmi les critères à apprécier en cas d'indemnité pour clientèle, la durée joue un rôle non négligeable²⁷⁸.

L'art. 418p al. 3 CO. Lorsque les parties subordonnent la résiliation du contrat 318 d'agence à un congé préalable et que ce congé n'est pas donné, la loi prévoit que « le contrat est réputé renouvelé ». Quelle est la durée du contrat renouvelé ? Le Message du Conseil fédéral est muet sur la question. Selon la doctrine, l'application de l'art. 418p al. 3 CO implique que le contrat est renouvelé pour une durée équivalente à celle du contrat primitif²⁷⁹. La limitation à une année de l'alinéa 2 ne s'applique donc pas. Cette opinion mérite d'être suivie. Renouveler selon l'art. 418p al. 3 CO signifie reproduire le même contrat, dont la durée. À notre sens, il s'agit dans ce cas aussi d'une présomption. Les parties peuvent apporter la preuve qu'elles entendaient renouveler le contrat pour une durée différente.

²⁷⁷ Un arrêt récent a précisé qu'une indemnité pour clientèle peut être accordée en cas de concession de vente exclusive par une application analogique de l'art. 418u CO (ATF 134 III 497, c. 4, JdT 2009 I 94). Il convient néanmoins de relever le caractère exceptionnel et controversé de cet arrêt, qui a ouvert la porte à une potentielle application par analogie de l'art. 418u CO à une multitude de contrats et qui a fait l'objet de plusieurs contributions : BURDA, Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession et de vente exclusive, in RDAI 4/2009, p. 455-469 ; GOBAT, L'indemnité de clientèle du franchisé, in AJP/PJA 2013 537 ; GOBAT, L'indemnité de clientèle du distributeur, p. 161 et seq. ; VETSCH/VON DER CRONE, Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_61/2008 (BGE 134 III 497) vom 22. Mai 2008, in RSDA 2009 79 ; MIR FAKHRAEI, L'ATF 134 III 497 et l'indemnité de clientèle du distributeur exclusif, in AJP/PJA 2009 415 ; PICHONNAZ, Le contrat de franchise : état de son évolution, in PICHONNAZ/WERRO (eds.), La pratique contractuelle 3 - Symposium en droit des contrats, Zurich 2012, p. 41 et seq. ; DE WERRA, Droit des contrats : Partie générale et contrats spéciaux, in SJ 2013 II 163 (180).

²⁷⁸ ATF 84 II 529, c. 8 ; 103 II 277, c. 5 « In Betracht kommen dafür namentlich Umstände, wie besonders hohe Vergütungen während des früheren Vertragsverhältnisses, dessen lange Dauer oder besonders günstige Fürsorgeleistungen des früheren Arbeitgebers ».

²⁷⁹ WETTENSCHWILER, BaKomm OR I, art. 418p, N 1 ; ZK-BÜHLER, art. 418p CO, N 8.

4. Le renouvellement par accord exprès

- 319 À l'expiration du contrat d'agence, les parties peuvent convenir d'une prolongation par le biais d'un accord exprès. Cet accord anéantit les conséquences liées à l'art. 418p al. 2 CO, car la condition du renouvellement tacite fait défaut.
- 320 Les parties disposent de plusieurs options en matière de prolongation. Elles peuvent modifier le contrat en changeant sa durée en durée indéterminée. Elles peuvent également le prolonger pour la même période du contrat initialement conclu ou le renouveler pour une durée inférieure ou supérieure. L'exclusion de l'application de l'art. 418p al. 2 CO signifie que le mandant et l'agent peuvent renouveler leur rapport pour une durée supérieure à un an.
- 321 **Changements au contrat.** Au moment où les parties s'accordent sur la prolongation du contrat, elles sont libres de changer son contenu. Comme pour les autres contrats analysés, la question qui se pose est celle de savoir jusqu'à quel point le changement peut porter pour que l'on puisse encore parler de *contrat renouvelé*, à défaut de quoi il faudra parler de *nouveau contrat*.
- 322 La règle du changement fondamental demeure applicable. Ainsi, un nouveau contrat sera conclu si les parties modifient la prestation caractéristique du contrat en question, de sorte que celui-ci devient dénaturé. La prestation caractéristique est celle de l'agent. Une modification du montant de la provision ne conduit donc pas à la conclusion d'un nouveau contrat.
- 323 L'appréciation doit être faite en regardant le contrat conclu précédemment par rapport à l'activité de l'agent. Ce contrat peut prévoir toutes sortes de possibilités. L'appréciation porte sur les affaires que l'agent doit négocier ou conclure pour le compte du mandant. Dans l'hypothèse où le mandant aurait conclu un contrat avec l'agent prévoyant la faculté pour ce dernier de conclure des affaires de manière générale, sans aucune autre mention, il convient d'admettre, en principe, qu'un renouvellement incluant une précision sur les affaires à négocier ou conclure ne doit pas aboutir à la conclusion d'un nouveau contrat. Il s'agira du même contrat, bien que modifié. Les parties ont simplement mieux défini ses contours.
- 324 En revanche, si le contrat initialement conclu donnait à l'agent le pouvoir de négocier des affaires spécifiques et que le renouvellement du contrat comporte un changement quant à la définition des affaires, le premier contrat prend fin et un nouveau est conclu. Les contours du contrat étaient ici déjà bien définis. Un tel changement provoque un basculement trop important pour parler encore d'un seul contrat. On ne saurait donner une liste exhaustive de changements qui conduisent à une transformation importante du rapport d'obligation²⁸⁰. L'analyse doit nécessairement se faire au cas par cas. En général, un changement des affaires à négocier ou à conclure aboutit en principe à la conclusion d'un nouveau contrat. Cependant,

²⁸⁰ La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée en la matière.

lorsque les parties précisent le contenu du contrat, celui-ci demeure en principe intact. Après avoir donné quelques critères pour apprécier le caractère fondamental d'un éventuel renouvellement comportant également une modification ultérieure du contrat, il est dorénavant question d'analyser les conséquences.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

Lorsque les parties ont renouvelé le contrat par accord exprès, la durée est prolongée et les obligations réciproques restent inchangées, dans la mesure où elles n'ont pas été modifiées. Selon que les parties ont ou non changé le contrat de manière fondamentale, on peut mentionner trois conséquences. La *première* porte sur la rémunération équitable à laquelle l'agent a droit en cas d'empêchement de travailler sans sa faute²⁸¹, la *deuxième* a trait aux commandes supplémentaires²⁸² et la *troisième* concerne l'indemnité pour la clientèle²⁸³. 325

Empêchement de travailler de la part de l'agent. La rémunération équitable de l'agent en cas d'empêchement de travailler sans faute a fait l'objet d'une courte analyse précédemment (cf. *supra* ¶ 315). La situation en cas de renouvellement exprès n'est pas fondamentalement différente. Si le contrat est simplement renouvelé sans changements substantiels, on sera en présence d'un seul contrat et, dans la mesure où les conditions de l'art. 418m al. 2 CO sont remplies, l'agent aura droit à la rémunération. À l'inverse, si l'appréciation du renouvellement comportant des modifications aboutit à la conclusion d'un nouveau contrat, la condition selon laquelle le contrat doit avoir duré depuis un an ferait défaut. Le texte allemand parle de « *Agenturverhältniss* » et non de « *Agenturvertrag* ». À notre avis, le texte allemand est préférable, car si un agent est lié à un seul mandant et qu'il fait l'objet de plusieurs contrats de durée inférieure à une année, il serait inéquitable de le priver de l'indemnité en cas d'empêchement de travailler²⁸⁴. 326

Le droit à la provision de l'agent. La deuxième conséquence du renouvellement par accord exprès porte sur le droit à la provision de l'agent pour de nouvelles commandes passées par des clients qu'il a procurés. À l'instar de l'hypothèse concernant le renouvellement tacite, la question qui se pose ici est de savoir s'il faut conclure que le contrat est simplement renouvelé ou, au contraire, qu'un nouveau prend naissance. Les bases pour apprécier le caractère fondamental du changement ayant été posées ci-dessus (cf. *supra* ¶¶ 321 et seq.), il convient ici d'indiquer les conséquences dans les deux situations possibles. 327

Si le contrat est simplement considéré prolongé, même avec des changements mineurs, le contrat n'aura pas pris fin et l'agent est en mesure de demander une 328

²⁸¹ Art. 418m al. 2 CO.

²⁸² Art. 418t CO.

²⁸³ Art. 418u CO.

²⁸⁴ Cf. *supra* note de bas de page 276 ¶ 315.

provision se rapportant à d'éventuelles commandes supplémentaires de clients procurés au mandant. De même, la simple prolongation du contrat devra être prise en compte lors de la fixation du montant maximal d'une éventuelle indemnité pour clientèle.

- 329** Dans l'autre hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'un nouveau contrat est conclu, toute commande supplémentaire effectuée après la fin du contrat ne donnera pas le droit à une provision conformément à l'art. 418*t* al. 1 CO.
- 330** **L'indemnité pour clientèle.** En cas de contrat renouvelé, la conséquence est identique au cas du renouvellement tacite (*cf. supra* ¶¶ 316 *et seq.*). Toutefois, s'il y a conclusion d'un nouveau contrat, le calcul du montant maximal de l'indemnité pour clientèle sera différent. La moyenne du gain annuel « des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins longtemps » sera nécessairement calculée sur une base différente.
- 331** Si l'on déduit qu'un nouveau contrat est conclu (*cf. supra* ¶ 324), rien n'empêche que l'on reprenne certaines clauses dans la mesure où les parties croient de bonne foi qu'elles s'appliquent au nouveau contrat ainsi conclu²⁸⁵.
- 332** **L'art. 418*p* al. 2 CO appliqué dans le cadre d'un renouvellement par accord exprès.** Lorsque les parties s'accordent expressément sur le renouvellement du contrat d'agence, mais ne fixent pas la durée du contrat renouvelé, il convient selon nous d'appliquer par analogie les conséquences de l'art. 418*p* al. 2 CO, même si cette disposition se réfère uniquement aux cas de reconduction tacite. Ainsi, à défaut d'éléments, le contrat d'agence sera réputé renouvelé pour la même période, mais au plus pour une année.

6. Cas limites

- 333** **La reprise des activités par l'agent et le mandant.** Lorsque l'agent et le mandant ont conclu un contrat qui a désormais pris fin et que, après un certain temps, le mandant appelle l'agent pour de nouveaux services, se pose la question du sort du premier contrat. Nous pouvons distinguer deux hypothèses. Dans la *première*, l'agent est appelé pour la négociation ou la conclusion d'affaires différentes par rapport à l'ancien contrat ; dans la *seconde*, l'agent reprend les mêmes activités que celles effectuées auparavant.
- 334** La *première* hypothèse ne pose pas véritablement de problèmes. Les parties ont passé un nouveau contrat d'agence. Dans le *second* cas de figure mentionné, on peut soit considérer qu'il existe un seul contrat ayant été momentanément « en pause », soit admettre la présence d'un nouveau contrat identique au premier. La réponse à cette question a une incidence, notamment, sur le droit à la provision en cas de commandes supplémentaires et sur l'indemnité pour clientèle.

²⁸⁵ Sur ce point *cf. infra* ¶ 694.

Il convient ici d'appliquer les mêmes principes dégagés de la jurisprudence en matière de contrat de travail²⁸⁶. Ce qui sera déterminant est la volonté des parties soit de donner suite au contrat primitif, soit de fonder la reprise des activités sur un nouveau contrat. Si les parties ont voulu donner suite à l'ancien contrat, on fera abstraction de l'interruption et on considérera les deux rapports (avant et après la reprise du contrat) comme une seule relation contractuelle. Faire abstraction de la période d'interruption signifie aussi que les commandes supplémentaires intervenues pendant celle-ci ne donneront pas lieu à une créance en faveur de l'agent. 335

7. Les contrats successifs

La question des contrats successifs dans le cadre de contrats d'agence n'a pas fait l'objet de cas jurisprudentiels, ni de débats en doctrine. A priori, il n'y a pas de raisons de s'écarter du principe applicable aux contrats de bail²⁸⁷ et de travail²⁸⁸. Les contrats successifs ne sont pas critiquables dans la mesure où la durée déterminée se justifie par des raisons objectives et non pour éluder l'application de certaines dispositions ou empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale du rapport contractuel. 336

Ainsi, des contrats d'agence successifs pourraient être considérés abusifs s'ils ont pour seul but, par exemple, d'empêcher l'application de l'art. 418m al. 2 CO qui prévoit une indemnité pour empêchement de travailler en faveur de l'agent. En fonction des circonstances concrètes, le juge pourra considérer tous les contrats comme un seul contrat de durée déterminée, ou alors un contrat de durée indéterminée. 337

8. Droit comparé

La directive 86/653/CEE. Comme en matière de contrat de travail (*cf. supra* 269 *et seq.*), le domaine du contrat d'agence a fait l'objet d'une harmonisation au niveau européen. La directive 86/653/CEE du Conseil relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants²⁸⁹ contient une règle sur le renouvellement tacite²⁹⁰. 338

²⁸⁶ Cf. *supra* ¶¶ 263-264 ; cf. aussi *infra* ¶¶ 697 *et seq.*

²⁸⁷ Sur ce point cf. *supra* ¶¶ 165 *et seq.*

²⁸⁸ Sur ce point cf. *supra* ¶¶ 265 *et seq.*

²⁸⁹ Journal Officiel n° L 382 du 31.12.1986 p. 0017 – 0021.

²⁹⁰ La directive n'a pas laissé une grande marge aux États membres de la Communauté européenne, notamment en ce qui concerne l'art. 14. En France, la directive a été transposée par la loi n° 91-593 du 25.06.1991 ; pour l'Allemagne, cf. *Gesetz zur Durchführung der EG-Richtlinie zur Koordinierung des Rechts der Handelsvertreter vom 23.10.1989, Bundesgesetzblatt Teil I du 31.10.1989 p. 1910 ; pour l'Italie cf. d. lg. du 10 septembre 1991, n. 303, attuazione della direttiva n. 86/653/CEE relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, a*

339 L'art. 14 de la directive a la teneur suivante²⁹¹ :

Art. 14

Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat d'agence à durée indéterminée.

- 340 **Les conditions.** L'art. 14 de la directive 86/653/CEE ne rattache des conséquences au contrat tacitement renouvelé que s'il *continue à être exécuté par les deux parties*. À notre avis, la simple passivité du mandant, tout en étant informé de la poursuite des opérations de l'agent, pourrait suffire à admettre le renouvellement du contrat. La terminologie utilisée par le législateur européen pourrait laisser entendre que l'acceptation du renouvellement par le mandant doit nécessairement s'accompagner d'une action, par exemple le paiement d'une commission. Évidemment, un tel paiement est un indice concret en faveur du renouvellement. Cependant, le mandant qui, en connaissance de cause, laisse agir l'agent s'expose à une éventuelle application de l'art. 14 de la directive, tel que transposé dans le droit des États membres.
- 341 **Les conséquences.** La règle choisie par le législateur européen n'est pas identique à la règle suisse. En effet, tout contrat d'agence tacitement prolongé se transforme en un contrat de durée indéterminée. Contrairement à d'autres règles vues auparavant, la formulation est relativement claire. Le contrat se *transforme* en un contrat de durée indéterminée. Il apparaît donc que le renouvellement tacite n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat.
- 342 **Conclusion.** La règle suisse du renouvellement tacite du contrat d'agence est différente par rapport à la législation européenne. Sur ce point, l'art. 418p al. 2 CO n'est donc pas euro compatible.

Section V: La société simple

- 343 La société simple est une institution qui, malgré son inclusion dans le Code à la fin des contrats spéciaux, présente des caractéristiques différentes des autres contrats, si bien qu'elle n'est souvent pas abordée dans les ouvrages concernant les contrats spéciaux. Il s'agit, certes, d'un contrat de durée, mais les prestations des sociétaires ne

norma dell'art. 15 della legge del 29 dicembre 1990, n. 428 (Loi communautaire 1990), Supplément ordinaire n° 57 de la Gazzetta Ufficiale – Serie generale – du 20 septembre 1991, n° 221 p. 11.

²⁹¹ En ce qui concerne la règle topique dans les droits français, allemand et italien, cf. respectivement l'art. L134-11 du Code de commerce, § 89 al. 3 du HGB et l'art. 1750 al. 1 du cod. civ. it.

se trouvent pas dans un rapport d'échange ; ce n'est donc pas un contrat synallagmatique²⁹².

Malgré les fortes différences que présente le contrat de société simple comparé aux autres contrats spéciaux, il convient de mentionner l'art. 546 al. 3 CO, qui prévoit ce qui suit : 344

Lorsqu'une société continue tacitement après l'expiration du temps pour lequel elle avait été constituée, elle est réputée renouvelée pour une durée indéterminée.

Afin de déterminer s'il y a eu renouvellement tacite, ce n'est pas tant l'activité interne entre associés sur laquelle l'accent est mis, même si elle constitue un élément d'interprétation important. Ce qui compte est le fait pour la société de **continuer à atteindre le but commun** - pour lequel elle a été formée - **au-delà du terme initialement fixé**. C'est la conséquence du fait que la société simple n'est pas un contrat synallagmatique, mais une union d'efforts et de ressources en vue d'atteindre un but commun. En d'autres termes, le renouvellement tacite d'un contrat de société simple s'apprécie en ayant égard à l'éventuelle prolongation dans le temps (après le terme stipulé) de la finalité fixée à la société par ses membres²⁹³. 345

Il ne s'agit donc pas d'un « renouvellement », au sens des autres règles topiques analysées, qui suppose que les parties continuent de prester entre elles au-delà de l'échéance contractuelle, mais plutôt d'un accord tacite sur la continuation des activités sociétaires en tant que telles. 346

On admettra un accord tacite sur la continuation de la société malgré la survenance d'un motif de dissolution seulement s'il peut être établi que tous les sociétaires en avaient connaissance. Lorsque ce motif découle directement du contrat, comme c'est le cas si celui-ci prévoit une certaine durée de vie pour la société, la connaissance de la survenance du terme sera admise même si des sociétaires n'en étaient pas conscients par négligence²⁹⁴. 347

En cas de continuation, la société est réputée renouvelée pour une durée indéterminée. Selon nous, il s'agit d'une **présomption réfragable**. Les associés doivent pouvoir amener la preuve qu'ils entendaient prolonger la durée de vie de la société pour une durée déterminée. Le nombre potentiellement élevé d'associés qu'une société simple peut avoir rend cet exercice difficile. C'est pourquoi la 348

²⁹² ENGEL, Contrats, p. 695 ; TERCIER/FAVRE, N 7440-7441.

²⁹³ La jurisprudence relative à l'art. 546 al. 3 CO est ancienne et n'apporte pas de précisions. Le principe énoncé dans cet article a été confirmé dans l'ATF 70 II 55, mais la question portait plutôt sur la possibilité (admise) pour les héritiers de renouveler tacitement la société après le décès d'un membre. Cet arrêt a été confirmé ultérieurement : TC VS 1 mars 1967 in RVJ 1967, p. 281 ; TC TI 1 décembre 1981 in RGP 1982, p. 223.

²⁹⁴ ZK-HANDSCHIN/VONZUN, art. 545-547 CO, N 17.

présomption de l'art. 546 al. 3 CO est particulièrement utile et sera difficilement renversée.

Chapitre 2 : Règles d'autres lois

Section I: Le contrat d'assurance

1. Introduction

Le contrat d'assurance fait l'objet d'une réglementation spéciale contenue dans la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA). Elle contient une règle en matière de prolongation tacite qui mérite d'être analysée, eu égard à sa nature et aux différences par rapport aux autres contrats étudiés précédemment prévoyant une règle en matière de renouvellement tacite. 349

Curieusement, la LCA ne contient aucune définition du contrat d'assurance. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent cependant **cinq caractéristiques essentielles**²⁹⁵ : 350

- (1) existence d'un risque ;
- (2) la prestation de l'assuré qui consiste en le paiement d'une prime ;
- (3) la prestation d'assurance ;
- (4) le caractère autonome de l'opération ; et
- (5) la compensation des risques sur la base de données de la statistique.

On trouve une définition dans la jurisprudence, également admise en doctrine, selon laquelle un contrat d'assurance est une convention par laquelle le preneur se fait promettre, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation, une prestation de l'assureur pour lui ou un tiers, en cas de réalisation d'un risque²⁹⁶. Il s'agit d'un contrat synallagmatique en ce sens que le preneur s'engage à payer une ou plusieurs primes et l'assureur, de son côté, s'oblige à apporter une sorte de compensation en cas de survenance d'un évènement²⁹⁷. 351

La LCA est principalement divisée en trois parties. La *première* traite des dispositions générales²⁹⁸, la *deuxième* définit des règles spéciales en matière d'assurance contre les dommages²⁹⁹ et la *troisième* se rapporte aux cas d'assurances des personnes³⁰⁰. 352

²⁹⁵ TF 2C.506/2007, arrêt du 13 février 2008 c. 6.2 ; ATF 114 Ib 244, c. 4.a. ; VVG-BaKomm-STOESSEL, Allgemeine Einleitung, N 2 ; BRULHART, N 82.

²⁹⁶ ATF 124 III 382, c. 6.f. et les références ; cf. également VVG-BaKomm-STOESSEL, Allgemeine Einleitung, N 14 ; BRULHART, N 87.

²⁹⁷ CORBOZ B., Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente, in SJ 2011 II 247.

²⁹⁸ Art. 1 à 47a LCA.

²⁹⁹ Art. 48 à 72 LCA.

- 353 L'art. 100 al. 1 LCA dispose que le droit des obligations régit tout ce qui n'est pas réglé par la LCA. Le contrat d'assurance n'est donc soumis à aucune forme particulière, mais les parties sont libres de soumettre la conclusion du contrat à la forme écrite en vertu de l'art. 16 CO.
- 354 Le contrat peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. S'il est de durée indéterminée, les parties doivent cependant bénéficier d'un droit de résiliation³⁰¹, les contrats éternels étant interdits. L'art. 3 al. 1 lit. d LCA mentionne expressément **la durée et la fin du contrat d'assurance** comme étant, parmi d'autres, des éléments que l'assureur doit porter à l'attention du preneur avant la conclusion du contrat.
- 355 L'art. 2 al. 1 LCA stipule qu'une proposition de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu est réputée acceptée si l'assureur ne la refuse pas dans les **quatorze jours** après qu'elle lui soit parvenue. La question sera traitée de manière plus approfondie dans le cadre du renouvellement par accord exprès (*cf.* notamment *infra* ¶¶ 370 et *seq.*).

2. Le renouvellement tacite

- 356 Un renouvellement tacite peut avoir en principe lieu non seulement dans les cas où le contrat contient une clause de reconduction tacite, mais également dans l'hypothèse où le contrat ne prévoit rien.
- 357 L'art. 47 LCA a la teneur suivante :
- Toute clause prévoyant le renouvellement tacite du contrat ne peut avoir d'effet que pour une année au plus.
- 358 Selon l'art. 97 al. 1 LCA, l'art. 47 LCA est une disposition **absolument impérative**. Le législateur a donc ici restreint la liberté contractuelle.
- 359 Si cette disposition était prise à la lettre, on ne pourrait que limiter son application aux contrats prévoyant une clause de renouvellement tacite. Un contrat ne portant aucune mention en ce sens pourrait, par conséquent, être tacitement renouvelé pour une période supérieure à un an. Nous verrons que ce raisonnement ne trouve pas de fondement (*cf. infra* ¶ 366).
- 360 Le Tribunal fédéral a dû juger un cas dans lequel la question centrale était de savoir si chaque renouvellement comportait la conclusion d'un nouveau contrat³⁰². Les juges

³⁰⁰ Art. 73 à 96 LCA.

³⁰¹ « *Kündigungsrecht* ».

³⁰² ATF 103 II 204, c. 2, RBA XIV, N 32 : « Le contrat litigieux ayant été conclu le 20 juin 1969 pour un an, avec clause de tacite reconduction d'année en année, on pourrait se demander si on a affaire à un contrat unique dont seule la durée est prolongée ou à autant de contrats qu'il y a de

ont conclu qu'il s'agissait d'une simple prolongation temporelle du contrat primitif. Les conséquences liées à un contrat prolongé et celles liées à la conclusion d'un nouveau contrat peuvent avoir des incidences importantes (cf. *infra* ¶ 387).

En matière de contrat d'assurance, un renouvellement tacite aura typiquement lieu par l'envoi d'une facture par l'assureur après l'échéance du contrat et le paiement de celle-ci par le preneur. 361

3. Conséquences du renouvellement tacite

Il convient de distinguer une clause qui prévoit un renouvellement tacite de moins d'un an, d'une part, d'une clause prévoyant une prolongation d'une durée supérieure à un an, d'autre part. 362

La clause de renouvellement tacite prévoyant une prolongation de moins d'un an. Une clause de tacite reconduction de moins d'un an est parfaitement valable aux yeux de la loi et peut donc déployer tous ses effets. Le contrat est, par conséquent, prolongé en fonction de la période conventionnellement stipulée et les obligations du preneur d'assurance et celles de l'assureur restent inchangées. 363

Les **assurances-vie** ont suscité des débats concernant l'application de la règle sur la reconduction tacite. Le Tribunal fédéral a conclu, à juste titre, que les assurances-vie comportent des particularités non négligeables. Les risques qui y sont liés et l'importance des primes sont stipulés en fonction de la durée du contrat, c'est pourquoi le Tribunal fédéral a conclu que le renouvellement tacite est « pratiquement exclu »³⁰³. 364

La clause de renouvellement tacite prévoyant une prolongation de plus d'un an. La doctrine admet qu'une clause de renouvellement tacite prévoyant une prolongation du contrat primitif supérieure à une année n'est pas frappée de nullité totale³⁰⁴. La clause contraire à l'art. 47 LCA sera simplement corrigée en fixant une période maximale de prolongation d'une année³⁰⁵. Cette opinion mérite d'être suivie. 365

L'absence de clause de renouvellement tacite. Nous avons évoqué la question du sort d'un contrat ne prévoyant aucune clause de reconduction tacite. En principe, tout contrat peut être renouvelé tacitement. Si les circonstances du cas concret n'apportent 366

renouvellements. Dans ce dernier cas, la suspension [de la garantie] n'affecterait que le contrat en cours, et partant le contrat en vigueur quand le sinistre s'est produit ne serait pas atteint par la suspension. » Le Tribunal fédéral poursuit son analyse à la lumière du contenu des conditions générales : « Sous ch. 34 des conditions générales, auxquelles se réfère la police, il est prévu qu'à défaut de dénonciation le contrat "se renouvelle tacitement d'année en année". Toutefois, ce "renouvellement" du contrat signifie, non pas la conclusion tacite d'un nouveau contrat, comportant novation, mais la simple prorogation du contrat primitif ». Il confirme ainsi une vieille jurisprudence et fait sienne l'opinion de ROELLI/KELLER (cf. ROELLI/KELLER, I, p. 678/679).

³⁰³ Tribunal fédéral, 22 février 1978, *in* RBA XIV, N 17.

³⁰⁴ VIRET B., La liberté contractuelle et ses limites en droit suisse du contrat d'assurance, *in Coll. Assista* 1998, p. 730 à 747, N 16.

³⁰⁵ VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 15.

aucune solution, on présume que le contrat est prolongé pour une nouvelle période correspondant à celle qui a initialement été stipulée³⁰⁶. La période d'assurance, dit la loi, est d'une année en cas de doute³⁰⁷. Si les parties sont convenues d'une période d'assurance supérieure à une année, le caractère absolument impératif de l'art. 47 LCA³⁰⁸ commande que le renouvellement tacite d'un tel contrat ne peut déployer des effets que pour une période d'une année au maximum³⁰⁹. Cet avis de doctrine mérite d'être approuvé en ce qui concerne le résultat. Cependant, il le justifie en évoquant uniquement le caractère impératif de la norme. Il convient plutôt d'admettre la présence d'une lacune proprement dite, le législateur aurait dû régler la question, mais il ne l'a pas fait. On comprend mal pourquoi le législateur aurait réglementé spécifiquement l'hypothèse d'une clause de reconduction tacite, tout en laissant la question ouverte pour les cas dans lesquels le contrat est muet. Le pouvoir de comblement d'une lacune dont dispose le juge (art. 1 al. 2 CC) conduirait celui-ci à limiter un renouvellement tacite à une période maximale d'une année.

- 367 Dans les cas où la clause de renouvellement tacite ne fixerait pas un nombre maximal de renouvellements, elle ne perd pas son efficacité après avoir déployé ses effets la première fois ; elle s'appliquera de nouveau à l'échéance de la dernière prolongation³¹⁰.

4. Le renouvellement par accord exprès

- 368 Nous avons vu que l'art. 47 LCA traite spécifiquement du cas des clauses de renouvellement d'une durée supérieure à une année. Nous avons également constaté que cette disposition déploie aussi des effets en cas d'absence de clause de tacite reconduction, dans la mesure où elle interdit que la prolongation puisse aller au-delà d'une période d'une année (*cf. supra* ¶ 366).
- 369 Selon le principe de la liberté contractuelle, l'assureur et le preneur d'assurance peuvent convenir que leur contrat sera prolongé pour une nouvelle période qui peut être supérieure à un an ; l'art. 47 LCA n'est pas applicable dans ce cas. Les parties peuvent aussi prolonger le contrat pour une durée différente de celle initialement stipulée.
- 370 La LCA prévoit deux normes spécifiques en matière d'offre et d'acceptation. L'art. 1 LCA prévoit que la personne faisant une proposition à l'assureur est liée pendant quatorze jours si elle n'a pas fixé un délai plus court pour l'acceptation (alinéa 1). Ce délai est de quatre semaines si l'assurance exige un examen médical (alinéa 2). Le *dies a quo* correspond au jour de la remise ou de l'envoi de la proposition à l'assureur ou à

³⁰⁶ *Idem*, N 20.

³⁰⁷ Art. 19 al. 1 LCA.

³⁰⁸ Art. 97 al. 1 LCA, *cf. supra* ¶ 358.

³⁰⁹ VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 20.

³¹⁰ BRULHART, N 449.

son agent (alinéa 3). Enfin, le proposant est dégagé dans l'hypothèse où l'acceptation ne lui parvient pas avant l'expiration du délai (alinéa 4).

L'art. 2 LCA crée des présomptions en matière d'acceptation. 371
Premièrement, la proposition de modifier, de *prolonger* un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu est considérée comme étant acceptée si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans un délai de quatorze jours après réception (alinéa 1). Si un examen médical est exigé par les conditions générales, le délai est prorogé à quatre semaines (alinéa 2). Enfin, ces présomptions ne sont pas applicables à la proposition d'augmenter la somme assurée (alinéa 3).

En matière de renouvellement par accord exprès, une proposition de prolonger le 372
contrat faite par l'assuré déploie donc des effets si l'assureur ne la refuse pas avant l'expiration du délai de quatorze jours ou, le cas échéant, de quatre semaines.

**Les juges tessinois ont dû trancher un litige qui comportait l'application de l'art. 2 373
LCA³¹¹.** Le demandeur était au bénéfice d'une assurance RC véhicules et casco complète. Le 16 février 1987, il reçut la facture de la prime pour les assurances. Quelque temps après, le 14 mars 1987, il reçut une autre facture prévoyant une assurance casco partielle. Trois jours après, suite à un accident, il détruisit complètement son véhicule. Le jour suivant il paya la facture du 16 février 1987 et demanda des prestations pour son véhicule détruit.

Les juges ont rappelé que le rôle de proposant revient seulement à l'assuré³¹², ce qui 374
empêche que l'envoi de la facture du 14 mars 1987 et le silence de l'assuré auraient eu comme effet de modifier le contrat en vigueur. L'application de l'art. 2 LCA se basait sur un point litigieux soulevé par le demandeur, qui consistait à nier qu'il ait procédé à une proposition de changement d'assurance par téléphone. Les faits corroboraient déjà la thèse de la proposition faite par l'assuré ; le contrat aurait pu déjà être considéré parfait à ce stade. Les juges ont cependant ajouté qu'en tout état de cause, l'assuré aurait dû manifester sa stupeur après réception de la seconde facture, et non pas après la survenance du fait donnant lieu à une prestation d'assurance.

Cet arrêt montre bien le raisonnement en matière d'offre et d'acceptation dans le 375
domaine des assurances. La conclusion des juges paraît aussi justifiée sur la base de la simple bonne foi. En effet, en lisant l'état de fait, on comprend bien la manœuvre de l'assuré qui consistait à nier toute proposition de changement du contrat pour justifier que le paiement de la première facture, après l'évènement dommageable, aurait simplement prolongé l'assurance casco complète.

Simple prolongation du contrat primitif ou conclusion d'un nouveau contrat ? La 376
jurisprudence s'est penchée sur les critères à prendre en compte pour trancher cette

³¹¹ TApp TI, 25 octobre 1988.

³¹² Ce choix législatif est à saluer. Si les assurances pouvaient bénéficier des présomptions mentionnées aux art. 1 et 2 LCA, les assurés pourraient être trompés dans les cas où ils ne se manifesteraient pas dans les délais impartis. Le but de la protection des preneurs d'assurance ne serait dans ce cas pas respecté.

question³¹³. Elle rappelle d'abord que les parties sont libres de modifier un contrat d'assurance comme bon leur semble, dans les limites de la loi. Cependant, la distinction entre « *Vertragsprolongation* » (poursuite du même contrat) et « *Vertragserneuerung* » (conclusion d'un nouveau contrat) est importante et doit être appréciée d'après le contenu de l'accord portant sur la modification du contrat. La jurisprudence citée ne contient pas une analyse satisfaisante, car en l'espèce le recourant invoque un renouvellement alors qu'il a souscrit une police d'assurance mentionnant expressément qu'elle allait se substituer aux polices antérieures.

- 377 **Le cas de la proposition d'assurance d'une Porsche.** Dans le cas où les parties modifient substantiellement le contenu du contrat, et notamment en changeant l'objet assuré, il faut admettre la conclusion d'un nouveau contrat. Les parties ont en effet modifié un élément lié à la prestation caractéristique qui dénature le contrat. Cette conclusion a notamment été confirmée par des juges vaudois³¹⁴. En l'espèce, le demandeur avait initialement conclu un contrat d'assurance portant sur tous les véhicules munis d'une plaque de contrôle VD... L'assurance avait par la suite été modifiée. L'objet assuré était désormais une Porsche. Le demandeur a fait valoir que le contrat primitif avait été modifié. Les juges ont rejeté cette argumentation, dans la mesure où l'objet du premier contrat n'était pas un objet déterminé, mais une multitude d'objets déterminables. En changeant l'objet assuré en un véhicule spécifique, les parties ont conclu un nouveau contrat. Il est également intéressant de noter que si les accords passés entre les parties sont rangés sous un même numéro de police, cela a simplement une valeur administrative interne. Une telle démarche ne permet pas de conclure, d'un point de vue juridique, que le contrat aurait été simplement modifié.
- 378 Les parties peuvent aussi convenir que le contrat précédemment conclu soit simplement prolongé, sans aucune modification du contenu, exception faite pour la clause de durée. Dans un tel cas, on sera en présence d'un seul contrat et non pas de deux contrats distincts.
- 379 Une troisième possibilité se présente lorsque les parties utilisent les mots *renouvellement* ou *prolongation* tout en apportant des changements au contrat. L'utilisation de tels mots ne saurait *a priori* pas indiquer la simple prolongation du contrat en question. L'appréciation doit se faire sur la base **des changements concrètement apportés**. Par exemple, si les parties ont simplement modifié le délai pour dénoncer le contrat, on sera en présence d'un seul contrat. En revanche, un changement important implique la fin de l'ancien contrat et la naissance d'un nouveau. Regrettablement, la jurisprudence en la matière est loin d'être claire et uniforme.
- 380 **La réduction d'un risque.** La jurisprudence a considéré que la réduction d'un risque déjà assuré doit être traitée comme une modification du contrat existant et non une

³¹³ Bezirksgericht St. Gall, 27 avril 1987.

³¹⁴ TC VD 12 février 1988 *in* RBA XVII, N 9.

conclusion d'un nouveau contrat³¹⁵. Les juges fédéraux ont notamment approuvé l'opinion exprimée par ROELLI/KELLER³¹⁶. *In casu*, il s'agissait d'un passage d'une assurance casco complète à une casco partielle. Cette conclusion mérite d'être suivie. Un tel changement n'est, à notre sens, pas à même de dénaturer le contrat.

La proposition incluant les dates de début et fin d'une assurance. Il a été jugé 381 qu'une proposition fixant des dates tant pour le début que pour la fin de l'assurance doit être interprétée juridiquement comme une proposition de conclure un nouveau contrat, cela même lorsqu'elle s'intitule « proposition de modification »³¹⁷. Il suffirait qu'une proposition contienne seulement la date de début pour qu'une modification puisse être niée. Dans le cas d'espèce, la police contenait expressément une clause stipulant qu'elle substituait tout document antérieur sous le même numéro de police. Une telle clause exclut automatiquement une simple modification du contrat. La décision de cet arrêt était donc aisée par la simple existence de cette clause. Dans le cas d'une proposition de « modification » du contrat d'assurance en vigueur qui fait expressément mention du début de l'assurance, les parties ont donc manifesté l'**intention** de conclure un nouveau contrat. La conclusion serait la même si les deux contrats étaient pratiquement identiques, étant donné que la volonté des parties prime.

Le remplacement d'une police d'assurance avec durée et prime différentes. Dans 382 une décision ancienne³¹⁸, les juges ont conclu que le remplacement d'une police d'assurance par une autre mentionnant une durée et une prime différentes et comportant d'autres différences doit être considéré comme un nouveau contrat. Cette décision ne doit pas être vue comme un principe général. Plus particulièrement, on comprend mal pourquoi la modification de la durée du contrat et de la prime doit automatiquement comporter la conclusion d'un nouveau contrat. S'agissant des *autres différences*, la décision ne les mentionne pas, ce qui rend difficile l'appréciation concrète du cas. Dans la mesure où les parties changent considérablement le contrat (*cf. supra* ¶ 377), ce dernier sera réputé échu. La décision apporte en tout cas une règle d'appréciation qui se fonde sur le choix des parties quant à la forme de l'accord. Si les parties choisissent la forme d'un simple avenant, cela fera présumer une modification ; si, au contraire, elles optent pour la forme d'un nouveau contrat, la présomption sera plutôt en faveur de la conclusion d'un nouveau contrat. Cette règle peut certainement guider le juge dans sa décision, mais ne saurait constituer un critère exclusif et déterminant.

À la lumière de ces jurisprudences, il est difficile de définir des critères généraux pour 383 apprécier une éventuelle conclusion d'un nouveau contrat. En tout cas, il convient de saluer l'opinion de ROELLI/KELLER, approuvée par le Tribunal fédéral, selon laquelle

³¹⁵ ATF 120 II 133 c. 3.b.

³¹⁶ ROELLI/KELLER, I, p. 58.

³¹⁷ Bezirksgerichtspräsident de Arlesheim du 5 février 1987, *in* RBA XVI, N 3.

³¹⁸ AG de Lucerne-Ville, 23 décembre 1965, *in* RBA XII, N 8 ; confirmant notamment RBA VII, N 20.

la réduction d'un risque déjà assuré n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. De même, la décision des juges vaudois qui ont qualifié de nouveau contrat le passage d'un nombre d'objets assurés déterminables à un objet déterminé est également à approuver. Nous considérons, enfin, que la simple modification de la prime ne devrait en principe pas porter atteinte à l'intégrité du contrat.

- 384 En conclusion, le critère décisif est toujours le changement fondamental du contrat. L'appréciation devra se faire suivant les cas concrets, compte tenu de toutes les circonstances.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

- 385 **Renouvellement simple.** Dans la mesure où les parties auraient simplement prolongé leur contrat pour une nouvelle période déterminée ou pour une durée indéterminée, le terme contenu dans le contrat primitif ne déploiera aucun effet. Les obligations des parties demeurent inchangées.
- 386 La question est plus délicate lorsque les parties apportent des modifications parallèlement à la prolongation. Comme nous l'avons vu dans la section précédente, il n'est pas toujours facile de déterminer avec certitude quand les parties font face à un nouveau contrat.
- 387 **Le cas du nouveau contrat.** S'il y a lieu d'admettre la conclusion d'un nouveau contrat (« *Vertragserneuerung* »), il convient de mentionner les conséquences suivantes³¹⁹. *Premièrement*, la conclusion d'un nouveau contrat implique pour le proposant l'obligation de communiquer à l'assureur les **déclarations obligatoires** (« *Anzeigepflicht* ») en vertu de l'art. 4 LCA. En cas de simple reconduction, l'assuré ne doit pas procéder une nouvelle fois à de telles déclarations. *Deuxièmement*, des éventuels **délais**, qui seraient à compter dès le jour de la conclusion du contrat, repartiraient à zéro. Nous avons cité précédemment une jurisprudence qui concluait à l'existence de deux contrats distincts (*cf. supra* ¶ 364)³²⁰. Il s'agissait d'une assurance-vie qui excluait tout paiement en cas de suicide pendant les trois premiers mois. Le preneur d'assurance se suicida moins de trois mois après le « renouvellement du contrat ». Le recourant fit valoir que le *dies a quo* était le jour de la conclusion du contrat primitif, argument que le Tribunal fédéral rejeta. Cette affaire montre l'importance du sort d'un prétendu renouvellement, puisque le recourant avait ainsi été privé du paiement d'une somme importante. Il n'est pas rare que les contrats d'assurance comportent des termes à partir desquels une prestation pourra être demandée.

³¹⁹ VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 9.

³²⁰ Tribunal fédéral, 22 février 1978, *in* RBA XIV, N 17.

6. Cas limites

Un contrat prévoyant une durée minimale de plus d'un an est parfaitement valable. 388

Ni la doctrine ni la jurisprudence n'interdisent un tel type de contrat³²¹. À défaut d'une règle détaillée en la matière, demeure applicable le principe général de l'art. 27 CC qui protège les parties contre les engagements excessifs.

Un contrat d'assurance conclu pour une durée supérieure à une année doit être apprécié sous l'angle de l'art. 27 CC. 389

La question n'occupe guère une place fondamentale en pratique, puisque des contrats de très longue durée se concluent rarement et seulement dans les cas d'assurance-vie. Dans une telle hypothèse, le preneur d'assurance a à la fois le droit de se départir du contrat en vertu de l'art. 89 LCA et un droit de rachat conformément à l'art. 90 LCA en cas de paiement des primes pendant un ou trois ans respectivement³²².

Une fois que la durée minimale d'un contrat de durée indéterminée arrive à son échéance, la seule possibilité d'y mettre fin est celle de dénoncer le contrat moyennant le « *Kündigungsrecht* ». Si le délai de congé est supérieur à une année, l'art. 47 LCA, eu égard à son caractère impératif, s'applique et impose donc que ce délai soit d'une

année au maximum³²³. Rejeter une telle conclusion reviendrait à autoriser les parties à contourner la loi.

Cette règle demeure également applicable en cas de contrats de durée indéterminée sans aucune période minimale (« *Mindestlaufzeit* »)³²⁴.

7. La proposition pour une révision totale de la LCA du 31 juillet 2006 et le projet de 2011

La révision comporte un changement important en matière de renouvellement. 392

L'article pertinent a la teneur suivante :

Art. 42 Résiliation ordinaire

¹ Le contrat peut être résilié pour la fin de sa troisième année ou de chaque année subséquente, moyennant préavis de trois mois, quand bien même il avait été conclu pour une durée plus longue. Les parties peuvent prévoir que le contrat est résiliable déjà avant l'échéance de la troisième année, étant précisé que la situation du preneur d'assurance ne peut pas être moins favorable que celle de l'entreprise d'assurance.

³²¹ Cf. VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 21, l'auteur met en évidence les lacunes du droit suisse par rapport au droit allemand et au droit autrichien en matière de contrats de longue durée.

³²² VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 22.

³²³ *Idem*, N 24.

³²⁴ VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 24.

² Sont réservées les dispositions particulières en matière d'assurance-vie et d'assurance-maladie complémentaire.

393 Le projet final prévoit la règle suivante :

Art. 52 Résiliation ordinaire

¹ Le contrat peut être résilié pour la fin de la troisième année et de chacune des années suivantes, même s'il a été conclu pour une durée plus longue, dans le respect d'un délai de préavis de trois mois.

² Les parties peuvent convenir que le contrat peut être résilié avant la fin de la troisième année. Les délais de résiliation doivent être identiques pour les deux parties.

³ Sont réservées les dispositions particulières concernant l'assurance-vie et l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale au sens de l'art. 7, al. 7 et 8, de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)

394 La proposition de révision de la LCA abandonne définitivement la règle spécifique de la clause contractuelle relative au renouvellement tacite³²⁵. L'article instaure un droit général de se départir du contrat après la troisième année d'assurance et, par la suite, ce droit pourra être exercé d'année en année. La durée de prolongation n'occuperait, par conséquent, aucune place importante étant donné que tout contrat ayant duré trois ans au moins (durée initiale plus des éventuels renouvellements) pourra être résilié sur une base annuelle³²⁶.

Section II: Le bail à ferme agricole

395 La loi sur le bail à ferme agricole³²⁷ contient une règle spécifique sur la reconduction tacite. Les paragraphes qui suivent analyseront les conditions à remplir pour qu'il y ait renouvellement tacite et les conséquences qui en découlent.

³²⁵ Sur cet article cf. aussi MAISSEN, N 237-247.

³²⁶ VVG-BaKomm-FUHRER, art. 47, N 28.

³²⁷ 4 octobre 1985 (RS 221.213.2).

1. Renouvellement tacite

L'art. 8 LBFA prévoit deux hypothèses de reconduction tacite. Il distingue notamment le cas d'un contrat conclu pour une période indéterminée (art. 8 al. 1 lit. a LBFA) de celui où le contrat a été conclu pour une durée déterminée (art. 8 al. 1 lit. b LBFA). 396

Le cas du contrat de durée indéterminée. Dans le premier cas, la loi reconnaît un renouvellement tacite si le contrat n'a pas été valablement résilié. En d'autres termes, il y a prolongation du rapport contractuel si aucune résiliation (régulière) n'a été notifiée à l'échéance du délai de résiliation³²⁸. 397

Le cas du contrat de durée déterminée. Lorsque le contrat conclu entre bailleur et fermier est de durée déterminée, la loi dispose qu'il est prolongé si le bail est reconduit tacitement à l'échéance. 398

STUDER/HOFER notent que la « reconduction tacite commence au moment où le bailleur a *connaissance du fait* que le fermier poursuit l'exploitation et qu'il ne lui *fait pas expressément part de son intention de l'en empêcher* »³²⁹. Cette affirmation est analogue à celle présentée ci-dessus dans le cadre de l'analyse du contrat de bail à loyer (cf. *supra* ¶ 103). Il convient, à notre sens, d'ajouter que la « connaissance » du bailleur peut être réelle ou supposée. 399

2. Conséquences du renouvellement tacite

À la différence des autres dispositions légales ayant trait au renouvellement tacite, l'art. 8 LBFA prévoit une règle inédite. Il dispose que le contrat est, d'une part, prolongé pendant une durée de six ans, et que le bail est reconduit *sans changements*, de l'autre. La durée relativement longue du renouvellement est due essentiellement aux spécificités qui sont propres aux baux à ferme agricoles. 400

L'absence de changements signifie, selon la doctrine, que les clauses contractuelles stipulées précédemment, en particulier celle du montant du fermage, restent applicables de manière inchangée³³⁰. Il s'agit, en effet, d'un élément essentiel et particulièrement important. De plus, la chose faisant l'objet du fermage devra être la même, faute de quoi on devra constater la naissance d'un nouveau contrat. 401

³²⁸ STUDER B./HOFER E., *Das landwirtschaftliche Pachtrecht*, Brugg 1987, p. 87 (p. 94 dans la version française).

³²⁹ À la page 95 dans la version française ; version allemande p. 88 : « die stillschweigende Fortsetzung hat begonnen, wenn der Verpächter von den fortgesetzten Bewirtschaftung durch den Pächter *Kenntnis genommen* hat und offensichtlich *nicht die Absicht bekundet, ihn auszuweisen* » (italique dans le texte original).

³³⁰ STUDER B./HOFER E., *Das landwirtschaftliche Pachtrecht*, Brugg 1987, p. 87 (p. 94 dans la version française).

- 402 Le cas du contrat de durée indéterminée.** Un bail à ferme agricole de durée indéterminée tacitement reconduit ne devient pas un bail de durée déterminée qui prendrait fin à l'échéance de la période de reconduction³³¹. Il sera simplement prolongé sans changements pendant six ans.
- 403 Le cas du contrat de durée déterminée.** Lorsqu'un bail à ferme agricole de durée déterminée est tacitement reconduit, il est prolongé pour une durée de six ans. Le contrat primitif se transforme en contrat de durée indéterminée, ce qui signifie que pour y mettre fin une résiliation régulière sera nécessaire à l'échéance de la période de reconduction³³².
- 404** Comme il s'agit du même contrat, bien que renouvelé, l'art. 7 LBFA sur la durée initiale n'est pas applicable³³³.
- 405** L'art. 8 al. 2 LBFA prévoit la possibilité pour les parties de s'accorder sur une reconduction plus courte du bail dans les trois mois qui la suivent. L'accord n'est pourtant valable que s'il a été approuvé par l'autorité cantonale.
- 406** Comme la durée des baux à ferme agricoles est relativement longue et considérant que les périodes de renouvellement sont en principe de six ans, le législateur a spécialement prévu des règles en matière d'adaptation du contrat en fonction des circonstances³³⁴.

³³¹ *Ibidem.*

³³² STUDER B./HOFER E., *Das landwirtschaftliche Pachtrecht*, Brugg 1987, p. 88 (p. 95-96 dans la version française).

³³³ *Ibidem.*

³³⁴ Art. 10 *et seq.* LBFA.

Chapitre 3 : Du caractère impératif ou dispositif des règles sur le renouvellement

L'appréciation du caractère dispositif ou impératif d'une norme est importante dans la mesure où il s'agit de déterminer si les parties sont libres d'exclure son application³³⁵. Dans ce chapitre, l'analyse portera sur les règles qui traitent du renouvellement tacite étudiées précédemment. 407

Le contrat de bail à loyer. La lettre de l'art. 266 al. 2 CO ne permet pas de déterminer le caractère dispositif ou impératif de la norme. La jurisprudence n'a pas encore dû affronter cette question et la doctrine n'est pas unanime. Une partie est de l'avis que la disposition sur le renouvellement tacite est clairement de droit impératif³³⁶. Cette opinion ne semble pas tenir compte du Message du Conseil fédéral qui est clair sur ce point. Le Message précise que la présomption que le contrat devient un contrat de durée indéterminée peut être renversée en apportant « la preuve de l'intention contraire des parties »³³⁷. À notre avis, la règle contenue à l'art. 266 al. 2 CO est dès lors de **nature dispositivo**. 408

La règle sur le renouvellement tacite du contrat de bail ayant un caractère dispositif, un contrat pourrait contenir une clause qui exclut que le contrat puisse être tacitement renouvelé. Une telle clause serait parfaitement licite. *Quid* si à l'échéance du contrat les parties poursuivent son exécution ? 409

Deux solutions sont envisageables. La première consiste à considérer qu'un nouveau contrat a été conclu. Il s'agit en quelque sorte de la solution logique, les parties ayant clairement exclu tout renouvellement. La seconde solution est de considérer que les parties ont dérogé tacitement à la clause excluant tout renouvellement. La volonté des parties de donner suite à l'ancien contrat ou d'en conclure un nouveau est déterminante. Le simple fait d'avoir « renouvelé » un contrat stipulé non renouvelable ne signifie pas nécessairement que les parties ont entendu donner suite à l'ancien contrat. Dans la mesure où les parties ont conclu un nouveau contrat, son contenu devra s'apprécier en fonction de toutes les circonstances. En principe, il est présumé identique à celui qui avait été conclu initialement. Les droits et obligations des parties demeurent probablement inchangés. En revanche, la conclusion d'un nouveau contrat 410

³³⁵ Dans les cas où les parties sont convenues de l'exclusion du renouvellement, cf. *infra* ¶¶ 737 et seq.

³³⁶ ZK-HIGI, art. 266 CO, N 5, selon cet auteur, les mots « *so gilt* es als unbefristetes Mietverhältnis » (italique dans l'original) seraient à même de qualifier la règle comme étant du droit impératif ; dans le même sens aussi RONCORONI, *Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts*, in MP 2006 67 (90).

³³⁷ FF 1985 I 1429. Ce point de vue est également soutenu in SVIT-K, art. 266 CO, N 2 ; cf. *supra* ¶ 106.

a une incidence sur la contestation du loyer initial. Si l'on est en présence d'un nouveau contrat, la contestation du loyer initial selon l'art. 270 CO est ouverte³³⁸.

- 411** Indépendamment du fait que les parties aient exclu le renouvellement ou non, le caractère dispositif de l'art. 266 al. 2 CO permet aux parties d'apporter la preuve qu'elles étaient *ad idem* de prolonger le contrat pour une durée déterminée, par opposition à la présomption d'un contrat de durée indéterminée contenue dans la loi.
- 412** **Le bail à ferme.** L'art. 295 al. 2 CO est, à notre sens, de nature dispositives³³⁹. Les parties peuvent donc valablement déroger à cette règle.
- 413** **Le contrat de travail.** L'art. 361 CO énumère les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ni au détriment de l'employeur ni à celui du travailleur. Parmi ces dispositions, seul l'alinéa 3 de l'art. 334 CO est mentionné³⁴⁰. L'art. 362 CO précise, quant à lui, les dispositions dites relativement impératives ; c'est-à-dire les règles auxquelles on ne peut déroger qu'en faveur du travailleur. La règle sur la reconduction tacite contenue à l'alinéa 2 de l'art. 334 CO ne figure pas parmi les dispositions de la liste des art. 362 et 362 CO.
- 414** L'art. 334 al. 2 CO est donc une disposition de **nature dispositives**. Il convient de s'interroger sur une éventuelle clause contenue dans un contrat de travail excluant tout renouvellement tacite. Comment affronter l'hypothèse dans laquelle les parties, après l'échéance du contrat, continuent son exécution ? En réalité, les avantages liés à l'ancienneté du travailleur ne dépendent pas de la durée de contrats distincts, mais des années de service (art. 335c al. 1 CO) ou des « *rappports de travail* » (cf. par exemple art. 324a al. 2 CO)³⁴¹. Le problème énoncé se recoupe avec celui des **contrats successifs**. La conclusion de contrats successifs n'est pas contraire à la loi, à moins que son but ne soit celui d'éluider les dispositions qui protègent le travailleur (cf. *supra* ¶¶ 265 et seq.). Le caractère dispositif de l'art. 334 al. 2 CO ne porte donc pas atteinte à l'esprit de protection du travailleur visé par les règles sur le contrat de travail.
- 415** En termes de durée, les parties peuvent apporter la preuve qu'elles entendaient prolonger l'exécution du contrat pendant une nouvelle période déterminée. De même, elles peuvent valablement convenir à l'avance qu'en cas de reconduction tacite, le contrat sera prolongé pendant une durée déterminée³⁴².

³³⁸ En matière de contestation du loyer initial, cf. *supra* ¶¶ 144 et seq.

³³⁹ Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé en la matière. Cf. cependant l'arrêt du Obergericht de Lucerne du 15.09.2003 in Assistalex 2003 N 10524. Dans le même sens CR-CO-I-RONCORONI, art. 295 CO, N 4.

³⁴⁰ L'art. 334 al. 3 CO prévoit que « le contrat conclu pour plus que dix ans peut être résilié après dix ans par chacune des parties pour la fin d'un mois, moyennant un délai de congé de six mois ».

³⁴¹ CR-CO-I-AUBERT, art. 335 CO, N 6 ; cf. aussi CR-CO-I-AUBERT, art. 335c CO, N 1.

³⁴² FF 1984 II 617.

Le contrat d'agence. L'art. 418p al. 2 CO prévoit que « si le contrat fait pour une durée déterminée est tacitement prolongé de part et d'autre, il est réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus ». 416

Le contrat d'agence peut être qualifié de durée déterminée dans deux hypothèses : soit la durée a été fixée par les parties, soit la durée du contrat est déterminée selon son but³⁴³. Nous avons constaté précédemment que, dans la seconde hypothèse, un « renouvellement tacite » implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat (cf. *supra* ¶¶ 307 et seq.). 417

S'agissant de la première hypothèse, les parties au contrat peuvent-elles déroger à la règle posée à l'art. 418p al. 2 CO ? Aucun élément ne permet de conclure que l'art. 418p al. 2 CO serait impératif. À notre avis, la règle est donc de **nature dispositive**³⁴⁴. 418

Une clause excluant tout renouvellement tacite n'est par conséquent pas contraire à la loi. Si les parties poursuivent tout de même l'exécution du contrat, il conviendra de déterminer s'il y a conclusion d'un nouveau contrat, en principe identique au premier³⁴⁵, ou si les parties ont dérogé tacitement à la clause excluant tout renouvellement (cf. *supra* ¶ 410). Le caractère dispositif de l'art. 418p al. 2 CO ne permet pas seulement d'exclure tout renouvellement tacite, mais donne également la faculté aux parties d'apporter la preuve qu'elles entendaient prolonger le contrat pour une durée supérieure à une année, ou pour toute autre durée. 419

La société simple. À notre sens, l'art. 546 al. 3 CO est de **nature dispositive**, aucun élément ne plaçant en faveur d'un éventuel caractère impératif. Les sociétaires peuvent donc valablement exclure tout renouvellement tacite. 420

Le contrat d'assurance. En vertu de l'art. 97 LCA, l'art. 47 LCA est **absolument impératif**. Partant, toute clause prévoyant le renouvellement tacite du contrat pour plus d'une année n'aura d'effet que pour une année (cf. *supra* ¶ 365). 421

Le bail à ferme agricole. Une interprétation littérale de l'art. 8 LBFA est suffisante pour apprécier son caractère dispositif ou impératif. En effet, l'alinéa 2 de l'art. 8 LBFA prévoit que « l'accord prévoyant la reconduction pour une durée plus courte [de moins de six ans] n'est valable que s'il est approuvé par l'autorité cantonale. L'approbation doit être demandée dans les trois mois à compter du début de la reconduction du bail ». Certes, ce cas s'inscrit dans le cadre du renouvellement par accord exprès. Néanmoins, si le législateur a prévu la condition nécessaire de l'approbation par l'autorité cantonale en cas de réduction de la durée de reconduction, la règle de l'art. 8 al. 1 lit. a LBFA est donc de **nature impérative**. Le 422

³⁴³ Cf. art. 418p al. 1 CO.

³⁴⁴ Cf. TF 4C.277/2001, arrêt du 4 février 2002, c. 1.a), mais qui ne mentionne le caractère dispositif qu'en passant.

³⁴⁵ Les conséquences liées à la conclusion d'un nouveau contrat sont énoncées *supra* ¶¶ 325 et seq.

législateur a voulu assurer au fermier qu'en cas de reconduction tacite le bail à ferme devient un contrat de durée indéterminée, dont les termes et les conditions ne changeront pas pendant six années.

- 423** Pour que la durée de reconduction soit réduite, un accord dans ce sens devra être approuvé par l'autorité cantonale³⁴⁶. Comme l'alinéa 3 de l'art. 8 LBFA dispose que les règles sur la réduction de la durée initiale du bail sont applicables par analogie, les conditions de fond à remplir afin d'obtenir l'approbation doivent être recherchées dans l'art. 7 LBFA, notamment l'alinéa 3. Un accord sur la réduction de la durée de reconduction sans changements pendant six ans n'est approuvé que si la situation personnelle ou économique d'une partie ou d'autres motifs objectifs le justifient.

³⁴⁶ Art. 8 al. 2 LBFA.

Chapitre 4 : Analyse des contrats nommés ne prévoyant aucune règle sur le renouvellement

Section I: Remarques préliminaires

1. Le renouvellement pour une durée déterminée ou indéterminée

Dans le présent chapitre, l'étude portera sur des contrats nommés qui ne prévoient aucune règle sur le renouvellement tacite. D'une manière générale, les règles sur la reconduction tacite donnent un cadre juridique à une situation en principe incertaine. 424

Lorsqu'un renouvellement tacite implique la prolongation du contrat pour une durée déterminée, comme dans le contrat d'agence³⁴⁷, les parties sont en principe liées jusqu'à une date précise. Même si la règle sur le renouvellement tacite du contrat d'agence prévoit une durée de prolongation maximale, les parties risquent tout de même d'être liées pendant une période pouvant aller jusqu'à une année. 425

En revanche, lorsque la règle sur le renouvellement tacite a comme conséquence de transformer le contrat en une relation de durée indéterminée, la fin d'un tel contrat ne peut être établie qu'eu égard aux règles relatives à la fin d'un tel contrat de durée indéterminée, c'est-à-dire les règles sur la résiliation. 426

2. Appréciation de règles potentielles

En cas de renouvellement tacite³⁴⁸ à l'échéance d'un contrat de durée déterminée, trois scénarios sont potentiellement envisageables. Dans le *premier*, toutes les parties sont d'accord sur le renouvellement du contrat ainsi que sur la durée d'un tel renouvellement. Dans le *deuxième*, les parties sont d'accord sur le principe du renouvellement, mais leur volonté réelle n'est pas concordante en termes de durée de prolongation. Dans le *troisième* cas, une seule partie veut véritablement renouveler et son cocontractant s'est vu imposer la prolongation du contrat à la suite d'une interprétation de son comportement en vertu du principe de la confiance. 427

³⁴⁷ Cf. *supra* ¶ 312.

³⁴⁸ L'analyse du renouvellement effectuée *supra* ¶¶ 34 et seq. demeure valable dans le cadre des contrats ne prévoyant aucune règle sur le renouvellement.

- 428 Le premier scénario.** Cette situation est évidemment la plus souhaitable. Dans la mesure où la volonté réelle des parties est réciproque et concordante, l'exécution du contrat se poursuit selon cette volonté.
- 429 Le deuxième scénario.** Soit on impose une prolongation fixe et définie déjà au moment du renouvellement tacite, soit on transforme le contrat en une relation de durée indéterminée. Cette dernière solution est celle qui ne lierait pas une partie à l'autre contre sa volonté pour une trop longue période. Dans la mesure où les parties veulent poursuivre l'exécution du contrat, elles pourront toujours formaliser cette entente par un accord écrit et éviter ainsi une situation d'insécurité juridique.
- 430 Le troisième scénario.** Dans ce cas, il convient de trouver une solution qui prenne en compte les intérêts des deux parties ; une partie voulant réellement poursuivre l'exécution du contrat, l'autre ne voulant pas, mais son comportement a créé des attentes légitimes à l'endroit de l'autre partie.
- 431 Les éléments à prendre en considération.** Que l'on se trouve dans le deuxième ou dans le troisième scénario, il convient de mettre en balance deux éléments, l'un s'opposant à l'autre. D'un côté, les attentes légitimes éveillées chez une partie (application du principe de la confiance) méritent protection ; de l'autre, il est souhaitable de ne pas lier une partie pour une période trop longue. Les parties n'ayant pas réglé la question du renouvellement tacite, on ne saurait les lier trop longtemps contre leur volonté. En outre, si une partie se trouve dans une situation de faiblesse par rapport à l'autre, l'équilibre doit être trouvé en tranchant plutôt en sa faveur.
- 432 Les attentes légitimes** d'une partie sont selon nous déterminantes. La durée de la prolongation du contrat dépendra donc de ce qu'une partie pouvait de bonne foi croire en fonction du comportement de son cocontractant ; il ne s'agit que d'une application du principe de la confiance, lui-même découlant des règles de la bonne foi³⁴⁹.
- 433** Il est toutefois des cas dans lesquels la recherche des attentes légitimes relatives à la durée du renouvellement peut s'avérer impossible par manque d'éléments.
- 434 Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer un accord sur la durée du contrat renouvelé,** il convient en principe de présumer que le contrat se transforme en contrat de **durée indéterminée**, à moins que les circonstances du cas concret ne commandent l'application d'une autre solution. Les deux parties pourront donc mettre un terme au contrat selon les règles applicables à la fin des contrats de durée indéterminée qui varient en fonction de la qualification juridique du contrat objet du litige. Cela permet aux parties, en règle générale, de se départir du contrat **dans un délai convenable**

³⁴⁹ ATF 99 II 67, c. 3 ; CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 14.

établi par la loi. Cette solution s'inspire de la tendance générale du législateur de considérer qu'un contrat de durée déterminée tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée.

Dans tous les cas, les parties doivent avoir l'opportunité de prouver qu'elles entendaient renouveler le contrat pour une durée déterminée ou indéterminée. Le problème se pose ici au niveau de la preuve. Qu'il s'agisse de déterminer la preuve d'une entente réelle ou la preuve d'une attente légitime (interprétation objective selon le principe de la confiance), il est nécessaire de considérer un certain nombre de facteurs. **435**

Correspondance entre les parties. Suivant sa teneur, il est parfois possible de déterminer le moment jusqu'auquel les parties veulent poursuivre l'exécution du contrat. Prenons comme exemple le cas du prêt d'un appartement. À l'échéance de la durée initialement stipulée, l'emprunteur ne rend pas la chose à son cocontractant, lequel, en connaissance de cause, ne réagit pas. Si l'emprunteur a envoyé une communication au prêteur lui signifiant sa volonté de garder l'appartement encore jusqu'à une date déterminée ou déterminable, et dans la mesure où le prêteur n'a pas réagi alors que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à une réponse de sa part, il convient de fixer la durée du renouvellement jusqu'à l'échéance de cette date. **436**

Autres renouvellements du même contrat dans le passé. Lorsqu'un contrat a été systématiquement renouvelé pour des périodes d'une année, cela fera plutôt présumer que la durée du dernier renouvellement sera également d'une année. **437**

Autres contrats équivalents ou analogues conclus entre les parties – Usages entre les parties. Si l'on peut déterminer une certaine similitude en termes de durée de ces contrats, on pourra s'en inspirer pour déterminer la durée du contrat tacitement renouvelé. Il s'agit d'un usage entre les parties ; ce principe est expressément consacré à l'art. 9 al. 1 CVIM et à l'art. 1.9 al. 1 des Principes UNIDROIT. Même si la CVIM et les Principes UNIDROIT ne sont pas applicables au contrat, il s'agit d'un principe largement reconnu qui mérite d'être pris en considération. **438**

Les parties sont liées « par les habitudes qui se sont établies entre elles »³⁵⁰. Seules sont pertinentes les pratiques entre les parties³⁵¹. Souvent, une circonstance répétée deux **439**

³⁵⁰ Art. 9 al. 1 CVIM, deuxième partie de la phrase.

³⁵¹ SCHMIDT-KESSEL, CISG Commentary (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER), art. 9, N 8 ; cf. aussi MELIS, Kommentar zum UN-Kaufrecht (HONSELL), art. 9, N 4 : « Sie [die Gepflogenheiten] entwickeln sich durch **individuelle Übung** von Vertragspartnern während der Vertragsabwicklung » (gras dans l'original) ; SAENGER, Internationales Vertragsrecht (FERRARI), art. 9 CISG, N 3, qui définit les habitudes comme étant des « kaufmännische Übungen und Verhaltensweisen [...] welche die Parteien regelmässig anzuwenden pflegen » ; l'existence des habitudes dépendra évidemment des circonstances du cas d'espèce, Art. 1.9(2) UNIDROIT Principles 2004.

fois a déjà été considérée comme suffisante³⁵². La relation entre les parties doit avoir créé une attente légitime que les parties procéderont de la même manière à l'avenir³⁵³. La question qu'il faut se poser est celle de savoir si les parties ont atteint un point où elles peuvent raisonnablement s'attendre à ce que la pratique représente une entente commune et que l'autre partie se sente liée par celle-ci³⁵⁴. Cette entente est alors automatiquement applicable³⁵⁵.

- 440** La règle est une expression du principe général de la bonne foi³⁵⁶ et sanctionne le *venire contra factum proprium*³⁵⁷. Les « habitudes » n'influencent pas seulement l'interprétation du contenu d'une manifestation de volonté, mais sont également importantes pour l'interprétation du contrat afin de le compléter³⁵⁸.
- 441** **Les usages d'une certaine branche.** Dans la mesure où il existe des usages particuliers en matière de durée des contrats dans une branche donnée, ils seront nécessairement pris en compte pour apprécier la durée du contrat renouvelé.
- 442** L'absence d'une règle générale unique rend particulièrement délicat le cas du renouvellement tacite d'un contrat où ni la loi, ni le contrat lui-même ne prévoient quoi que ce soit en cas de reconduction. Dans ce chapitre, l'analyse portera sur de tels contrats.

Section II: Le contrat de prêt à usage

1. Introduction

- 443** Le prêt à usage est défini comme étant un contrat par lequel le prêteur s'oblige à céder à titre gratuit l'usage d'une chose que l'emprunteur s'engage à lui rendre après s'en être servi³⁵⁹. La loi n'impose aux parties le respect d'aucune forme particulière ; un simple accord oral suffit. Cet accord doit porter sur les deux éléments objectivement essentiels, à savoir la cession de l'usage et le caractère gratuit.

³⁵² SCHMIDT-KESSEL, CISG Commentary (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER), art. 9, N 8 ; cf. SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, p. 93 « [...] it is generally acknowledged that the parties' relationship must have lasted for some time and must have led to the conclusion of various contracts ».

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ VOGENAUER/KLEINHEISTERKAMP/VOGENAUER, Art. 1.9 PICC, N 7.

³⁵⁵ *Idem*, N 9.

³⁵⁶ MELIS, Kommentar zum UN-Kaufrecht (HONSELL), art. 9, N 4 ; SAENGER, Internationales Vertragsrecht (FERRARI), art. 9 CISG, N 3.

³⁵⁷ SCHMIDT-KESSEL, CISG Commentary (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER), art. 9, N 8 ; MELIS, Kommentar zum UN-Kaufrecht (HONSELL), art. 9, N 4.

³⁵⁸ MELIS, Kommentar zum UN-Kaufrecht (HONSELL), art. 9, N 4.

³⁵⁹ Art. 305 CO.

Le prêteur a l'obligation de céder l'usage de la chose faisant l'objet du contrat. 444
L'emprunteur dispose en ce sens d'une action personnelle³⁶⁰. Il a également le droit de se faire rembourser les dépenses extraordinaires auxquelles il a dû faire face dans l'intérêt du prêteur, conformément à l'art. 307 al. 2 CO.

L'emprunteur a l'obligation d'utiliser la chose selon l'accord conclu entre les parties 445
ou, à défaut, selon la nature de sa destination³⁶¹. La loi précise spécifiquement qu'il n'a pas le droit d'autoriser un tiers à se servir de la chose³⁶². Cette règle se justifie par le caractère personnel du contrat³⁶³. Les parties peuvent toutefois expressément ou tacitement convenir autre chose³⁶⁴.

Selon l'art. 307 al. 1 CO, l'emprunteur a l'obligation de supporter les dépenses 446
ordinaires d'entretien. La dernière obligation de l'emprunteur est celle de restituer la chose prêtée à l'expiration du contrat.

Le cas du contrat de durée déterminée. Si les parties ont convenu une durée 447
déterminée, le contrat prendra fin à l'expiration de cette période³⁶⁵. À défaut d'un tel accord, le prêt à usage prend fin aussitôt que l'emprunteur a fait de la chose l'usage convenu ou par l'expiration du temps dans lequel l'usage aurait pu avoir lieu³⁶⁶. L'art. 309 al. 2 CO énumère, en outre, les circonstances qui donnent le droit au prêteur de réclamer la chose avant la fin de la durée convenue ou résultant du but du contrat³⁶⁷.

Le cas du contrat de durée indéterminée. Si l'on est en présence d'un contrat conclu 448
pour une durée indéterminée, le prêteur peut réclamer la chose en tout temps. Le prêteur doit tout de même respecter les règles de la bonne foi³⁶⁸.

Enfin, l'art. 311 CO dispose que le contrat est réputé échu en cas de décès de 449
l'emprunteur. *A contrario*, en cas de mort du prêteur, le contrat reste valable et se poursuit avec ses héritiers³⁶⁹.

Le contrat de prêt à usage, eu égard à la faible quantité de règles, ne se prête pas bien 450
à l'analyse du renouvellement. Plus particulièrement, nous nous bornerons à étudier quand un renouvellement a lieu et quand l'on peut encore parler d'un seul contrat

³⁶⁰ HUGUENIN, BT, N 550 ; TERCIER/FAVRE, N 2962.

³⁶¹ Art. 306 al. 1 CO.

³⁶² Art. 306 al. 2 CO.

³⁶³ TERCIER/FAVRE, N 2947.

³⁶⁴ *Idem*, N 2969.

³⁶⁵ Art. 309 al. 1 CO *a contrario*.

³⁶⁶ Art. 309 al. 1 CO.

³⁶⁷ L'art. 309 al. 2 CO prévoit que « [l]e prêteur peut réclamer la chose, même auparavant, si l'emprunteur en fait un usage contraire à la convention, s'il la détériore, s'il autorise un tiers à s'en servir, ou enfin s'il survient au prêteur lui-même un besoin urgent et imprévu de la chose ».

³⁶⁸ TERCIER/FAVRE, N 2979.

³⁶⁹ HUGUENIN, BT, N 560 ; TERCIER/FAVRE, N 2983.

renouvelé ou, au contraire, d'un nouveau. La question de la durée du renouvellement sera également examinée.

- 451** Contrairement aux autres contrats analysés, considérer un contrat comme étant renouvelé ou conclure qu'un nouveau contrat a pris naissance ne comporte aucune différence en termes de conséquences. Les dispositions légales du contrat de prêt ne contiennent aucune norme qui ferait dépendre une prestation donnée de la durée du contrat.
- 452** Dans l'analyse qui suit, nous ferons une distinction entre le prêt fait pour un usage général (« je te prête mon vélo pour trois mois ») de celui d'une chose destinée à un but ou une activité spécifique (« je te prête mon vélo pour la course de triathlon »). Dans les deux cas, il s'agit donc d'un prêt pour une durée déterminée.

2. Le renouvellement tacite

- 453** **Le prêt à usage général.** Le cas du prêt d'une chose pour un but général sera analysé en premier. Une reconduction tacite aura lieu lorsque, une fois le terme du contrat arrivé à échéance, l'emprunteur poursuit l'utilisation de la chose et le prêteur reste passif en connaissance de cause. Ainsi, la simple utilisation par l'emprunteur ne suffit pas à conclure à un renouvellement tacite. Encore faut-il inférer des circonstances que la passivité du prêteur implique une acceptation du renouvellement. Dans un tel cas, l'objet du contrat étant inchangé, on sera en présence d'un seul et même contrat. Le contrat initialement conclu est simplement prolongé.
- 454** **Le prêt à usage spécifique.** Le second type de prêt porte sur une chose donnée pour un but spécifique. Un renouvellement peut se concrétiser dans les mêmes circonstances qu'un prêt fait en vue d'un usage général. Le sort du contrat est cependant différent (*cf. infra* ¶ 458).

3. Conséquences du renouvellement tacite

- 455** **Le prêt à usage général.** Dans la mesure où le contrat a été tacitement reconduit, il sied de s'interroger sur le sort du contrat. Étant donné que l'on se trouve dans un cas de renouvellement tacite, il est exclu que les parties puissent avoir eu la possibilité de s'accorder sur une période de prolongation spécifique. De même, nous partirons du principe que les circonstances du cas concret n'apportent pas de solution.
- 456** Il reste fondamentalement deux possibilités : soit on considère le contrat renouvelé pour une nouvelle période déterminée (voire avec un plafond, comme dans le cas du contrat d'agence ou du contrat d'assurance), soit on tranchera en faveur d'une prolongation pour une durée indéterminée.

Selon la proposition exposée précédemment (cf. *supra* ¶ 434), la dernière option sera appliquée. Le prêt à usage se distingue par son caractère gratuit et il convient de prendre en considération les intérêts du prêteur. Or si l'on considère le contrat renouvelé pour une nouvelle période déterminée, le prêteur ne pourra pas réclamer la chose en tout temps, sauf dans les cas énumérés à l'art. 309 al. 2 CO. Cette solution pourrait sembler inéquitable si l'on procède à une pesée des intérêts en cause. Il convient plutôt de suivre la règle générale proposée (cf. *supra* ¶ 434) et donc réputer le contrat renouvelé pour une période indéterminée. Dans ce cas, le prêteur pourra réclamer la chose en tout temps conformément à l'art. 310 CO. 457

Le prêt à usage spécifique. Un renouvellement d'un prêt à usage spécifique ne peut pas avoir lieu au sens strict. En effet, la reconduction tacite aura comme effet la création d'un nouveau contrat. Le contrat initialement conclu a été stipulé pour un but précis, sa « prolongation » suppose, en réalité, la conclusion d'un nouveau contrat. 458

Dans le cas du vélo prêté pour le triathlon, si l'emprunteur continue d'utiliser la chose et que le prêteur l'accepte tacitement, il convient de considérer le nouveau contrat comme un prêt accordé pour un usage général pour une période indéterminée. Une telle conclusion s'impose pour les mêmes raisons évoquées précédemment (cf. *supra* ¶ 457). 459

4. Le renouvellement par accord exprès

Le prêt à usage général. Dans ce cas, les parties ont deux possibilités : la première option consiste à renouveler le contrat pour une nouvelle période déterminée ; dans la seconde, les parties choisissent une prolongation pour une durée indéterminée. 460

Le prêt à usage spécifique. Dans cette hypothèse, les parties demeurent libres, comme dans l'autre cas, de renouveler le contrat pour une durée déterminée (ou de nouveau pour un but spécifique) ou pour une période indéterminée. 461

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

Le prêt à usage général. En cas de prêt d'une chose pour un usage général, les conséquences d'un renouvellement par accord exprès varient en fonction du type de prolongation stipulé par les parties. En cas de renouvellement pour une durée déterminée, le prêteur ne pourra réclamer la chose qu'une fois le contrat arrivé à échéance, exception faite pour les cas spécifiques énumérés à l'art. 309 al. 2 CO. En cas 462

de prolongation pour un temps indéterminé, le prêteur sera en mesure de réclamer la chose en tout temps³⁷⁰.

463 Le prêt à usage spécifique. S'agissant du prêt spécifique, le raisonnement proposé dans le cadre des conséquences du renouvellement tacite s'applique également ici. En effet, rien ne change au fait que la chose a été prêtée en vue d'un but spécifique. Son « renouvellement » implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat. Les conséquences en termes de droit de réclamer la chose par le prêteur changeront en fonction de la décision prise par les parties.

464 Les parties peuvent s'accorder sur le renouvellement du contrat de prêt à usage sans toutefois définir la nouvelle durée du prêt. Dans un tel cas, il convient d'appliquer les mêmes conséquences décrites dans l'hypothèse d'une reconduction tacite (*cf. supra* ¶¶ 455 *et seq.*), la situation étant analogue. Le contrat renouvelé se transformera ainsi en contrat de durée indéterminée.

6. Le cas du Règlement de prêt pour les bibliothèques scientifiques et universitaires genevoises

465 Comme indiqué en introduction, le contrat de prêt à usage, et plus particulièrement son renouvellement, ne donne pas lieu à des difficultés importantes, ne serait-ce que pour les faibles conséquences qui s'y rattachent. On donnera cependant un exemple pratique afin de montrer le fonctionnement du renouvellement.

466 L'exemple découle du Règlement de prêt pour les bibliothèques scientifiques et universitaires genevoises³⁷¹. Dans l'annexe au règlement, on constate que la durée du prêt est de 28 jours. Il s'agit donc d'un prêt de durée déterminée. Des prolongations sont envisageables, mais le nombre est limité à deux. En outre, un renouvellement n'est possible que dans la mesure où le document emprunté n'est pas réservé par une autre personne. Les règles en matière de renouvellement sont ici bien définies.

Section III: Le mandat proprement dit

1. Introduction

467 Le mandat proprement dit est réglé aux art. 394 à 406 CO. La faible réglementation qui est propre à cette institution rend l'analyse du renouvellement délicate. Nous verrons, par la suite, qu'il sera opportun d'opérer quelques distinctions pour savoir

³⁷⁰ Art. 310 CO.

³⁷¹ Disponible à l'adresse http://www.biblio-geneve.ch/prest/documents/reglement/RP_pour_web.pdf.

quels types de mandats sont renouvelables, à proprement parler. Avant de commencer l'analyse au fond, nous mettrons en évidence les obligations principales des parties, la durée et la fin du contrat de mandat.

Le mandat est défini comme étant une convention par laquelle le mandataire s'oblige à rendre des services dans l'intérêt du mandant, selon la volonté de ce dernier, pour autant que les conditions d'un autre contrat ne soient pas réalisées³⁷². Il a donc un caractère subsidiaire. **468**

La conclusion du contrat est soumise aux règles générales en la matière. La loi n'impose le respect d'aucune forme spécifique. Une particularité en termes de conclusion du contrat est définie à l'art. 395 CO, en vertu duquel le mandataire auquel une personne s'est adressée est réputé avoir accepté le mandat faute d'un refus immédiat³⁷³. **469**

Le mandataire est tenu de rendre des services. La définition de cette obligation est très large et nous ne saurons ici la détailler ultérieurement. Il convient cependant de préciser que l'étendue du mandat peut se juger de deux manières : soit les parties l'ont spécifiquement dessiné, soit on jugera d'après la nature de l'affaire. **470**

L'art. 398 al. 2 CO consacre les obligations de diligence et de fidélité auxquelles le mandataire est soumis. Selon la jurisprudence, le niveau de diligence s'apprécie selon des critères objectifs. Il faut se demander si un mandataire consciencieux, placé dans les mêmes circonstances, aurait agi différemment dans la gestion de l'affaire, considérant qu'une diligence accrue est attendue d'un mandataire professionnel qui travaille contre rémunération³⁷⁴. **471**

Le mandataire a, en outre, le devoir de rendre compte et de restituer au mandant tout ce qu'il a reçu en exécutant le mandat³⁷⁵. **472**

Selon l'art. 402 CO, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais supportés par celui-ci, le libérer des obligations par lui contractées et enfin réparer tout dommage causé par l'exécution du mandat. Le mandant n'est tenu de payer des honoraires que si la convention ou l'usage le prévoient (art. 394 al. 3 CO). **473**

Le renouvellement doit être lu en parallèle avec la durée du contrat, et notamment sa fin. En termes de durée, la distinction proposée par VENTURI-ZEN-RUFFINEN devient particulièrement utile (cf. *supra* ¶¶ 16 *et seq.*). En effet, il convient de distinguer le cas où la prestation du mandataire met fin au contrat, de celui où le fait de prester ne met pas fin au contrat. Dans le dernier cas, on parle de contrat de durée au sens large. Le **474**

³⁷² TERCIER/FAVRE, N 4972.

³⁷³ *Idem*, N 5061.

³⁷⁴ TF 4A_188/2009, arrêt du 24 août 2009, c. 2 ; ATF 115 II 62, c. 3.

³⁷⁵ Art. 400 al. 1 CO.

contrat ne prend pas fin par une prestation *uno actu*, mais de manière hétéronome par l'exercice d'un droit formateur ou par un accord entre parties³⁷⁶. L'importance de la distinction entre mandat « général » et mandat « spécifique » sera approfondie dans le cadre de l'analyse du renouvellement.

- 475** Selon l'art. 404 al. 1 CO, le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. Bien que ce thème ne fasse pas partie du sujet de la présente étude, il devient pertinent si l'on prend en compte les deux opinions en la matière (sur ce point *cf. infra* ¶¶ 493 et *seq.*).
- 476** En matière de renouvellement du contrat de mandat proprement dit, la première question porte sur les types de mandats qui sont renouvelables à proprement parler – c'est-à-dire les contrats qui peuvent être réputés prolongés. En effet, il est des mandats pour lesquels un « renouvellement » n'est pas possible. On sera nécessairement en présence d'un nouveau contrat. La distinction entre mandats « généraux » et mandats « spécifiques » permet de délimiter les contrats susceptibles d'être prolongés.
- 477** **Le mandat spécifique.** Un contrat par lequel un avocat est chargé d'assister son client pour une transaction déterminée ne sera pas renouvelable, par simple logique. L'exécution par la mandataire met fin au contrat et une prolongation est impossible, et ce même si les parties utilisent ce terme en sous-entendant que l'avocat l'aidera dans une autre transaction. Un « renouvellement » de ce type de mandat constitue un renouvellement improprement dit.
- 478** **Le mandat général.** Dans d'autres types de mandats, comme la gestion de fortune, un renouvellement est envisageable dans la mesure où, le contrat arrivant à échéance, les parties continuent d'exécuter leurs prestations, que cela ait été convenu tacitement ou expressément. On comprend donc que le renouvellement d'un contrat de mandat est limité aux mandats dits « généraux ». Dans les autres cas, les parties concluent nécessairement un second contrat.

2. Le renouvellement tacite

- 479** Une fois que le contrat arrive à échéance, il convient de s'interroger sur le moment à partir duquel il faut considérer le contrat renouvelé, d'une part, et pour quelle durée le contrat est prolongé, de l'autre. Comme indiqué en introduction, l'obligation principale du mandataire est celle de rendre des services. Par conséquent, si le mandataire continue d'exécuter le mandat après sa fin, il faut en déduire son intention de reconduire le rapport de mandat.

³⁷⁶ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 71.

La question de la volonté, réelle ou supposée, du mandant demeure difficile. Il faut en tout cas l'admettre si le mandant rémunère le mandataire (en cas de mandat conclu à titre onéreux) ou lorsqu'il adopte un comportement passif **en pleine connaissance de cause**, éveillant donc des attentes légitimes à l'endroit du mandataire. On ne peut cependant pas exiger de lui de s'assurer activement que le mandataire n'exécute plus le contrat. En effet, si le contrat prévoyait un terme déterminé ou déterminable, le mandant est en mesure de croire de bonne foi que le contrat est parvenu à sa fin. Aucune autre obligation ne pèse à sa charge. En revanche, s'il sait ou est supposé savoir que le mandataire continue d'exécuter le contrat, il doit immédiatement l'informer, faute de quoi le mandat pourrait être réputé renouvelé. 480

3. Conséquences du renouvellement tacite

Une fois admis le renouvellement tacite du mandat, il est nécessaire de savoir pour quelle durée il est prolongé. La loi ne contient pas une norme en la matière. Il s'agit donc d'énumérer les différentes options et d'en rechercher la plus souhaitable. 481

La *première* possibilité consiste à réputer le contrat primitif prolongé pour une nouvelle même période déterminée. Ainsi, si le contrat initialement conclu prévoyait une durée de deux ans, le renouvellement impliquerait une reconduction pour deux années supplémentaires. La *deuxième* possibilité est celle de considérer le contrat renouvelé pour une période indéterminée. Cette solution s'inspirerait de celle qui s'applique au renouvellement du contrat de travail et du contrat de bail. La *troisième* option s'inspire du contrat d'agence, précédemment étudié (*cf. supra* ¶¶ 297 *et seq.*), qui prévoit une règle consistant à admettre un renouvellement pour la même durée convenue auparavant, mais au maximum une année. 482

Suivant la proposition générale (*cf. supra* ¶ 434) et en l'absence d'autres indices, en cas de doute sur la nouvelle durée du contrat tacitement renouvelé, le contrat conclu entre les parties devient une relation de durée indéterminée. 483

L'art. 400 CO institue, entre autres, le devoir de restitution qui pèse sur le mandataire. Ce dernier doit restituer au mandant tout ce qu'il peut avoir reçu ou acquis lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat³⁷⁷. Cette obligation existe déjà pendant le mandat, mais certaines conséquences prennent tout leur sens à la fin du contrat³⁷⁸. 484

Dans un arrêt relativement récent³⁷⁹, le Tribunal fédéral a réaffirmé une règle posée auparavant dans une autre décision³⁸⁰. La question était de savoir quand commence à 485

³⁷⁷ CR-CO-I-WERRO, art. 400 CO, N 12.

³⁷⁸ TERCIER/FAVRE, N 5166.

³⁷⁹ ATF 133 III 37.

³⁸⁰ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 337.

courir le **délai de prescription décennale** afin de réclamer les choses que le mandataire n'avait pas encore restituées. Le Tribunal fédéral a conclu que le droit du mandant de réclamer la restitution ne peut pas commencer à se prescrire avant d'avoir pris naissance, soit avant que le rapport contractuel prenne fin en raison d'un accord bilatéral, de l'expiration de la durée prévue, de la révocation ou de la répudiation³⁸¹. Si un contrat de mandat est donc réputé tacitement prolongé, le délai de prescription ne commence pas à courir dès la fin initialement convenue du contrat. On est en présence du même contrat, mais prolongé.

- 486 La conclusion tacite d'un nouveau contrat de mandat.** Dans un cas de mandat non renouvelable au sens strict (*cf. supra* ¶ 477), si les parties conviennent par actes concluants que l'avocat sera chargé d'assister le client dans une autre transaction, un nouveau contrat sera ainsi conclu. Le *dies a quo* du délai de prescription de l'action personnelle du mandant contre le mandataire en réclamation de ce que ce dernier aurait reçu en exécutant le premier contrat commencera à courir dès ce moment.
- 487 La prolongation du même contrat.** En cas de prolongation du même contrat, le *dies a quo* du délai de prescription sera en revanche reporté à la nouvelle échéance du contrat renouvelé.

4. Le renouvellement par accord exprès

- 488** En matière de mandats « spéciaux », le fait que les parties aient utilisé les termes « renouveler » ou « prolonger » n'a pas d'impact sur le sort du contrat. L'exécution par le mandataire met définitivement fin à l'ancien contrat et un nouveau mandat prend naissance.
- 489** Dans les mandats proprement dits « renouvelables », les parties peuvent prolonger le contrat librement en vertu du principe de la liberté contractuelle.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

- 490** Le contrat de mandat sera prolongé en fonction de l'accord sur le renouvellement passé entre les parties.
- 491 Le *dies a quo* du délai de prescription de l'action en restitution dont dispose le mandant.** Le raisonnement est identique à celui exposé précédemment. Dans la mesure où les parties ont prolongé la durée du contrat, le délai de dix ans

³⁸¹ ATF 133 III 37, c. 3.2. ; 91 II 442, c. 5.b.

commencera à courir dès le nouveau terme stipulé, à moins que les parties aient mis fin au contrat avant, ou encore en cas de révocation ou de répudiation³⁸².

L'absence d'accord sur la durée du renouvellement. Il est des cas où les parties s'accordent sur le renouvellement de leur relation contractuelle, sans pour autant fixer la nouvelle durée. Dans le cas du renouvellement tacite, nous avons conclu qu'il convient de qualifier le contrat comme étant de durée indéterminée. Il convient d'appliquer cette même solution, la situation étant analogue. Si les parties ont manifesté leur volonté de prolonger le contrat, elles n'ont cependant pas déterminé les conséquences en termes de durée. Le contrat sera donc réputé renouvelé pour une période indéterminée. 492

6. L'art. 404 CO : divergence entre jurisprudence et doctrine et impact sur le renouvellement

Les paragraphes qui suivent ne sauraient traiter de manière exhaustive les débats doctrinaux et jurisprudentiels en matière de l'art. 404 CO. L'analyse se bornera à soulever les principales positions de la doctrine et de la jurisprudence afin d'alimenter la discussion relative aux différentes conséquences pratiques en fonction de ces positions. 493

La position de la jurisprudence. La jurisprudence constante considère que l'art. 404 CO est de nature strictement impérative, les parties ne peuvent ni écarter ni réduire la portée de cette disposition³⁸³. 494

La position de la doctrine. De l'autre côté, la doctrine, que l'on pourrait désormais qualifier de dominante, préconise une autre solution³⁸⁴. À juste titre, elle rattache des conséquences différentes selon le caractère plus ou moins marqué du mandat en termes de rapport de confiance. Ainsi, le pouvoir de résilier revient aux deux parties dans la mesure où le service promis présente un caractère strictement personnel³⁸⁵. La liberté contractuelle permettrait aux parties de restreindre le pouvoir du mandataire de résilier le contrat de mandat en cas d'absence de rapport de confiance. Une 495

³⁸² ATF 133 III 37, c. 3.2. ; 91 II 442, c. 5.b.

³⁸³ ATF 115 II 464, c. 2 ; TF 4A_141/2011, arrêt du 6 juillet 2011, c. 2.2 ; TF 4A_437/2008, arrêt du 10 février 2009, c. 1.4 ; TF 4C.373/2006, arrêt du 29 janvier 2007, c. 4.3 ; TF 4P.155/2004, arrêt du 4 octobre 2004, c. 2.2.7 ; TF 4C.447/2004, arrêt du 31 mars 2005, c. 5.4 ; TF 4C.43/2003, arrêt du 24 avril 2003, c. 2.1 ; TF 4C.464/1997, arrêt du 25 août 1998, c. 6.b ; TF 4C.443/1996, arrêt du 26 mars 1997, c. 1.a ; TF 4C.342/1996, arrêt du 3 mars 1997, c. 4.d ; TF 4C.79/1994, arrêt du 2 août 1994, c. 2.a ; TF 4C.479/1993, arrêt du 17 mai 1994, c. 4.a ; TF 4C.212/1991, arrêt du 25 février 1992, c. 3b.bb.

³⁸⁴ GUHL/SCHNYDER § 49, N 32 ; HONSELL, BT, p. 324 *et seq.* ; HUGUENIN, BT, N 835 ; TERCIER/FAVRE, N 5294 *et seq.* ; WEBER, BaKomm OR I, art. 404, N 10.

³⁸⁵ TERCIER/FAVRE, N 5300.

résiliation non autorisée donnerait ainsi au mandant un droit d'exécution forcée des services promis³⁸⁶.

- 496 L'autre question se rapporte au droit de résilier (art. 404 al. 2 CO). En cas d'absence de rapport de confiance, soit en cas de mandats dits **atypiques**, les parties pourraient conclure, pour utiliser les mots de TERCIER/FAVRE, des *véritables mandats de durée*³⁸⁷. En cas de résiliation avant le terme convenu, le résultat serait une résiliation par définition en temps inopportun, ouvrant ainsi la voie à une indemnisation du gain manqué. La seule et unique exception serait la résiliation pour justes motifs, laquelle est toujours ouverte si les conditions sont remplies.
- 497 La jurisprudence est bien consciente des critiques que la doctrine lui oppose, mais elle ne semble pas encore laisser la porte ouverte à un revirement. Cela étant, si le Tribunal fédéral devait changer d'opinion, des conséquences importantes pourraient être dégagées en matière de renouvellement.
- 498 L'avis majoritaire de la doctrine, comme expliqué ci-dessus, confère aux parties le droit de se départir du contrat en tout temps, seulement dans la mesure où le contrat n'a pas de caractère strictement personnel. Dans une telle hypothèse et si les parties sont convenues d'un terme précis ou si celui-ci peut être inféré des circonstances, les parties seraient donc liées jusqu'à ce terme, sans que l'une d'entre elles puisse mettre fin au mandant avant³⁸⁸.

Section IV: Le contrat d'agence matrimoniale

1. Introduction

- 499 Les art. 406a à 406h CO traitent du mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (ci-après le « contrat d'agence matrimoniale »). L'art. 406a al. 1 CO définit l'agence matrimoniale comme étant un contrat par lequel le mandataire s'oblige envers le mandant à lui présenter des personnes en vue de la conclusion d'un mariage ou d'un partenariat stable contre rémunération. La rémunération due au mandataire est un élément objectivement essentiel, contrairement à la règle concernant le mandat proprement dit.
- 500 Le contrat d'agence matrimoniale est un exemple de mandat spécial et les règles du mandat proprement dit s'appliquent à titre supplétif³⁸⁹. L'art. 406d CO comprend un

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ *Idem*, N 5301.

³⁸⁸ Sous réserve de justes motifs.

³⁸⁹ Art. 406a al. 2 CO.

ensemble de règles à respecter pour qu'un contrat soit valablement conclu. Certains points seront repris dans le cadre de l'analyse du renouvellement.

Le contrat d'agence matrimoniale n'est valable que s'il a été conclu en la forme écrite. La loi impose le respect de cette forme pour que les obligations réciproques soient bien définies. Si la forme spéciale imposée n'est pas respectée, la sanction qui en découle sera inévitablement la nullité absolue. Le mandant ne devra notamment aucune rémunération et, dans la mesure où il aurait déjà versé des sommes, il pourra agir sur la base de l'enrichissement illégitime³⁹⁰. La loi impose en outre un certain nombre d'informations qui doivent figurer dans le contrat. **501**

En plus du nom et le domicile des parties³⁹¹, le contrat doit également contenir le nombre et la nature des prestations que le mandataire s'engage à fournir. À ce propos, le contrat doit faire mention des rémunérations et frais dus par le mandant pour chaque prestation, en ce compris les frais d'inscription³⁹². **502**

Dans le cas où les personnes présentées viendraient de l'étranger ou s'y rendraient, le contrat doit contenir le montant maximal de l'indemnité due par le mandataire si ce dernier a supporté les frais de rapatriement³⁹³. **503**

La convention doit contenir les modalités de paiement³⁹⁴, le droit du mandant de résoudre le contrat sans frais dans les sept jours qui suivent la conclusion du contrat³⁹⁵ et l'interdiction pour le mandataire de recevoir des paiements avant l'échéance du délai de sept jours³⁹⁶. **504**

La dernière information impérative se rapporte au droit pour le mandant de révoquer le mandat en tout temps³⁹⁷. Ce droit formateur doit revêtir la forme écrite et, en outre, le mandant est tenu d'indemniser le mandataire en cas de révocation en temps inopportun pour les dépenses qu'il a faites en vue de l'exécution de ses obligations. Une indemnité doit notamment être prise en considération dans l'hypothèse où, en raison du moment où intervient la résiliation, le mandataire aurait encouru des frais qui s'avèreraient désormais inutiles³⁹⁸. **505**

Les art. 406*a* à 406*h* CO ne contiennent aucune règle spécifique relative à la fin du contrat d'agence matrimoniale, du moins pas directement. En l'absence d'une telle **506**

³⁹⁰ TERCIER/FAVRE, N 5504.

³⁹¹ Art. 406*d* ch. 1 CO.

³⁹² Art. 406*d* ch. 2 CO.

³⁹³ Art. 406*d* ch. 3 CO.

³⁹⁴ Art. 406*d* ch. 4 CO.

³⁹⁵ Art. 406*d* ch. 5 CO.

³⁹⁶ Art. 406*d* ch. 6 CO.

³⁹⁷ Art. 406*d* ch. 7 CO.

³⁹⁸ TERCIER/FAVRE, N 5530.

règle, il convient d'appliquer la règle posée par l'art. 404 CO. L'art. 406d ch. 7 CO consacre indirectement la règle de l'art. 404 CO en disposant que le droit inconditionnel de révocation doit figurer dans le contrat³⁹⁹. La loi n'a pas réglé le droit de résiliation du mandataire. Ce dernier est donc en mesure de se départir du contrat également en tout temps. La loi impose que la déclaration de résolution et la résiliation doivent être faites sous forme écrite. Il s'agit d'un complément à la règle générale de l'art. 404 CO. En outre, l'indemnisation pour résiliation en temps inopportun reste due, à l'exclusion de toute autre indemnisation.

- 507 Le contrat d'agence matrimoniale est un mandat qui est marqué par une forte caractéristique personnelle pour le mandant. Le législateur a décidé de donner un cadre à cette institution pour protéger le mandant. Il s'agit d'un élément important dont il faut tenir compte en matière de renouvellement. Avant d'entrer dans le détail de l'analyse, il est utile de comprendre quels types de services offrent les agences matrimoniales. Les exemples qui suivent ne sont pas nécessairement les seuls *packages* que l'on trouve sur le marché, mais donnent une idée du fonctionnement d'une agence. Toute agence matrimoniale demande avant tout une somme destinée à couvrir les frais d'inscription (photo, profil, etc.).
- 508 **Le contrat d'agence matrimoniale « de durée ».** Dans un certain type de service, le mandant paye une somme ultérieurement, couvrant une certaine durée pendant laquelle le mandataire s'engage à lui présenter les personnes qui correspondent au profil discuté ; le prix des présentations étant inclus dans le tarif annuel (forfait). Ce système est souvent utilisé par les sites de rencontres sur Internet⁴⁰⁰. Étant donné que selon l'art. 406d al. 2 CO le contrat doit mentionner « le nombre et la nature des prestations » du mandataire, la doctrine émet quelques doutes concernant la validité de ce type de contrats⁴⁰¹.
- 509 **Le contrat d'agence matrimoniale « par rencontres ».** Dans un autre type de service, le mandant paye une somme annuelle et, par la suite, il s'acquitte des montants qui sont fixés seulement en cas d'acceptation de la part des deux personnes de se rencontrer.
- 510 Dans les deux cas, le contrat d'agence matrimoniale peut être qualifié de contrat de durée⁴⁰².

³⁹⁹ *Idem*, N 5526.

⁴⁰⁰ Sur le sujet des sites Internet de rencontres cf. HUGUENIN/HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (éds.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I), Berne 2011, p. 827 *et seq.*

⁴⁰¹ PIETRUSZAK, BaKomm OR I, art. 406d, N 7 ; HUGUENIN/HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (éds.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I), Berne 2011, p. 842.

⁴⁰² TERCIER/FAVRE, N 5494.

2. Le renouvellement tacite

Dans les paragraphes qui suivent, l'analyse portera sur les comportements des parties propres au contrat d'agence matrimoniale, qui présument une volonté de prolonger la relation contractuelle. Renouveler un contrat implique que les parties poursuivent l'exécution des obligations réciproques au-delà de l'échéance contractuelle. 511

Dans le cas du mandataire, soit la personne physique ou morale qui a pris l'engagement de sélectionner des candidats ou candidates pour le mandant, sa volonté quant à la prolongation du contrat peut se déterminer dans deux hypothèses. 512

Le contrat d'agence matrimoniale « de durée ». Premièrement, on pourrait imaginer l'envoi d'une facture correspondant à une *membership* pour une année supplémentaire. Cette pratique est fréquente dans la majorité des contrats de type « abonnement ». L'envoi d'une facture représente le plus souvent une offre de renouveler le contrat. 513

Le contrat d'agence matrimoniale « par rencontres ». Deuxièmement, l'agence matrimoniale pourrait, une fois que le contrat est échu, présenter de nouvelles personnes au mandant. C'est son obligation principale, et le fait de prolonger au-delà du terme contractuel l'exécution du contrat implique nécessairement sa volonté quant au renouvellement. 514

Du côté du mandant, il est utile de reprendre les deux hypothèses précédentes. Dans le *premier* cas, si le mandant paye la facture envoyée par le mandataire, il accepte ainsi l'offre de renouveler le contrat. Le simple paiement, sans sollicitation, de la cotisation annuelle révèle aussi la volonté du mandant de renouveler. Dans ce cas, il faudra attendre la réaction du mandataire. 515

Dans le *second* cas, le mandataire propose des personnes qui correspondent au profil souhaité par le mandant. La simple acceptation de rencontrer ces personnes fait transparaître la volonté de renouveler le contrat. 516

3. Conséquences du renouvellement tacite

Dans la mesure où l'on considère que les parties ont tacitement renouvelé le contrat d'agence matrimoniale, il convient de s'interroger sur les conséquences d'une telle prolongation. Nous avons vu, en introduction, que la conclusion du contrat d'agence matrimoniale est soumise à un certain nombre de conditions qui ont trait au contenu et à la forme de la convention. 517

En termes de forme, le contrat doit être conclu par écrit (*cf. supra* ¶ 501). Lorsque la loi exige cette forme, l'art. 12 CO précise que « cette règle s'applique également à toutes 518

les modifications du contrat, hormis les stipulations complémentaires et accessoires qui ne sont pas en contradiction avec l'acte ». Selon la doctrine dominante, les modifications portant sur des points non soumis à l'exigence de forme lors de la conclusion du contrat sont des stipulations accessoires⁴⁰³. En particulier, lorsque la loi énumère elle-même les parties du contrat qui sont soumises à une forme spécifique, la détermination de la portée de cette forme ne pose pas de problèmes⁴⁰⁴.

- 519** Le contrat d'agence matrimoniale est un contrat de durée⁴⁰⁵. Cependant, la « durée » du contrat n'est pas un élément présent dans la liste d'informations obligatoires de l'art. 406d CO qui doit figurer dans le contrat⁴⁰⁶. Certes, le chiffre 2 de cette disposition prévoit que le contrat doit indiquer « le nombre et la nature des prestations que le mandataire s'engage à fournir, ainsi que le montant de la rémunération et des frais correspondant à chaque prestation, notamment les frais d'inscription », mais ce « nombre » correspond en principe au **nombre minimal** de rencontres⁴⁰⁷. Il ne s'agit pas d'une question en relation directe avec la durée du contrat. La forme écrite n'est donc pas requise. **La validité du contrat n'est donc pas affectée** par une éventuelle reconduction tacite du contrat d'agence matrimoniale. Les parties sont en présence du même contrat, mais prolongé.
- 520** Les conséquences d'un renouvellement tacite en termes d'obligations des parties ne soulèvent pas de questions importantes. Le mandat et le mandataire ont simplement prolongé le contrat, aucune autre modification ne peut leur être imposée.
- 521 Le droit de repentir (art. 406e CO).** Étant donné que le renouvellement tacite n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat, le droit de repentir de l'art. 406e CO n'est pas applicable.
- 522 La durée du renouvellement.** Afin de déterminer la durée du renouvellement, nous reprendrons les deux exemples de services offerts par les agences matrimoniales (cf. *supra* ¶¶ 508-509). Le premier *package* se compose d'une cotisation annuelle élevée, qui inclut les rencontres proposées par l'agence.
- 523** Si l'agence envoie la facture au mandant et que ce dernier la paye, on considérera que le mandant a compris ou est supposé avoir compris que le paiement implique une

⁴⁰³ CR-CO-I-XOUDIS, art. 12 CO, N 3 ; SCHWENZER, BaKomm OR I, art. 12, N 5.

⁴⁰⁴ SCHWENZER, OR AT, N 31.20.

⁴⁰⁵ TERCIER/FAVRE, N 5494.

⁴⁰⁶ Selon le Message du Conseil fédéral, le chiffre 2 de l'art. 406d CO permet au client « d'être au clair sur les prestations promises, les prix pratiqués [...] et les modalités de paiement. Le contrat doit indiquer clairement quelles prestations le mandataire s'engage à fournir (les circonstances dans lesquelles elles seront fournies, l'intervalle auquel se feront les présentations, le genre de personnes qui seront présentées, etc.) » (FF 1996 I 1, 179).

⁴⁰⁷ PIETRUSZAK, BaKomm OR I, art. 406d, N 6 ; HUGUENIN/HUNOLD, Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern, in BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (éds.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I), Berne 2011, p. 842.

prolongation d'une année. Dans ce cas, il ne se justifie pas d'appliquer la proposition générale selon laquelle un renouvellement transforme en principe le contrat en une relation de durée indéterminée (cf. *supra* ¶ 434). L'offre de renouvellement, qui se concrétise dans cet exemple avec l'envoi d'une facture correspondant à la cotisation d'une année, ne peut qu'entraîner une extension du contrat pour une durée déterminée d'une année. Avec le paiement de la facture, mandant et mandataire ont tacitement renouvelé le contrat pour une année.

Dans l'autre type de service, la cotisation annuelle est moins chère, mais le mandant paye pour chaque rencontre. En ce qui concerne la partie « cotisation », le raisonnement est identique au précédent. L'envoi d'une facture couvrant une certaine durée et le paiement de cette facture impliqueront une prolongation pour une période fixe. Le contrat se poursuit normalement ; pour chaque rencontre, le mandant aura une dette envers son cocontractant qui correspond à la somme convenue dans le contrat initialement stipulé. 524

Quoi qu'il en soit, le mandant est particulièrement protégé, en ce sens qu'il pourra toujours mettre fin au contrat en tout temps⁴⁰⁸. Le risque pour le mandant de tomber dans un éventuel piège est donc fortement compensé par le droit de révocation. 525

4. Le renouvellement par accord exprès

Une prolongation peut avoir lieu tacitement ou par accord exprès. Dans le cadre de l'accord portant sur le renouvellement, les parties peuvent prendre les décisions les plus variées. 526

Le cas de figure le plus banal se manifeste par un simple accord par lequel les parties décident qu'elles poursuivront l'exécution du contrat primitif, sans aucune autre modification. Dans ce cas, le contrat n'est pas fondamentalement changé et sa validité n'est que prolongée dans le temps. 527

Il est d'autres cas dans lesquels les parties ne se bornent pas uniquement à prolonger le contrat, mais apportent également des modifications plus ou moins importantes. En fonction de l'importance de ces changements, se pose la question de savoir si les parties restent dans le cadre du contrat primitif ou si elles concluent un nouveau contrat. 528

⁴⁰⁸ Art. 406d ch. 7 CO. Cependant, en cas de révocation du mandat par le mandant en temps inopportun, il est tenu d'indemniser le mandataire du dommage qu'il lui cause, à l'exclusion de toute autre indemnité. Dans ce cas, les dommages-intérêts doivent se limiter à la compensation de l'intérêt négatif de la partie lésée, c'est-à-dire l'intérêt que cette dernière avait à ne pas conclure le contrat (CR-CO-I-WERRO, art. 406a-406h CO, N 23). La stipulation d'une peine conventionnelle est exclue (*ibidem*).

- 529 Le contrat d'agence matrimoniale étant un mandat spécial à titre onéreux, on pourrait envisager une modification de la cotisation périodique et/ou le tarif prévu pour chaque rencontre. Ainsi, la rémunération du mandataire, qui est un élément devant impérativement figurer par écrit dans le contrat, est modifiée. À notre sens, un tel changement implique la conclusion d'un nouveau contrat⁴⁰⁹. Admettre la conclusion d'un nouveau contrat signifie, en outre, apporter une protection au mandant, partie faible au contrat.
- 530 La conclusion serait différente si le mandant apporte des modifications quant au profil recherché des partenaires potentiels. De telles précisions peuvent aussi avoir lieu pendant l'exécution du contrat, sans mettre en péril sa validité. Il s'agit en effet de points secondaires (art. 12 CO). Le fait pour le mandant de changer, même fondamentalement, ses exigences et attentes par rapport aux candidats ou candidates n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat.
- 531 Le contrat serait en revanche changé fondamentalement dans l'hypothèse où le mandataire offre une prolongation et, par là même, changerait les services, ce qui inclurait en même temps un prix différent. Ainsi, pour reprendre les deux exemples de *packages* susmentionnés, le passage d'un type à l'autre de service entraîne la conclusion d'un autre contrat.
- 532 De manière générale, il existe un **changement fondamental** lorsque les parties modifient les informations contenues à l'**art. 406d CO**. Par exemple, si les parties modifient les « modalités de paiement », le contrat sera fondamentalement changé.

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

- 533 **En cas d'absence de modifications.** Dans le cas plus simple précédemment évoqué (*cf. supra* ¶ 527), la seule et unique conséquence se rapporte à la durée de la prolongation. Comme nous l'avons vu dans le cadre du renouvellement tacite, une modification de la durée du contrat ne requiert pas la forme écrite. Le raisonnement exposé précédemment (*cf. supra* ¶¶ 518 et *seq.*) s'applique *mutatis mutandis* dans les cas où les parties modifient la durée du contrat par accord exprès. Il existe fondamentalement deux possibilités : soit les parties sont clairement convenues de la durée de la prolongation, soit elles ont simplement manifesté leur intention de poursuivre l'exécution du contrat, sans définir la durée du renouvellement.
- 534 Dans le cadre de la *première* hypothèse, le contrat sera exécuté selon l'accord des parties. La durée de la prolongation du contrat dépendra nécessairement de ce que les parties ont convenu.

⁴⁰⁹ Cf. à ce propos *supra* ¶ 56.

Dans la *seconde* hypothèse, on appliquera le même principe qu'en cas de renouvellement tacite. On présumera que les parties veulent poursuivre l'exécution du contrat pendant la même période déterminée que celle convenue auparavant. En tout état de cause, le mandant pourra révoquer le mandat en tout temps. 535

Le cas du changement fondamental. Pourvu que l'on soit en présence du même contrat, aucune autre conséquence ne peut être imposée aux parties. Il en va différemment si les parties, par le biais du renouvellement, concluent en réalité un second contrat (*cf. supra* ¶¶ 529 et 531-532). 536

Le contrat d'agence matrimoniale a, comme nous l'avons vu, plusieurs conditions de validité à respecter. Premièrement, en matière de forme, la loi impose le respect de la forme écrite. Un accord oral par lequel un nouveau contrat serait conclu ne satisfait pas à la forme spéciale imposée. Le non-respect des exigences formelles entraîne la nullité⁴¹⁰. Outre l'exigence de la forme écrite, le contrat d'agence matrimoniale doit également contenir un certain nombre d'informations (*cf. supra* ¶¶ 501 *et seq.*). Toutes ces informations devront être mentionnées dans le nouveau contrat. 537

Le droit de repentir (art. 406e CO). Dans la mesure où un nouveau contrat prend naissance, le mandant aura à nouveau le droit de se départir du contrat sans frais dans un délai de sept jours (*cf. supra* ¶ 504). 538

6. Cas limites

L'écoulement du temps est un facteur qui peut créer des difficultés dans certains cas de figure. Si, par exemple, une agence matrimoniale propose, quelques semaines après l'échéance du contrat, un partenaire à l'ancien mandant, se pose la question du cadre juridique de cette reprise. La cotisation n'a plus été payée par le mandant ; faut-il admettre la conclusion d'un nouveau contrat identique au premier ? Faut-il, au contraire, considérer que l'ancien contrat reste en vigueur après avoir été momentanément « en pause » ? 539

Les conséquences sont très différentes selon la conclusion à laquelle on parvient. Concrètement, le mandant sait ou doit savoir que le contrat est venu à terme. Même si des semaines se sont écoulées depuis le terme du contrat primitif, l'acceptation de rencontrer le partenaire proposé entraîne en principe la reprise de l'ancien contrat. On ne saurait donner un nombre précis de jours ou de semaines ; il s'agit d'une question d'appréciation. Il conviendra de déterminer si les parties entendaient ou non donner suite à l'ancien contrat. 540

⁴¹⁰ CR-CO-I-WERRO, art. 406a-406h CO, N 21.

- 541 S'il y a reprise de l'ancien contrat, la relation entre le mandant et le mandataire sera réglée par ce contrat. En revanche, si les parties ont conclu un nouveau contrat, l'accord devra satisfaire aux exigences de forme et de contenu mentionnées ci-dessus (*cf. supra* ¶¶ 501 *et seq.*).

Section V: Le contrat de courtage

- 542 Le contrat de courtage est réglé dans le Code aux art. 412 à 418. Il est défini comme une convention par laquelle le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure un contrat, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. Le contrat de courtage ne se prête pas à un renouvellement à proprement parler.
- 543 Le renouvellement implique que les parties poursuivent la même relation contractuelle au-delà de l'échéance. Il existe des contrats qui se prêtent au renouvellement et d'autres qui ne s'y prêtent pas. Une prolongation n'a de sens que dans les contrats dans lesquels le fait de prester ne met pas fin au contrat (*cf. supra* ¶¶ 17 et 25).
- 544 Dans le cas concret du contrat de courtage, l'engagement du courtier ne peut que concerner une affaire déterminée ; en cas de lien durable, les parties concluent en réalité un contrat d'agence⁴¹¹.
- 545 Si le contrat dont la conclusion est visée par le mandant finit par être stipulé, le contrat de courtage prend fin. Il existe d'autres causes d'extinction du contrat qu'il n'est pas question d'énumérer ici. Nous nous bornerons à rappeler que, suivant le principe en matière de mandant, les parties ont le droit de résilier le contrat en tout temps et sans motif⁴¹².
- 546 Dans le cas ordinaire où le courtage prend fin par la conclusion du contrat principal, on voit mal comment il serait possible de renouveler le contrat de courtage. Les parties peuvent utiliser le terme « renouvellement », mais elles concluent en réalité un nouveau contrat de courtage.
- 547 Prenons l'exemple d'un mandant qui est propriétaire de plusieurs biens-fonds. Il conclut un contrat de courtage selon lequel le courtier s'est engagé à lui indiquer un acquéreur pour le bien-fonds n° 1. Admettons que le courtier trouve un cocontractant pour le mandant et qu'une vente soit conclue. Les parties peuvent exprimer leur volonté de « renouveler » le contrat en demandant désormais au courtier de trouver un acquéreur pour le bien-fonds n° 2. Dans un tel cas, les parties utilisent un terme qui

⁴¹¹ TERCIER/FAVRE, N 5602.

⁴¹² ATF 100 II 361, c. 3.d.

prête (juridiquement) à confusion. En effet, les parties ont conclu un second contrat de courtage ayant comme objet la vente du bien-fonds n° 2. Elles n'ont pas « renouvelé » le premier. Il s'agit d'un cas de renouvellement improprement dit, le contrat de courtage ne pouvant pas faire en tant que tel l'objet d'un renouvellement.

À ce propos, il convient de préciser que, conformément au principe de la confiance et sauf indication contraire, on pourra présumer que les parties ont conclu le second contrat en principe selon les **mêmes conditions que le premier**. Concrètement, si la provision du courtier était fixée pour le premier contrat à 2 % du prix de vente, la rémunération à laquelle le courtier aura droit en cas de succès de la vente sous-jacente au second contrat sera également à hauteur de 2 % du prix de vente. 548

Pour reprendre ce qui a été énoncé dans le contrat de mandat proprement dit (*cf. supra* ¶¶ 476-477), le courtage rentrerait dans la catégorie des mandats non renouvelables, de manière analogue aux mandats spécifiques. 549

Section VI: Le contrat de commission

1. Introduction

Le contrat de commission fait l'objet des art. 425 à 439 CO. Dans le cadre de cette étude, nous nous bornerons au cas particulier du commissionnaire à la vente. La commission à la vente est définie comme un contrat par lequel une personne s'engage à opérer en son propre nom, mais pour le compte d'une autre, moyennant une rémunération appelée provision⁴¹³. Selon l'art. 425 al. 2 CO, les règles du mandat s'appliquent au contrat de commission sauf pour les dérogations expresses. 550

La conclusion d'un contrat de commission n'obéit à aucune forme particulière. Le commettant a principalement l'obligation de payer la provision au commissionnaire⁴¹⁴ et de rembourser les frais que ce dernier a supportés⁴¹⁵. Si le commissionnaire a garanti l'exécution des contrats, il aura droit à une rémunération spéciale appelée *ducroire*⁴¹⁶. 551

Le commissionnaire est soumis à un certain nombre d'obligations qui se recoupent avec celles du mandant dans le cadre du mandat proprement dit. Il a notamment une obligation de diligence et de respect des instructions données par le commettant. Omniprésente dans les mandats en général, l'obligation de fidélité se subdivise en 552

⁴¹³ TERCIER/FAVRE, N 5841.

⁴¹⁴ Art. 432 al. 1 CO.

⁴¹⁵ Art. 431 CO.

⁴¹⁶ Art. 430 CO.

devoir d'informer⁴¹⁷ et de solution des conflits d'intérêts⁴¹⁸. Le commissionnaire a, en outre, l'obligation de transférer au commettant ce qu'il a acquis en son nom propre en exécutant le contrat.

553 Les contrats de commission renouvelables. Il est des contrats de commission qui peuvent être définis comme renouvelables et d'autres qui ne s'y prêtent pas. La distinction doit se faire eu égard au contenu de la convention passée entre les parties. Ainsi, dans le cas d'un contrat par lequel le commissionnaire est chargé de vendre ou acheter des objets mobiliers déterminés par leur genre, et donc interchangeable, une prolongation du même contrat pourra avoir lieu.

554 Tel n'est pas le cas, par exemple, en cas de vente de tableaux : le commettant A. est propriétaire des tableaux X. et Y. B. est engagé en tant que commissionnaire pour vendre ces deux tableaux. À ce propos, le contrat, conclu en la forme écrite, mentionne expressément que son objet porte sur les tableaux X. et Y. Si le contrat prend fin par son exécution, c'est-à-dire par la vente des tableaux par le commissionnaire, il n'est pas question de prolonger ce contrat. En effet, il a été conclu pour un but précis et spécifique. Si le commissionnaire vend (avec l'accord du commettant) le tableau Z., dont le propriétaire est également A., les parties ont en réalité conclu un nouveau contrat de commission portant sur la vente du tableau Z.

555 D'autres contrats de commission sont, en revanche, véritablement renouvelables : C. est propriétaire d'une usine fabriquant des emballages. Moyennant un contrat de commission, D. est habilité à vendre au maximum 1 000 emballages par mois. Un tel contrat pourrait également contenir une clause de durée prévoyant un engagement de deux ans. Un tel contrat pourra faire l'objet d'une prolongation sans que cela implique la conclusion d'un nouveau contrat. L'analyse qui suit portera donc sur l'hypothèse d'un contrat de commission renouvelable.

2. Le renouvellement tacite

556 Un renouvellement a lieu quand les parties continuent de prêter après que le contrat primitif est venu à échéance. Dans le cas concret du contrat de commission, il convient d'opérer une distinction au préalable. La convention peut contenir une clause de durée comme dans l'exemple mentionné ci-dessus (*cf. supra* ¶ 555). Selon un principe généralement admis, lorsqu'un contrat prévoit un terme, il prendra fin par à l'échéance de ce terme.

557 Il est d'autres contrats dans lesquels le terme est défini non pas par une date déterminée, mais par une autre indication. Ainsi, pour reprendre l'exemple du contrat

⁴¹⁷ TERCIER/FAVRE, N 5867 *et seq.*

⁴¹⁸ *Idem*, N 5870 *et seq.*

au paragraphe 555 ci-dessus, le terme stipulé peut découler du fait que le contrat porte seulement sur la vente de 1 000 emballages.

Cette distinction trouve son importance notamment dans les conséquences d'un renouvellement tacite. Il s'agit alors de déterminer dans quelles circonstances il faut admettre que les parties ont tacitement renouvelé le contrat de commission. 558

Du côté du commissionnaire, le fait pour ce dernier de conclure une vente ou un achat implique *per se* sa volonté de poursuivre la relation contractuelle. Le raisonnement peut être amené plus loin en admettant la volonté de renouveler du commissionnaire déjà lors de la négociation d'un contrat de vente ou d'achat. 559

S'agissant du commettant, sa volonté de renouveler le contrat doit en principe être admise lorsqu'il paye la provision au commissionnaire. Cela étant, le renouvellement pourrait également être admis si le commettant tolère, en connaissance de cause, les agissements du commissionnaire, de telle sorte à éveiller à l'endroit de ce dernier des attentes légitimes quant au renouvellement. 560

3. Conséquences du renouvellement tacite

Le contrat de commission porte sur des transactions isolées et non pas sur une certaine durée, contrairement au contrat d'agence⁴¹⁹. En fonction du contenu de l'accord, le contrat de commission peut tout de même comporter un élément de durée (*cf. supra* ¶ 555). Si le renouvellement tacite a été admis, la première conséquence porte sur la nouvelle durée du contrat prolongé. Pour répondre à cette question, il convient de reprendre les deux hypothèses concernant le terme du contrat. Dans la *première*, le contrat se réfère à une date déterminée. Dans la *seconde*, le terme est fixé faisant mention d'un certain nombre de choses pouvant être vendues ou achetées. 561

Le terme déterminé. Dans le cadre du premier exemple, trois solutions sont envisageables : une prolongation pour une durée indéterminée, pour une durée déterminée équivalente ou une autre durée déterminée. Selon la règle générale proposée, le renouvellement tacite implique le changement du contrat en une relation de durée indéterminée (*cf. supra* ¶ 434). Le contrat de commission sera donc renouvelé pour une période indéterminée. 562

Le terme fixé selon la quantité d'objets pouvant être vendus ou achetés. Dans la seconde hypothèse, la solution doit être approchée différemment. Les parties ont ici fixé un nombre maximal d'objets pouvant être vendus ou achetés. Dans ce cas, le fait de prêter met fin au contrat ; nous sommes en présence d'un contrat non renouvelable. Il n'y aura donc qu'un renouvellement improprement dit. En cas de 563

⁴¹⁹ TERCIER/FAVRE, N 5851.

« renouvellement », les parties concluent en réalité un nouveau contrat de commission, en principe identique au premier. En particulier, le commissionnaire pourra à nouveau conclure un nombre équivalent de contrats de vente.

- 564** En tout état de cause, le contrat de commission étant soumis aux règles du mandat, les parties pourront le résilier en tout temps et sans motifs en application de l'art. 404 CO. La question de la durée de la prolongation pourra éventuellement être pertinente pour l'appréciation d'une éventuelle résiliation en temps inopportun.

4. Le renouvellement par accord exprès

- 565** D'une manière générale, les parties peuvent définir librement le renouvellement de leur contrat. Le renouvellement peut avoir lieu par accord (exprès) oral ou écrit. Lorsque les parties ne font que prolonger la validité du contrat, ce dernier demeure intact ; il n'y a pas conclusion d'un nouveau contrat. Il convient cependant d'examiner jusqu'à quel point les parties peuvent prolonger le contrat en apportant des modifications, tout en admettant la présence d'un seul et même contrat. Nous ne traiterons pas des contrats de commission qui ne sont pas renouvelables de par leur nature.
- 566** **Le contrat demeure intact lorsque les parties ne changent pas fondamentalement son contenu.** En particulier, un changement quant au nombre maximal de choses pouvant être vendues ou achetées ne suffit pas à conclure la présence d'une nouvelle convention. De même, une simple augmentation ou diminution de la provision ne devrait pas porter atteinte à l'intégrité du contrat.
- 567** Il en va différemment lorsque les parties modifient le type de choses pouvant faire l'objet d'un contrat de vente par le commissionnaire. Nous porterons l'exemple d'un contrat habilitant le commissionnaire à vendre « les lampes disponibles en stock ». Si les parties, par un accord intitulé « renouvellement du contrat », stipulent que le commissionnaire pourra désormais vendre uniquement des armoires, le contrat primitif serait tellement modifié qu'il convient d'admettre la conclusion d'un nouveau contrat.
- 568** La question devient plus délicate si les parties conviennent que le commissionnaire pourra vendre les lampes et des armoires. Le fait d'étendre le champ des choses mobilières sous-jacentes à la commission ne devrait en principe pas dénaturer le contrat au point d'en admettre la conclusion d'un nouveau.
- 569** Certains contrats de commission ont un contenu vague. Ainsi, un contrat engageant le commissionnaire à vendre « toute marchandise livrée en stock » peut être renouvelé tout en définissant une gamme précise de produits. Dans la mesure où les parties

définissent mieux les contours du contrat, une prolongation liée à une telle modification ne devrait pas porter atteinte à l'intégrité du contrat.

En termes de durée du renouvellement, les parties disposent d'une grande liberté, la loi n'imposant aucune restriction en termes absolus. Comme indiqué précédemment, commettant et commissionnaire peuvent stipuler un nouveau terme par date déterminée ou déterminable, ou encore par un nombre maximal de transactions que le commissionnaire pourra conclure. Les parties peuvent également prolonger le contrat en le transformant désormais en un contrat de durée indéterminée. 570

5. Conséquences du renouvellement par accord exprès

Il n'existe aucune règle générale quant à la durée du prolongement fait par accord exprès. En effet, la réponse à la question dépendra exclusivement de la convention passée par les parties, lesquelles peuvent renouveler le contrat librement. 571

Dans la partie dédiée à l'analyse du contrat de mandat proprement dit, nous avons évoqué le fait que, dans certains cas, les parties manifestent leur volonté de renouveler, sans pour autant mentionner quelle serait la nouvelle durée. Nous reprendrons une ultime fois les deux exemples de contrats de commission (*cf. supra* ¶ 561). 572

Le terme déterminé. Dans le *premier* cas, la solution est identique à l'hypothèse du renouvellement tacite (*cf. supra* ¶ 562). Le contrat sera donc renouvelé pour une période indéterminée. S'il est vrai que les parties se sont expressément accordées sur le fait de renouveler, elles ont tout de même négligé de préciser la durée de la prolongation. De ce fait, il convient d'appliquer la même règle. 573

Le terme fixé selon la quantité d'objets pouvant être vendus ou achetés. Comme il a été dit précédemment, dans ce type de contrats le fait de prêter met proportionnellement fin à la dette. Même si les parties « renouvelent » expressément le contrat, elles concluent en réalité un nouveau contrat, en principe identique au premier. Ainsi, si le commissionnaire avait le droit de vendre 1 000 emballages d'après l'ancien contrat, on présumera qu'il aura à nouveau le droit d'en vendre 1 000 sous le nouveau contrat. 574

Quid du devoir de restitution ? Si l'ancien contrat est réputé échu selon les critères mentionnés, le commissionnaire est tenu de restituer tout ce qu'il a reçu à titre d'exécution du contrat de commission. 575

La différence entre contrat prolongé et nouveau contrat a également une incidence en matière de prescription. En effet, c'est à partir de la fin du contrat que commence à courir le délai décennal de prescription. À ce titre, le raisonnement est identique à 576

celui exposé dans le cadre du mandat proprement dit (*cf. supra* ¶ 491). Cette conclusion s'applique également dans tous les cas où l'on serait en présence d'un renouvellement improprement dit d'un contrat de commission (*cf. supra* ¶ 554), c'est-à-dire lorsque le renouvellement implique la conclusion d'un nouveau contrat.

Section VII: Le dépôt ordinaire et les dépôts spéciaux

1. Introduction

- 577 Le dépôt est réglé dans le Code aux art. 472 à 491 CO. La loi définit le dépôt dit « ordinaire » comme étant le contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière, le déposant étant tenu de la garder en lieu sûr⁴²⁰. Le législateur n'a soumis la conclusion du contrat à aucune forme spéciale. De par sa nature, le dépôt est nécessairement un contrat de durée. La prestation caractéristique est celle qui est fournie par le dépositaire et celle-ci s'étend inmanquablement dans le temps. Le facteur temporel occupe par conséquent une place importante.
- 578 **Les obligations du dépositaire** sont au nombre de trois. La plus importante parmi ces obligations est certainement celle qui oblige le dépositaire à conserver la chose. Plus particulièrement, le dépositaire doit prendre toute mesure dictée par la nature de la chose et les circonstances⁴²¹. L'art. 474 al. 1 CO interdit d'utiliser la chose sans avoir eu la permission du déposant. S'il le fait, il sera tenu de verser une juste indemnité et verra sa responsabilité aggravée, car il répondra même du cas fortuit⁴²². Enfin, le dépositaire doit restituer la chose à la fin du contrat⁴²³. Dans la mesure où la chose confiée est détruite ou endommagée, la responsabilité du dépositaire suit les règles ordinaires des art. 97 *et seq.* CO⁴²⁴.
- 579 S'agissant du **déposant**, les deux obligations sont énumérées à l'art. 473 CO. *Premièrement*, le déposant doit rembourser au dépositaire les dépenses que la bonne exécution du contrat a rendues nécessaires. *Deuxièmement*, il est tenu de réparer tout dommage résultant du dépôt, à moins qu'il ne prouve que le préjudice s'est produit sans aucune faute de sa part. À ces obligations, il faut ajouter un éventuel devoir de rémunérer le dépositaire si une telle rémunération avait été convenue. La loi va même

⁴²⁰ Art. 472 al. 1 CO.

⁴²¹ TERCIER/FAVRE, N 6639.

⁴²² Art. 474 al. 2 CO.

⁴²³ TERCIER/FAVRE, N 6651 *et seq.*

⁴²⁴ HONSELL, BT, p. 385 ; TERCIER/FAVRE, N 6660 ; ATF 98 II 211, c. 9, JdT 1973 I 245 ; 97 II 360, c. 3, JdT 1972 I 285 ; 43 II 639, JdT 1918 I 546.

plus loin, en accordant au dépositaire un paiement dans les cas où celui-ci devait s'attendre à être rémunéré⁴²⁵.

Fin du contrat conclu pour une durée déterminée. Dans ce cas, les deux parties sont en principe tenues de respecter le terme convenu. L'art. 475 al. 1 CO prévoit néanmoins le droit pour le déposant de réclamer la chose en tout temps, et ce même lorsqu'un terme était prévu. L'alinéa 2 oblige le déposant à rembourser au dépositaire les frais faits par lui en considération du terme. 580

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si, dans le cadre d'un dépôt conclu à titre onéreux, le dépositaire peut demander le paiement de l'intérêt positif⁴²⁶. 581

Le dépositaire doit respecter le terme stipulé, à moins qu'il ne prouve que des circonstances imprévues le mettent hors d'état de garder la chose plus longtemps sans danger pour celle-ci ou sans préjudice pour lui-même⁴²⁷. 582

Fin du contrat conclu pour une durée indéterminée. Dans cette hypothèse, chacune des parties peut résilier unilatéralement le contrat⁴²⁸. La jurisprudence a toutefois précisé que le déposant qui souhaite résilier immédiatement doit en informer le déposant pour permettre à ce dernier de prendre toutes les mesures nécessaires afin de récupérer la chose confiée⁴²⁹. 583

En matière de renouvellement du contrat de dépôt, les parties prolongent la validité du contrat primitif dans la mesure où elles ne changent pas la chose confiée. En revanche, lorsque l'objet faisant l'objet du dépôt change avec le « renouvellement », les parties concluent en réalité un nouveau contrat. 584

2. Le renouvellement tacite

Une reconduction tacite a lieu lorsque les parties continuent de prêter malgré le fait que le contrat soit arrivé à échéance. Il est important de savoir à partir de quel moment il faut admettre que le contrat est tacitement reconduit. Dans le cadre du renouvellement tacite, il est nécessaire d'interpréter le comportement des parties. 585

⁴²⁵ Art. 472 al. 2 CO.

⁴²⁶ Le droit est accordé au dépositaire selon KOLLER, BaKomm OR I, art. 475, N 21 ; GUHL/SCHNYDER, § 55, N 6. *Contra* BK-GAUTSCHI, art. 475 CO, N 8c. Pour Barbey, « [l]a réponse adéquate se situe sans doute à un stade intermédiaire. Une réclamation de ce type paraît admissible aussi longtemps qu'elle n'a pas concrètement pour effet que de priver le déposant de son droit de résiliation en tout temps, tout en assurant au dépositaire une indemnisation équitable d'une partie au moins de son bénéfice manqué » (CR-CO-I-BARBEY, art. 475-476 CO, N 7).

⁴²⁷ Art. 476 al. 1 CO.

⁴²⁸ Art. 475 al. 1 CO pour le déposant et art. 476 al. 2 CO pour le dépositaire.

⁴²⁹ ATF 78 II 243, JdT 1953 I 148.

- 586 À défaut d'un accord portant sur une éventuelle rémunération du dépositaire ou lorsque ce dernier ne pouvait pas s'attendre à une telle rémunération, le contrat de dépôt est réputé conclu à titre gratuit. **Du côté du déposant**, on peut présumer qu'il a donné son consentement quant à la prolongation du contrat **dans la mesure où il ne réclame pas la chose confiée après l'échéance du terme prévu**.
- 587 Lorsque le contrat a été conclu à titre onéreux, le simple fait pour le déposant de **payer** au dépositaire une nouvelle fois ce qui avait été convenu montre qu'il a tacitement manifesté sa volonté de renouveler le contrat.
- 588 **Du côté du dépositaire**, sa volonté de renouveler peut être inférée s'il **continue à garder la chose** après le terme sans se manifester. À la fin du contrat, la restitution de la chose doit se faire **immédiatement** (art. 75 CO), sous réserve d'une clause contractuelle différente⁴³⁰. Toutefois, la jurisprudence⁴³¹ a eu l'occasion de se pencher sur la question de savoir à partir de quel moment la restitution doit en tout cas avoir lieu. Le Tribunal fédéral a conclu que l'adverbe « immédiatement » contenu à l'art. 75 CO doit se comprendre dans le sens qu'il faut que **l'exécution soit pratiquement possible**. Le débiteur doit s'exécuter sans retard injustifié. L'appréciation de cette règle doit se faire à la lumière du principe de la bonne foi.
- 589 **Les cas du « mandat d'administration »**. Dans l'arrêt mentionné précédemment⁴³², *Dame de L.* agissait contre *Banque X.* en dommages-intérêts sur la base d'un contrat intitulé « mandat d'administration ». Ce contrat combine à la fois des éléments du contrat de dépôt, de mandat et de commission. *Dame de L.* demanda à la banque de lui restituer les titres et les espèces déposés auprès de cette dernière. Malgré la communication, la banque opéra tout de même une vente de titres. Les juges concluaient que, sauf circonstances exceptionnelles (par exemple des titres déposés à l'étranger), un délai de deux semaines pour restituer des titres n'apparaît pas excessif.
- 590 Ce délai était un cas d'application concret de la loi qui ne saurait être transposé à tout contrat de dépôt. Cela étant, il peut être déduit de l'arrêt que si le dépositaire n'a pas encore restitué la chose confiée le jour suivant la fin du contrat, il ne faut pas conclure *a fortiori* qu'il souhaite renouveler. Suivant les circonstances du cas d'espèce et en appliquant le principe de la confiance, il sera possible d'apprécier après combien de temps la restitution aurait dû avoir lieu et, parallèlement, à partir de quel moment il faut inférer une volonté, du moins hypothétique, de la part du dépositaire quant à un renouvellement du contrat.

⁴³⁰ TERCIER/FAVRE, N 6654.

⁴³¹ SJ 1981 474.

⁴³² *Ibidem*.

3. Conséquences du renouvellement tacite

Lorsque les parties ont tacitement reconduit le contrat de dépôt, la question la plus importante se rapporte à la nouvelle durée. La loi ne contient aucune règle à ce sujet. Comme dans les autres contrats nommés n'ayant aucune règle en matière de renouvellement, trois solutions sont envisageables. La *première* consiste à prolonger le contrat pour une durée indéterminée, la *deuxième* pour une même période déterminée et la *troisième* pour une durée déterminée différente. 591

Si l'on considère le contrat transformé en dépôt de durée indéterminée, chacune des parties pourra résilier le contrat moyennant une manifestation unilatérale de volonté. Cette solution est en quelque sorte neutre, car elle pose les parties sur un pied d'égalité. Chacune des parties pourra ainsi mettre fin au contrat immédiatement. 592

Dans l'hypothèse où le contrat deviendrait de durée déterminée, le déposant conserve le droit de réclamer la chose en tout temps, même sans motif, tandis que le dépositaire se verrait obligé de respecter l'échéance du nouveau terme, sauf exception expressément mentionnée par la loi (*cf. supra* ¶ 582). 593

À moins que les circonstances concrètes du cas ne le commandent, considérer le contrat renouvelé pour une période déterminée ne se justifie *a priori* pas. En cas de renouvellement tacite, **le dépôt devient donc un contrat de durée indéterminée** (*cf. supra* ¶ 434). En revanche, lorsqu'il peut être établi que les parties se sont **tacitement accordées** sur une prolongation pour une durée déterminée, cet accord devra être respecté. Dans ce cas, une résiliation anticipée de la part du déposant pourra conduire à un remboursement au dépositaire des frais faits en considération du terme convenu⁴³³. L'étendue du remboursement de l'article 475 al. 2 CO dépendra en particulier de la nouvelle échéance du contrat renouvelé. 594

Si l'on accepte l'avis d'une partie de la doctrine qui consiste à admettre qu'en cas de résiliation avant le terme stipulé par le déposant, ce dernier serait tenu de **payer l'intérêt positif** au dépositaire (*cf. supra* ¶ 581), le nouveau terme trouve toute son importance. 595

S'agissant du **délai de prescription** décennale, ce délai est reporté au nouveau terme en cas de renouvellement tacite⁴³⁴. 596

Les conséquences liées au renouvellement du contrat de dépôt portent principalement sur sa qualification, soit en tant que dépôt de durée indéterminée, soit de durée déterminée. Cette qualification a une incidence sur le droit à la rémunération du 597

⁴³³ Art. 475 al. 2 CO.

⁴³⁴ ATF 133 III 37, c. 3.2 ; 91 II 442, c. 5 ; TERCIER/FAVRE, N 6655 ; GUHL/SCHNYDER, § 55, N 9 ; HONSELL, BT, p. 385 ; CR-CO-I-BARBÉY, art. 475-476, CO N 17 ; ENGEL, Contrats, p. 604 (soulevant tout de même le caractère contestable de la jurisprudence), *contra* KOLLER, BaKomm OR I, art. 475, N 12.

dépositaire en cas de résiliation anticipée par son cocontractant, sachant que l'avis de la doctrine est encore partagé. Au demeurant, les obligations restent inchangées et le contrat devra se poursuivre aux mêmes termes et conditions que celui qui avait été initialement conclu.

4. Le renouvellement par accord exprès

- 598 Dans le cas classique, le déposant et le dépositaire s'accordent sur le renouvellement du contrat en mentionnant expressément la nouvelle durée du dépôt. Cela peut se faire par une communication orale, par un accord séparé stipulant les termes de la prolongation ou par échange de lettres. La loi n'apporte aucune limite quant à la durée de la prolongation. Les parties jouissent donc d'une liberté absolue, qui est exclusivement limitée par l'interdiction générale de stipuler des accords comportant des engagements excessifs.
- 599 Les parties peuvent prolonger le contrat en le transformant en un contrat de durée indéterminée, tout comme elles peuvent le modifier en dépôt de durée déterminée. Plus délicate est la situation dans laquelle les parties échangent leur volonté de prolonger le rapport contractuel, sans pour autant définir la nouvelle durée. La réponse à cette question sera abordée dans le cadre de l'analyse des conséquences du renouvellement par accord exprès (*cf. infra* ¶ 603).
- 600 Par rapport aux éventuels changements que les parties apportent au contrat, nous pouvons retenir les considérations suivantes. Comme indiqué précédemment, si les parties changent la chose faisant l'objet du dépôt, il faudra admettre la conclusion d'un nouveau contrat, indépendamment des termes utilisés par les parties. En effet, les parties changent un élément essentiel du contrat et cette modification est propre à dénaturer l'ancien contrat. En d'autres termes, elles modifient le contrat d'une manière fondamentale. En revanche, un changement de la rémunération due au dépositaire, si elle est prévue, ne porte pas préjudice à l'intégrité du contrat.

5. Conséquences du renouvellement exprès

- 601 Si les parties **changent la chose confiée**, un nouveau contrat prend naissance. Ainsi, le délai de prescription décennale se rapportant au premier objet confié commence à courir. En matière de durée du nouveau contrat, on pourra s'inspirer du précédent si les circonstances le commandent.
- 602 Dans la mesure où les parties fixent le nouveau terme de manière déterminée ou déterminable, les conséquences d'une telle prolongation ne soulèvent pas de difficultés particulières. En effet, le contrat de dépôt se poursuivra normalement, selon les mêmes termes et conditions précédemment stipulés. Le dépositaire sera en

principe tenu de respecter le nouveau terme et, en cas de résiliation anticipée de la part du déposant, il pourra demander le paiement de l'intérêt positif, ce dernier point étant toutefois controversé en doctrine (*cf. supra* ¶ 581).

Nous avons précédemment évoqué la situation dans laquelle les parties ont clairement manifesté leur volonté de renouveler le contrat, sans pour autant indiquer la nouvelle échéance (*cf. supra* ¶ 599). Dans un tel cas, s'il est vrai que les parties ont clairement décidé de renouveler le contrat, elles n'ont pas réglé un point important. Pour combler cette lacune, il convient de se référer aux règles retenues dans le cadre du renouvellement tacite (*cf. supra* ¶¶ 591 *et seq.*). Ainsi, en l'absence d'un terme stipulé, le contrat devient un **contrat de durée indéterminée**. La fin du contrat sera donc soumise à un régime particulier⁴³⁵. 603

6. Le dépôt irrégulier

Le dépôt irrégulier est défini comme étant un contrat par lequel le déposant remet au dépositaire une chose fongible, à charge pour ce dernier de lui rendre, non la même chose, mais une chose de même nature et quantité⁴³⁶. La différence du dépôt irrégulier par rapport au dépôt régulier ne justifie pas une solution différente de celle qui a été retenue ci-dessus. Les règles susmentionnées demeurent donc applicables au *depositum irregulare*. 604

7. Le contrat d'entrepôt

Le contrat d'entrepôt se distingue par le caractère professionnel inhérent à la personne de l'entrepositaire. De plus, le contrat d'entrepôt doit nécessairement être conclu à titre onéreux, la rémunération de l'entrepositaire étant un élément essentiel du contrat. 605

L'entrepositaire étant un professionnel, la question du renouvellement sera le plus souvent réglée dans le contrat d'entrepôt ou dans des conditions générales auxquelles le contrat renvoie. 606

Dans les cas où le contrat ne prévoit rien en matière de renouvellement tacite, on appliquera la règle générale proposée selon laquelle le contrat devient un **contrat de durée indéterminée** (*cf. supra* ¶ 434). En tout cas, les parties pourront prouver que le 607

⁴³⁵ Le déposant et le dépositaire pourront donc mettre un terme au contrat en tout temps en vertu des art. 475 al. 1 et 476 al. 2 CO, respectivement.

⁴³⁶ TERCIER/FAVRE, N 6684. Le déposant perd donc la propriété de la chose (*idem*, N 6685).

contrat est renouvelé pour une période déterminée suivant les critères mentionnés ci-dessus⁴³⁷.

8. Le dépôt d'hôtellerie

608 Le dépôt d'hôtellerie est un engagement légal accessoire, selon lequel une personne qui offre publiquement et contre rémunération un logement doit répondre de la perte ou de la détérioration des objets apportés chez elle par la personne⁴³⁸. Par conséquent, on ne saurait traiter le renouvellement du dépôt d'hôtellerie à lui seul. En effet, l'extension de cet engagement dépendra d'une éventuelle prolongation du contrat d'hébergement.

⁴³⁷ Cf. *supra* ¶¶ 436 et seq.

⁴³⁸ ENGEL, Contrats, p. 620 ; TERCIER/FAVRE, N 6730.

Chapitre 5 : Un exemple de contrat innommé

Section I: Le contrat de franchise

1. Introduction

Le droit suisse ainsi que d'autres droits continentaux ont accueilli, il y a maintenant un certain temps, le contrat dit de franchise, repris du contrat de *franchising* connu des anglo-saxons. Sa construction juridique est intéressante sous plusieurs aspects et présente des caractéristiques particulières en matière de renouvellement. 609

Définition. Le *franchising* est un contrat par lequel le franchiseur concède au franchisé, contre paiement d'une redevance, le droit de vendre certaines marchandises ou de fournir certains services en utilisant notamment son image, son nom, sa marque, ainsi que son expérience commerciale et technique en respectant les systèmes d'organisation et de marketing existants⁴³⁹. 610

Cette institution présente un évident caractère de durée⁴⁴⁰, ce qui rend l'analyse du renouvellement particulièrement importante, principalement à cause du manque d'un cadre normatif ainsi que de son utilisation largement répandue. 611

S'agissant d'un contrat innommé, sa formation n'obéit à aucune forme spécifique⁴⁴¹. Les parties restent tout de même libres de soumettre la conclusion du contrat à la forme écrite⁴⁴². 612

Les obligations du franchiseur sont généralement les suivantes⁴⁴³ : 613

- (1) cession des droits d'utilisation de droits de propriété intellectuelle entièrement ou partiellement protégés ainsi qu'assurer une protection constante de ces droits ;
- (2) développement continu du système de franchise ainsi que son adaptation selon les innovations aux niveaux organisationnel, technique et du marché ;
- (3) garantie quant au droit de disposer du concept de vente, d'organisation et de marketing ;

⁴³⁹ TERCIER/FAVRE, N 8011.

⁴⁴⁰ HONSELL, BT, p. 436 ; HUGUENIN, BT, N 1540 ; TERCIER/FAVRE, N 8019.

⁴⁴¹ AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, BaKomm OR I, rem. pré. *ad* art. 184, N 135 ; TERCIER/FAVRE, N 8027.

⁴⁴² Art. 16 CO.

⁴⁴³ HUGUENIN, BT, N 1549.

- (4) fournir des services qui sont, entre autres, celui de donner des conseils et former les cadres ;
- (5) livraison des produits à vendre ;
- (6) garantir l'exclusivité dans un territoire pour autant qu'il existe un accord en ce sens ; et une
- (7) obligation de donner des informations et des explications.

614 S'agissant du franchisé, on reconnaît principalement les obligations suivantes⁴⁴⁴ :

- (1) obligation de vendre les produits faisant l'objet du contrat de franchise (obligation de moyen⁴⁴⁵) ;
- (2) obligation d'utiliser les droits cédés par le franchiseur ;
- (3) obligation d'établir des comptes ;
- (4) devoir de ne pas divulguer des informations protégées, notamment en termes de *know-how* et autres secrets commerciaux ;
- (5) obligation de suivre les instructions du franchiseur et de tolérer d'éventuels contrôles ;
- (6) devoir de fidélité à l'encontre du franchiseur et sauvegarde des intérêts de ce dernier, ce qui se manifeste souvent par l'interdiction de faire concurrence ; et une
- (7) éventuelle obligation de s'approvisionner auprès du franchiseur ou un tiers indiqué par ce dernier.

615 La fin du contrat de franchise de durée déterminée. Le contrat de franchise conclu pour une durée déterminée prend fin, selon une règle bien établie, par la simple survenance du terme stipulé⁴⁴⁶.

616 Lorsque le contrat se prolonge automatiquement pour de nouvelles périodes déterminées après l'écoulement de la durée minimale prévue conventionnellement, HUGUENIN propose de traiter ce contrat comme étant de durée indéterminée⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ HUGUENIN, BT, N 1551.

⁴⁴⁵ TERCIER/FAVRE, N 8016.

⁴⁴⁶ HUGUENIN, BT, N 1553 ; TERCIER/FAVRE, N 8050.

⁴⁴⁷ HUGUENIN, BT, N 1553. Selon cet auteur, « würde von einem befristeten Vertragsverhältnis ausgegangen, welches sich immer wieder um eine bestimmte Dauer verlängert, so würde die Figur des befristeten Vertragsverhältnisses missbraucht. Eine ordentliche Kündigung wäre dann über Jahre hinweg nicht möglich [...] ».

La plupart des contrats de franchise contiennent une clause de renouvellement ou de prolongation. Ces contrats sont souvent conclus pour une période minimale⁴⁴⁸ après laquelle les parties décident d'un éventuel renouvellement. 617

La Fédération suisse de la franchise⁴⁴⁹ a édicté un code de déontologie. Bien qu'il soit probablement encore trop tôt pour considérer son contenu comme faisant partie de l'usage général dans la branche⁴⁵⁰, on peut néanmoins saluer ce code qui forme une sorte de consensus à l'intérieur des membres de l'association. Le code de déontologie est relativement court (4 pages) mais contient, à son article 5.4, une règle pertinente pour cette étude. Cet article énonce les points essentiels *minima* qui devraient figurer dans le contrat de franchise. Parmi ces éléments, le contrat doit contenir « les conditions de renouvellement, s'il y a lieu ». 618

2. Le renouvellement tacite

En l'absence d'une quelconque clause de renouvellement ou en cas de clause générale de tacite reconduction, il convient de déterminer à partir de quel moment les agissements des parties laissent entendre ou sont censés laisser entendre la volonté de poursuivre la relation contractuelle. Que le contrat de franchise soit conclu pour une période minimale avec clause de renouvellement ou pour une simple durée déterminée, le temps écoulé aurait en principe dû permettre au franchisé d'amortir les investissements effectués. De plus, dans la mesure où le rapport de franchise implique *per se* un partenariat d'une certaine durée, la volonté intime des parties de poursuivre les affaires naît généralement un certain temps avant l'échéance contractuelle. À tout le moins peut-on admettre que le comportement des parties pendant ce « certain temps » est crucial afin de déterminer s'il existe une volonté réelle ou hypothétique de renouveler le contrat. 619

À ce propos, la **correspondance** entre le franchiseur et le franchisé pourrait fournir des indices quant à leur éventuelle volonté de renouveler le contrat. Cela étant, il ne s'agit pas du seul critère. Le fait de ne trouver, dans la correspondance, aucune mention quant au renouvellement n'implique pas *a fortiori* la volonté de ne pas renouveler. L'étude des circonstances du cas concret demeure déterminante. 620

En tout état de cause, si une partie fait mention du partenariat dans le futur, c'est-à-dire après le terme convenu du contrat, il faudra en principe admettre sa volonté de prolonger le rapport. Cette volonté pourrait par exemple se manifester si le franchisé effectuait une **commande de marchandises** après l'échéance du contrat. Aussi, si le 621

⁴⁴⁸ HUGUENIN, N 1552 ; TERCIER/FAVRE, N 8028 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. *ad art.* 184 CO/Franchisenvertrag, N 25.

⁴⁴⁹ <http://www.franchiseverband.ch/home.aspx>.

⁴⁵⁰ TERCIER/FAVRE, N 8029.

franchisé commande un grand nombre de marchandises peu avant la fin du contrat, cela pourrait indiquer une volonté tendant à la prolongation. C'est généralement le cas lorsque le franchisé sait ou doit savoir qu'il ne sera certainement pas à même de vendre une bonne partie des produits avant l'échéance du contrat (à moins que le contrat n'impose des *minima* importants pour chaque commande). Du côté du franchiseur, s'il veut s'assurer que l'envoi d'une commande importante ne sera pas interprété comme une offre ou une acceptation de renouveler le contrat, il lui sera loisible de le préciser expressément à son cocontractant. Ne pas agir de la sorte ne signifie pas que le franchiseur aurait accepté de renouveler le contrat. Il s'agit d'un parmi les différents facteurs à tenir en compte.

- 622 Pour les services offerts par le franchiseur, son cocontractant lui correspond une rémunération appelée redevance. À ce propos, il sera utile de rechercher une éventuelle correspondance à ce sujet. En effet, un accord portant sur les **redevances futures** conduira généralement à admettre le renouvellement du contrat.

3. Conséquences du renouvellement tacite

- 623 En cas de reconduction tacite, la question la plus délicate à régler est celle qui se rapporte à la durée du contrat renouvelé. La doctrine admet qu'en cas de reconduction tacite d'un contrat de franchise, ce dernier se poursuivra avec l'étiquette de **contrat de durée indéterminée**⁴⁵¹. C'est la proposition générale retenue dans cette étude (cf. *supra* ¶ 434). Il s'agit d'une application par analogie de l'art. 334 al. 2 CO qui règle le renouvellement tacite du contrat de travail.
- 624 Le contrat de franchise tacitement reconduit est donc transformé en contrat de durée indéterminée, à moins que les parties aient stipulé une clause de renouvellement tacite prévoyant une prolongation pour une nouvelle durée déterminée. Selon la doctrine et la jurisprudence, il peut être mis fin à un contrat de franchise de durée indéterminée moyennant un **préavis de six mois**, en application de la règle topique du contrat de société simple (art. 546 al. 1 CO)⁴⁵².
- 625 La jurisprudence a admis l'application de règles protectrices du contrat de travail lorsque le franchisé se trouve, par rapport à son cocontractant, dans une situation comparable à celle du travailleur⁴⁵³. Ce qui est important ici c'est la volonté des juges de prendre exemple du contrat de travail, ce qui corrobore la thèse de l'utilisation par analogie de l'art. 334 al. 2 CO (cf. *supra* ¶ 623).

⁴⁵¹ TERCIER/FAVRE, N 8028 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. *ad* art. 184 CO/Franchisenvertrag, N 25.

⁴⁵² AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, BaKomm OR I, rem. pré. *ad* art. 184, N 152 ; BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSPIHL, N 12.71 ; CHERPILLOD, La fin des contrats de distribution, p. 434 ; ENGEL, Contrats, p. 795 ; TERCIER/FAVRE, N 8051 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. *ad* art. 184 CO/Franchisenvertrag, N 28.

⁴⁵³ ATF 118 II 157, c.4.

L'indemnité pour clientèle. Bien que le sujet de l'application de l'art. 418u CO au contrat de franchise pourrait faire, en lui-même, l'objet d'une étude⁴⁵⁴, il paraît néanmoins que son application peut être admise à certaines conditions, notamment si la clientèle développée par le franchisé continue de profiter au franchiseur après la fin des rapports contractuels. CHERPILLOD remarque que l'hypothèse mentionnée constitue en réalité plutôt la règle, car la clientèle s'attache en règle générale à la marque et au savoir-faire du franchiseur⁴⁵⁵. 626

L'art. 418u al. 2 CO fixe les règles qui sont à la base du calcul du montant maximal dû à titre d'indemnité de clientèle. Cette indemnité est plafonnée au résultat de la moyenne du gain annuel net résultant du contrat pendant les cinq dernières années ou pendant la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins de cinq ans. Lorsque la fin du contrat intervient après avoir admis un renouvellement, il faut donc opérer ce calcul en tenant compte du temps écoulé postérieurement au renouvellement. Le renouvellement n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. Ainsi, si le contrat de franchise était initialement conclu pour une durée de quatre ans et tacitement reconduit pendant deux années supplémentaires, la moyenne du gain net sera calculée d'après les comptes de la deuxième à la sixième année d'exécution du contrat. 627

4. Le renouvellement par accord exprès

Que le contrat de franchise contienne une clause de renouvellement stipulant qu'à la fin du contrat les parties décident d'une éventuelle prolongation ou que le contrat ne prévoit rien à ce propos, les parties décident souvent par un accord exprès, en principe par écrit, de renouveler le contrat. 628

Comme nous l'avons constaté précédemment, le contrat de franchise est normalement conclu pour une période minimale (*cf. supra* ¶ 617) ou du moins pour une période déterminée. Cela permet ou devrait en tout cas permettre l'amortissement des investissements destinés à la mise en place de l'entreprise. À l'échéance du contrat, les parties peuvent prolonger le contrat librement. 629

⁴⁵⁴ Pour un approfondissement du sujet, *cf.* AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, BaKomm OR I, rem. pré. *ad* art. 184, N 159 ; BAUDENBACHER, Anspruch auf Kundenschaftsentschädigung bei gesetzlich nicht geregelten Absatzmittlungsverträgen ?, *in* FORSTMOSER P./TERCIER P./ZÄCH R., Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von WALTER R. SCHLUEP, Zurich 1988, p. 81-93, l'auteur met en exergue le fait que l'art. 418u CO a été basé sur le modèle du § 25 du Handelsvertretergesetz autrichien qui a finalement été repris au § 89b du HGB allemand (p. 87), une analyse de droit comparé semble donc se justifier (*cf.* notamment p. 88) ; CHERPILLOD, La fin des accords de distribution, *in* GILLERON/LING (éds.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 40 ; HONSELL, BT, p. 441 ; HUGUENIN, BT, N 1563 ; LA SPADA, La typologie des accords de distribution, *in* GILLERON/LING (éds.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 70 ; TERCIER/FAVRE, N 8057 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. *ad* art. 184 CO/Franchisenvertrag, N 42-43.

⁴⁵⁵ CHERPILLOD, La fin des contrats de distribution, *in* GILLERON/LING (éds.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, N 40.

- 630 Sauf circonstances particulières, les parties songeront généralement à renouveler leur contrat pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée inférieure à celle initialement prévue lorsque celle-ci était relativement longue. Une décision tendant à prolonger le contrat pour une durée considérable devrait se faire si les circonstances le permettent. En effet, le franchisé qui a créé un chiffre d'affaires important aura intérêt à prolonger longuement le contrat ; cet intérêt se juxtapose généralement à celui du franchiseur.
- 631 **Le changement fondamental du contrat.** Il convient de s'interroger sur le cas dans lequel le renouvellement serait accompagné de modifications importantes conduisant, en réalité, à la conclusion d'un nouveau contrat. Le contrat de franchise est en principe fondamentalement changé seulement si les parties modifient les produits ou les services à rendre. Ce cas ne se présente pas souvent, étant donné que le franchiseur permet normalement à son cocontractant de vendre tous ses produits et services, simplement parce que cela augmente également les chances du franchiseur qui devra lui payer des redevances. On voit donc mal comment un tel bouleversement pourrait avoir lieu. À ce propos, une augmentation ou une diminution des redevances ou des changements quant à la logistique ne sont pas à même de changer le contrat de manière fondamentale. L'appréciation devra tenir compte de tous les éléments.

5. Conséquences du renouvellement exprès

- 632 En termes de durée, le contrat sera prolongé conformément à ce que les parties ont convenu. Dans l'hypothèse où les parties se sont accordées sur le principe du renouvellement, sans indiquer la durée, et qu'un litige survient, il convient d'appliquer le même raisonnement proposé dans le cadre du renouvellement tacite, c'est-à-dire l'application par analogie de l'art. 334 al. 2 CO (*cf. supra* ¶ 623). Le contrat devient alors un contrat de durée indéterminée. Au demeurant, les conséquences sont identiques à celles mentionnées au point précédent.
- 633 **Lorsque les parties ont modifié fondamentalement le contrat, le premier est réputé échu et un nouveau prend naissance.** À ce propos, il est nécessaire que les parties soient d'accord sur les points essentiels du contrat. Dans le cas où le franchisé se voit attribuer une autre marque ainsi que d'autres produits, la question se pose de savoir si, faute d'un accord sur les redevances à payer, il conviendra de faire référence à celles qui ont initialement été stipulées dans le cadre de l'ancien contrat.
- 634 Lorsque la redevance était calculée selon un certain pourcentage du chiffre d'affaires, on peut présumer que les parties se sont implicitement entendues sur la redevance en faisant référence au même pourcentage. Dans tous les cas, il faudra apprécier les circonstances concrètes du cas selon le principe de la confiance.

Chapitre 6 : Essai de synthèse et conclusions intermédiaires

Section I: Les différentes catégories de renouvellement

L'analyse des différents contrats a montré qu'il existe principalement trois catégories de renouvellement. Dans la première, les parties prolongent l'exécution du contrat au-delà de l'échéance contractuelle **sans apporter une quelconque modification au contrat** ; dans ce cas, nous pouvons encore distinguer le simple accord sur le principe du renouvellement de l'accord, plus complet, sur le principe du renouvellement et sur la durée du renouvellement. Dans la deuxième catégorie, les cocontractants modifient le contrat lors du renouvellement, sans pour autant le changer fondamentalement. Les parties ont alors simplement **adapté le contrat**. Dans la troisième catégorie, les parties « renouvellent » le contrat, mais **changent simultanément son contenu de manière fondamentale**. Les différents degrés du renouvellement sont donc les suivants : 635

- accord portant uniquement sur le principe du renouvellement ;
- accord portant sur le principe du renouvellement et sur la durée de la prolongation du contrat ;
- renouvellement avec adaptation du contrat ;
- changement fondamental impliquant la conclusion d'un nouveau contrat.

En cas d'absence de changements (sauf la durée du contrat), un renouvellement n'implique pas la conclusion d'un nouveau contrat. Les parties ne font que prolonger l'exécution du même contrat. En cas de changement fondamental, il n'est plus possible de qualifier cette opération de « renouvellement ». Un contrat fondamentalement changé lors d'un renouvellement fait naître une nouvelle relation contractuelle. Par exemple, si les parties à un contrat de bail portant sur un appartement « renouvellent » ce contrat mais changent le bien loué et probablement aussi le prix du loyer, il ne se justifie pas d'assimiler le contrat « renouvelé » à une prolongation de l'ancien ; les parties auront dans ce cas conclu un nouveau contrat. La troisième catégorie de renouvellement se situe entre les deux premières. Les parties ont, certes, modifié le contrat avec le renouvellement, mais le contrat primitif garde son identité. Par exemple, le fait d'augmenter le loyer en renouvelant le contrat de bail n'implique pas nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat⁴⁵⁶. L'ancien contrat n'est que modifié. 636

⁴⁵⁶ Cf. *supra* ¶ 127.

637 Le **renouvellement improprement dit** n'est pas une véritable catégorie de renouvellement. Il se distingue par le fait que le « renouvellement » du contrat en question implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, indépendamment des éventuelles similitudes – plus ou moins fortes, ou plus ou moins perçues par les parties – entre les deux contrats. Le caractère improprement dit du renouvellement peut découler d'un simple changement de qualification juridique, même si ce changement n'est quasiment pas perçu par les parties dans leurs activités au quotidien. Ainsi, l'apprenti qui est engagé dans la même entreprise à l'issue de son stage n'est qu'un renouvellement improprement dit de l'ancien contrat⁴⁵⁷. D'autres contrats ne peuvent que faire l'objet d'un renouvellement improprement dit de par leur nature. Tel est le cas du contrat de courtage, qui doit nécessairement porter sur une affaire déterminée. Une fois cette affaire conclue, le contrat s'éteint et le fait pour le courtier d'œuvrer en vue de trouver une autre affaire implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat⁴⁵⁸. Dans d'autres cas, le caractère non renouvelable dépendra des spécificités de l'accord conclu entre les parties. Dans le cadre du contrat de mandat, par exemple, si les services du mandataire n'ont été sollicités que pour un but très précis, le caractère spécifique du mandat le rend non renouvelable⁴⁵⁹. En revanche, en cas de mandats plus généraux conclus pour une certaine durée, comme la gestion de fortune, les parties pourront prolonger la validité du contrat primitif (*i.e.* le renouveler)⁴⁶⁰.

Section II: La primauté de la volonté des parties

638 À travers les contrats analysés, on note que la volonté des parties revêt toujours une importance particulière. Là où la loi intervient pour régler les conséquences d'un renouvellement tacite en termes de durée, nous avons vu que, dans la majorité des cas, il s'agit de présomptions qui peuvent être renversées si les parties apportent la preuve qu'elles entendaient prolonger leur rapport contractuel pour une certaine durée⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Cf. *supra* ¶ 241.

⁴⁵⁸ Cf. *supra* ¶¶ 542 *et seq.* De manière analogue, cf. le cas d'un contrat de commission dont la durée n'est déterminée que par le nombre d'objets que le commissionnaire pourra vendre (cf. *supra* ¶ 563).

⁴⁵⁹ Cf. *supra* ¶ 477.

⁴⁶⁰ Cf. *supra* ¶ 478.

⁴⁶¹ - Contrat de bail à loyer : cf. *supra* ¶ 106.
- Contrat de bail à ferme : cf. *supra* ¶ 215.
- Contrat de travail : cf. *supra* ¶ 242.
- Contrat d'agence : cf. *supra* ¶ 312.
- Contrat de société simple : cf. *supra* ¶ 348.

La loi doit être appelée à l'aide, comme souvent le cas en matière contractuelle, 639 uniquement s'il n'est pas possible de déterminer la volonté des parties. Afin d'établir une telle volonté, le juge pourra prendre en considération, entre autres, les éléments suivants :

- la correspondance entre les parties⁴⁶² ;
- autres renouvellements du même contrat dans le passé⁴⁶³ ;
- autres contrats équivalents ou analogues conclus entre les parties (usages entre les parties)⁴⁶⁴ ;
- les usages d'une certaine branche⁴⁶⁵.

En cas de litige, la bataille devra donc porter en premier lieu sur la preuve d'un 640 accord exprès ou tacite quant au renouvellement du contrat. La difficulté porte souvent sur le fait que la preuve est difficile à apporter ou elle ne l'est que par des déclarations des parties dans le cadre du procès, lesquelles ont généralement un poids probatoire moindre. En principe, une preuve contemporaine, par exemple une lettre envoyée peu avant ou après le renouvellement, aura sensiblement plus de poids par rapport à des déclarations faites durant le litige.

Le principe de la primauté de la volonté des parties capitule face à des dispositions de 641 droit impératif. Ainsi, la place de la volonté des parties est considérablement limitée s'agissant du contrat d'assurance⁴⁶⁶ et du contrat de bail à ferme agricole⁴⁶⁷. Dans le cadre du contrat d'assurance, par exemple, une clause de renouvellement tacite prévoyant une prolongation du contrat de deux ans ne pourra déployer ses effets que pour une année au maximum⁴⁶⁸.

Section III: Les différentes catégories de contrats analysés

1. Contrats dont le Code des obligations prévoit une règle sur le renouvellement

Le Code contient cinq règles destinées à régler le sort du contrat en cas de 642 reconduction tacite. En matière de **renouvellement par accord exprès**, l'absence de

⁴⁶² Cf. *supra* ¶ 436.

⁴⁶³ Cf. *supra* ¶ 437.

⁴⁶⁴ Cf. *supra* ¶¶ 438-440.

⁴⁶⁵ Cf. *supra* ¶ 441.

⁴⁶⁶ Cf. *supra* ¶ 421.

⁴⁶⁷ Cf. *supra* ¶ 422.

⁴⁶⁸ Cf. *supra* ¶ 365.

normes découle de la faculté dont disposent les cocontractants d'aménager **librement** leurs rapports dans les limites de la loi.

- 643** Les cinq premiers contrats analysés contenant une règle en matière de reconduction tacite (contrat de bail à loyer et à ferme, contrat de travail, contrat d'agence, société simple) sont typiquement des rapports dans lesquels **la composante de durée est significative**. Dans les quatre cas, il s'agit, selon la classification de VENTURI-ZEN-RUFFINEN, de contrats qui ne prennent pas fin par une prestation *uno actu*, mais de manière hétéronome par l'exercice d'un droit formateur ou par un accord entre parties (fixation d'une durée déterminée ou accord résolutoire)⁴⁶⁹. Dans les cas où l'exécution du contrat met proportionnellement fin à la dette, un renouvellement à proprement parler est exclu. Un « renouvellement » d'un tel contrat signifierait, en réalité, la conclusion d'un nouveau contrat.
- 644** Les contrats de **bail à loyer** et de **travail** contiennent une règle identique qui dispose que le contrat tacitement renouvelé devient, de par la loi, un contrat de durée indéterminée. Le Conseil fédéral, dans son Message, a indiqué qu'en matière de bail, la transformation du contrat de durée déterminée en durée indéterminée est une **présomption qui peut être renversée** en apportant la preuve que les parties ont, en réalité, voulu prolonger le bail pour une durée déterminée⁴⁷⁰. Nous avons noté que cette même règle s'applique dans le cadre du contrat de travail⁴⁷¹.
- 645** **Société simple**. L'art. 546 al. 3 CO prévoit aussi qu'en cas de renouvellement tacite, la société est réputée renouvelée pour une durée indéterminée. Il s'agit selon nous d'une **présomption réfragable**.
- 646** La conséquence en termes de durée du renouvellement tacite du **contrat d'agence** est différente : le contrat est prolongé pour une durée identique à celle qui avait été convenue dans le contrat primitif, mais au maximum pendant une année. À notre sens, l'art. 418p al. 2 CO constitue une **présomption réfragable**, en ce sens que les parties peuvent prouver qu'elles entendent renouveler le contrat pour une période différente.
- 647** **Bail à ferme**. S'agissant du contrat de bail à ferme, l'art. 295 al. 2 CO prévoit qu'il se renouvelle d'année en année, aux mêmes conditions. Comme dans les autres cas, il ne s'agit ici que d'une **présomption qui peut être renversée**⁴⁷². Nous avons aussi conclu qu'en réalité le contrat devient un contrat de durée indéterminée, étant donné que la seule façon d'y mettre fin est la résiliation qui obéit à l'alinéa 3 de cette disposition⁴⁷³.

⁴⁶⁹ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 71 ; cf. *supra* ¶¶ 17 et seq.

⁴⁷⁰ FF 1985 I 1429.

⁴⁷¹ Cf. *supra* ¶ 242.

⁴⁷² Cf. *supra* ¶ 215.

⁴⁷³ Cf. *supra* ¶ 216.

Parmi les cinq règles topiques du Code, seulement celle du renouvellement tacite du contrat de bail à ferme agricole précise que le contrat se poursuit « aux mêmes conditions ». Il s'agit d'une présomption réfragable. En réalité, même si les autres règles topiques ne contiennent pas cette précision, **la présomption que le contrat est en principe renouvelé aux mêmes conditions est inhérente à tout renouvellement, et en particulier au renouvellement tacite.** 648

Le législateur a réglé le sort d'une reconduction tacite dans des contrats qui sont **fréquemment utilisés** et dans lesquels, en principe, une des parties est généralement considérée comme étant plus faible que l'autre. On pourrait dès lors penser que le renouvellement tacite serait réglé dans un souci de protection de la partie faible. 649

Cette conclusion doit être nuancée. Définir les conséquences sur la durée du renouvellement a l'avantage de donner un **cadre normatif** à une situation qui est par définition incertaine. On imagine facilement, en cas d'absence de règles, les innombrables litiges qui surviendraient dans lesquels chaque partie ferait valoir que son intention sur la prolongation était différente de celle de la partie adverse. La loi apporte ici un outil d'une importance non négligeable, qui réduit un tant soit peu le risque inhérent que présente tout renouvellement tacite. 650

Le renouvellement tacite ne pose aucun problème pour autant que les volontés des cocontractants coïncident. La règle sur le renouvellement tacite sert simplement à protéger celle des parties qui pouvait de bonne foi croire que son cocontractant voulait prolonger le contrat, la partie en question n'étant pas nécessairement la partie faible⁴⁷⁴. Il s'agit d'un principe général qui s'applique à tout contrat. Les art. 266 al. 2, 295 al. 2, 334 al. 2, 418p al. 2 et 546 al. 3 CO ajoutent l'information importante consistant à définir la durée du contrat prolongé. Ils contribuent ainsi à la **stabilité des rapports juridiques et à la sécurité du droit.** 651

L'art. 418p al. 2 CO diffère de la règle topique en matière de contrat de travail et de bail. Quelle est la raison d'une telle différence ? Le Message du Conseil fédéral est muet sur ce point⁴⁷⁵. La réponse doit être recherchée dans la **chronologie** des modifications de l'actuel art. 334 CO. L'art. 342 du CO, tel qu'adopté en 1911, disposait que le contrat de travail tacitement prolongé était réputé prolongé pour le même temps, mais pour une année au maximum⁴⁷⁶. Lorsqu'il était question de donner 652

⁴⁷⁴ Ainsi, un travailleur qui, ayant trouvé un autre poste, travaille encore quelques jours en plus après l'échéance du contrat ne souhaiterait pas voir s'imposer une reconduction tacite du rapport de travail et devoir ainsi se trouver dans une situation délicate.

⁴⁷⁵ L'art. 418o du Projet (cf. FF 1947 III 712), devenu par la suite l'art. 418p contenait déjà, à son alinéa 2, la règle sur le renouvellement telle qu'elle apparaît aujourd'hui sur la base de la Loi fédérale du 4 février 1949 (FF 1949 I 754). Malheureusement, le commentaire de l'article en question a été limité au fait que « [l]a fin du contrat à l'expiration du temps prévu est réglé de la même manière que pour le contrat de travail (art. 345 s CO) » (italique dans l'original) (FF 1947 III 703).

⁴⁷⁶ L'article 342 avait la teneur suivante (FF 1909 III 881) :

un cadre juridique au contrat d'agence, les rédacteurs ont eu le réflexe logique de s'inspirer de la règle sur le renouvellement du contrat de travail⁴⁷⁷.

653 La partie du Code consacrée au contrat de travail a été entièrement révisée par la loi fédérale du 25 juin 1971 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1972. La reconduction tacite du rapport de travail comportant une transformation en contrat de durée déterminée est née à ce moment. Le passage d'un modèle à l'autre trouve son fondement dans la consultation des milieux concernés. À ce propos, le Message indique uniquement qu'en « [t]enant compte des suggestions émanant des différents partis politiques et de divers groupements d'employeurs et de salariés, le projet prévoit que le contrat est réputé prolongé pour un temps indéterminé. Cette règle répond mieux à la volonté probable des parties et permet qu'une résiliation intervienne compte tenu des délais de congé légaux après l'expiration de la durée déterminée du contrat »⁴⁷⁸. Sous l'ancien droit, les parties pouvaient en effet être obligées à maintenir les rapports de travail jusqu'à une année après le renouvellement tacite. La *volonté probable* évoquée dans le Message nous paraît être une considération de niveau politique et non pas de niveau juridique.

654 La règle sur la reconduction tacite du contrat de bail prévoyait, déjà en 1911, la même conséquence⁴⁷⁹. Contrairement au droit actuel⁴⁸⁰, l'ancien article 342 définissait ce qu'il faut entendre par reconduction tacite. Il faut notamment que le locataire « reste en jouissance [i], au su du bailleur [ii] et sans opposition [iii] ». Ces conditions ont été précédemment mentionnées dans le cadre du renouvellement tacite⁴⁸¹. De plus, le moment à partir duquel un renouvellement doit être admis n'est pas nécessairement celui où le locataire s'acquitte du loyer. La situation n'a pas changé actuellement⁴⁸².

II. Reconduction tacite

[¹] *Lorsqu'un louage de travail a été conclu pour une durée déterminée, il est réputé renouvelé pour le même laps de temps s'il est tacitement prolongé de part et d'autre.*

[²] *Le renouvellement est réputé fait pour une année lorsque le contrat était de plus longue durée.*

[³] *Si la résiliation est subordonnée à un congé préalable, le contrat est réputé renouvelé par le fait qu'aucune des parties n'a donné congé.*

⁴⁷⁷ On peut en effet admettre que, sur ce point, le contrat de travail et le contrat d'agence peuvent être mis sur un pied d'égalité et, de ce fait, appliquer la même règle sur la reconduction tacite.

⁴⁷⁸ FF 1967 II 383.

⁴⁷⁹ L'article 291 était entièrement dédié à la reconduction tacite (FF 1909 III 859) :

IV. Reconduction tacite

Si le bail a été fait pour un temps fixé et qu'à l'expiration de ce temps le preneur reste en jouissance, au su du bailleur et sans opposition, ou si ni l'une ni l'autre des parties n'a donné le congé prévu par le contrat, le bail est renouvelé pour un temps indéterminé.

⁴⁸⁰ Art. 266 al. 2 CO.

⁴⁸¹ Cf. *supra* ¶¶ 82 et seq.

⁴⁸² Cf. *supra* ¶ 103.

Nous avons montré que la thèse selon laquelle la reconduction tacite du bail impliquerait la conclusion d'un nouveau contrat est infondée⁴⁸³. Le texte de la loi devrait être modifié pour que l'on puisse conclure qu'un nouveau contrat prend naissance. De plus, il est généralement admis que le renouvellement tacite signifie continuation du contrat initialement conclu et non pas conclusion d'un nouveau. 655

Quel est l'avantage d'un renouvellement pour une durée déterminée par rapport à une prolongation pour une durée indéterminée ? La réponse dépend des différents cas auxquels on peut faire face. Un renouvellement pour un temps déterminé plafonné à une année⁴⁸⁴ peut, suivant certains cas particuliers, lier les parties pour une durée excessive en cas de litige. **À partir du moment où des délais de congé convenables aux parties sont fixés dans la loi, une reconduction entraînant une prolongation pour une durée indéterminée est satisfaisante.** Cet argument est corroboré par le projet CO 2020, lequel prévoit une règle dans la partie générale du code aux termes de laquelle un contrat renouvelé est présumé obliger les parties pour une durée indéterminée⁴⁸⁵. En cas de renouvellement pour une durée déterminée, il est judicieux, comme le fait d'ailleurs la loi, de fixer une durée maximale raisonnable. On pourrait s'interroger sur la raison d'être d'une telle règle dans le contrat d'agence, du moment où la loi prévoit des délais de congé similaires à ceux du contrat de travail. L'article 1:301 PEL CAFDC prévoit qu'un contrat de durée déterminée tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée⁴⁸⁶. Curieusement, le contrat modèle CCI d'agence commerciale ne traite pas ce point. 656

La particularité, par rapport à l'art. 418p al. 2 CO, est qu'un nouveau contrat prend naissance d'après les commentateurs⁴⁸⁷, en principe aux mêmes conditions, à moins que le comportement des parties montre un accord tacite sur une ou plusieurs modifications⁴⁸⁸. La naissance d'un nouveau contrat comporte un certain nombre de conséquences. En particulier, l'agent n'aura plus droit aux provisions se rapportant 657

⁴⁸³ Cf. *supra* ¶ 107.

⁴⁸⁴ Art. 418p al. 2 CO.

⁴⁸⁵ Cf. *infra* ¶¶ 714.

⁴⁸⁶ L'article 1:301 PEL CAFDC a la teneur suivante :

Article 1:301 : Contrat à durée déterminée

(1) *Un contrat conclu pour une durée déterminée prend fin à l'expiration de celle-ci. A défaut de convention contraire, il ne peut être unilatéralement mis fin à un tel contrat avant cette échéance.*

(2) *Une partie est libre de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée. Toutefois, si l'autre partie lui a notifié son souhait, en temps opportun, de renouveler le contrat, la partie qui ne le souhaite doit l'aviser de sa décision dans un délai raisonnable avant l'arrivée du terme.*

(3) *Un contrat à durée déterminée qui continue d'être exécuté par les deux parties après l'arrivée du terme devient un contrat à durée indéterminée.*

La règle selon laquelle un contrat d'agence tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée est désormais un acquis européen. Cette solution remonte à la directive du Conseil 86/653/CEE ; cf. à ce propos l'article 14.

⁴⁸⁷ PEL/HESSELINK/RUTGERS/BUENO DIAZ/SCOTTON/VELDMAN, CAFDC, Chapitre I, art. 1:301, Commentaire, F.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

aux commandes passées par les clients après la reconduction. Le texte de l'art. 1:301 PEL CAFDC n'est pas clair⁴⁸⁹ ; on pourrait dès lors se demander si cette solution est réellement justifiée. Il sied toutefois de noter que les PEL CAFDC ne connaissent pas la même règle en matière de commandes supplémentaires que celle du droit suisse ; elles contiennent seulement une disposition réglant le droit à une commission après l'échéance du contrat⁴⁹⁰.

- 658 En matière de conséquences du renouvellement, il n'existe pas une conclusion qui pourrait les résumer succinctement ; elles dépendent fortement du contrat en question. En revanche, nous pouvons affirmer qu'**une reconduction tacite** (dans son sens juridique) **n'implique en principe jamais la conclusion d'un nouveau contrat**, à moins que les termes utilisés par le législateur ne soient clairs sur ce point. Cette conséquence est généralement favorable à la partie faible, puisque nous avons vu que le facteur temporel a des incidences sur les droits et obligations des parties.
- 659 Le **renouvellement par accord exprès**, comme déjà indiqué, ne connaît en principe **aucune limitation**. Les mots utilisés par les parties doivent cependant être interprétés. Nous avons vu qu'il est des cas dans lesquels les parties souhaitent renouveler le contrat en apportant également des modifications. Lorsque ces changements modifient substantiellement le contrat, les parties concluent en réalité un nouveau contrat. Lorsque des prétentions naissent sur la base d'un contrat en vigueur, il est nécessaire de comprendre à quel contrat une partie fait référence. Ainsi, l'agent ne saurait faire valoir une prétention en paiement de provision pour une commande passée après l'échéance du premier contrat. Ce dernier est réputé échu et un nouveau contrat prend naissance en cas de **changement fondamental**.
- 660 Lorsque les parties conviennent expressément d'un renouvellement, mais omettent de régler la durée du contrat renouvelé, il convient en principe d'appliquer par analogie les règles sur le renouvellement tacite, notamment afin de déterminer la durée du contrat renouvelé⁴⁹¹.
- 661 Les trois **droits étrangers** analysés montrent que le droit helvétique est fondamentalement équivalent aux droits voisins. Il existe, néanmoins, des particularités qu'il est ici question de résumer.
- 662 En matière de **contrat de bail à loyer**, tous les ordres juridiques pris en considération prévoient qu'un contrat tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée⁴⁹². L'Allemagne dispose d'une règle intéressante, car la règle topique prévoit un **délai de deux semaines** dans lequel les parties doivent se manifester si

⁴⁸⁹ De manière analogue à l'art. 266 al. 2 CO.

⁴⁹⁰ Art. 2:302 PEL CAFDC.

⁴⁹¹ Cf. *supra* ¶¶ 148, 258, 332.

⁴⁹² Pour l'Allemagne cf. *supra* ¶¶ 184 et seq., pour la France cf. *supra* ¶¶ 191 et seq., pour l'Italie cf. *supra* ¶¶ 198 et seq.

elles ne souhaitent pas continuer le rapport. La fixation d'un délai fait disparaître le problème de savoir combien de temps doit s'écouler après l'échéance du contrat pour qu'il y ait renouvellement, mais rend l'application du droit moins souple.

S'agissant du **contrat de travail**, les trois pays voisins prévoient, comme le droit suisse, qu'une reconduction tacite prolonge le rapport de façon indéterminée⁴⁹³. Le droit italien fixe un **délaï différent en fonction de la durée du contrat primitif** pour savoir combien de temps les parties doivent continuer de prester après l'échéance du contrat, avant de déployer les effets d'un renouvellement tacite. **663**

La directive 1999/70/CE⁴⁹⁴ a été transposée dans les ordres juridiques analysés et dans les trois cas les travailleurs sont protégés de la conclusion de **contrats successifs**⁴⁹⁵. **664**

Le renouvellement du **contrat d'agence**, tel que réglé dans la directive 86/653/CEE, est différent par rapport au droit suisse⁴⁹⁶. Alors que selon la directive le contrat se transforme en contrat de durée indéterminée, le droit suisse prévoit que le contrat devient un contrat de durée déterminée, dont la durée est équivalente à celle du contrat primitif, mais au maximum une année. **665**

En conclusion, les cinq contrats réglant le renouvellement tacite en droit suisse donnent un cadre juridique à un principe qui est pourtant valable pour tout contrat de durée « renouvelable ». Le législateur a ici voulu fixer clairement ce principe en s'occupant également de la durée du contrat ainsi tacitement renouvelé. **666**

Nous constatons également qu'un renouvellement pour une durée indéterminée n'a de sens que dans les cas où la loi prévoit des **délais de congé satisfaisants dans les contrats où la rupture du contrat ne peut pas en principe être immédiate**⁴⁹⁷. En cas de prolongation pour une durée déterminée, cette période doit alors être raisonnablement courte. Il s'agit d'un compromis entre la sécurité juridique, d'une part, et la sauvegarde des intérêts de la partie à laquelle on aurait imposé un renouvellement, d'autre part. **667**

⁴⁹³ Pour l'Allemagne cf. *supra* ¶¶ 273 et seq., pour la France cf. *supra* ¶¶ 280 et seq., pour l'Italie cf. *supra* ¶¶ 285 et seq.

⁴⁹⁴ Cf. *supra* ¶¶ 270 et seq.

⁴⁹⁵ Pour l'Allemagne cf. *supra* ¶¶ 277 et seq., pour la France cf. *supra* ¶ 283, pour l'Italie cf. *supra* ¶¶ 290 et seq.

⁴⁹⁶ Cf. *supra* ¶¶ 338 et seq.

⁴⁹⁷ Cf. *infra* ¶¶ 714 la règle proposée dans le cadre du projet CO 2020.

2. Les règles sur le renouvellement contenues dans d'autres lois

- 668 Comme nous avons pu le constater, l'institution du renouvellement tacite n'est pas une prérogative propre au Code des obligations. Cependant, la réglementation en matière de contrat d'assurance et de bail à ferme agricole est sensiblement différente par rapport aux cinq règles étudiées auparavant. Dans ce cas, aussi, il s'agit de contrats relativement répandus, dans lesquels on trouve en principe une partie faible.
- 669 La disposition sur le renouvellement tacite contenue dans la LCA diffère sensiblement de celles du Code en ce qu'elle règle la reconduction tacite de manière négative et elle le fait en faisant spécifiquement référence aux clauses contractuelles qui seraient insérées dans un contrat. En limitant toute clause de renouvellement tacite à une année au plus, cette règle admet *a fortiori* qu'une reconduction tacite du contrat est possible. Nous avons aussi conclu que même en l'absence d'une clause de renouvellement tacite dans le contrat, la règle de l'art. 47 LCA devrait aussi trouver application.
- 670 Tel que formulé, l'art. 47 LCA vise avant tout à écarter ces clauses, souvent perçues comme des pièges, qui prévoient des renouvellements automatiques pendant des périodes très longues. Le but n'est donc pas identique à celui des dispositions topiques dans le Code qui visent essentiellement à donner un cadre fixe à une situation juridique potentiellement incertaine.
- 671 Cet objectif est en revanche toujours présent dans la règle sur le renouvellement tacite en matière de bail à ferme agricole. Dans ce cas, c'est la stabilité des rapports juridiques sur le long terme qui est recherchée. L'art. 8 LBFA est le seul à prévoir une période de renouvellement de six ans. Cette durée, relativement longue, est essentiellement due aux particularités qui sont propres aux baux à ferme agricoles.
- 672 On pourrait imaginer que dans d'autres réglementations spéciales à naître, et notamment en cas de contrats de durée, le législateur se souciera toujours plus d'adopter expressément une règle en matière de renouvellement tacite. Il pourrait mettre en œuvre des règles **toujours plus élaborées**.

3. Contrats dont la loi ne prévoit aucune règle sur le renouvellement

- 673 La majorité des contrats réglés dans le Code ne contiennent pas une règle sur le renouvellement tacite et il en va évidemment de même s'agissant des contrats innommés. Se pose donc la question de la durée du contrat tacitement renouvelé. Dans l'hypothèse où les parties ne réussissent pas à apporter la preuve d'une entente et si les moyens d'appréciation ne conduisent pas à une réponse claire, il est opportun

de disposer d'une **règle générale** qui serait en principe applicable dans tous les cas. Dans la présente étude, nous avons proposé de considérer le contrat tacitement renouvelé comme un contrat de durée indéterminée⁴⁹⁸. Après un renouvellement tacite, chacune des parties pourra donc mettre fin au contrat selon les règles applicables à la fin des contrats de durée indéterminée du contrat en question. Au travers de l'analyse des contrats nommés, cette règle a pu être appliquée dans la plupart des cas.

Renouvellement tacite. Face à un litige découlant du renouvellement tacite d'un contrat dont la loi ne règle pas les conséquences, le juge devra déterminer, dans un premier temps, s'il existe entre les parties un accord sur le principe du renouvellement. Si tel est le cas, la seconde étape consiste à s'interroger sur la durée du contrat renouvelé. Si la volonté réelle des parties quant à la durée ne peut pas être discernée, il convient alors de procéder à une interprétation objective selon le principe de la confiance. En principe, les attentes légitimes éveillées chez une partie méritent protection. À cet effet, nous avons indiqué un certain nombre de paramètres qui devraient être pris en considération⁴⁹⁹. S'il n'est pas possible de parvenir à un résultat satisfaisant, on pourra appliquer la règle proposée consistant à considérer le contrat renouvelé pour une durée indéterminée. Cette solution est en ligne avec la tendance générale qui est de considérer qu'un contrat de durée déterminée tacitement renouvelé devient un contrat de durée indéterminée. Il s'agit également de la solution envisagée par le projet de nouvelle partie générale du CO⁵⁰⁰. 674

Exceptions. Transformer systématiquement chaque contrat renouvelé en une relation de durée indéterminée n'est pas souhaitable. Dans le cadre du contrat d'agence matrimoniale, par exemple, si le mandant envoie une facture correspondant à la cotisation pour une année de services, le paiement par le mandataire implique un renouvellement pour une année⁵⁰¹. 675

Renouvellement par accord exprès. Dans le cadre du renouvellement par accord exprès, l'analyse faite pour chaque contrat n'est pas fondamentalement différente par rapport à celle opérée en cas de contrats nommés prévoyant une règle sur le renouvellement. Il s'agit ici du domaine de la liberté contractuelle et les conséquences d'un renouvellement par accord exprès seront déterminées en première ligne par les termes de cet accord, le cas échéant avec l'aide d'une interprétation selon le principe de la confiance. 676

⁴⁹⁸ Cf. *supra* ¶ 434.

⁴⁹⁹ La correspondance entre les parties ; autres renouvellements du même contrat par le passé ; autres contrats équivalents ou analogues conclus entre les parties (usages entre les parties) ; les usages d'une certaine branche (cf. *supra* ¶¶ 435 et seq.).

⁵⁰⁰ Cf. *infra* ¶¶ 714 et seq.

⁵⁰¹ Cf. *supra* ¶¶ 522 et seq.

- 677 **Conclusion d'un nouveau contrat vs. poursuite du même contrat.** Il existe des contrats dont le renouvellement implique nécessairement la conclusion d'un nouveau. Dans certains cas, la conclusion d'un nouveau contrat est donnée de par la nature même du contrat⁵⁰². Dans d'autres cas, la conséquence de la conclusion d'un nouveau contrat découle de l'accord particulier que les parties ont stipulé⁵⁰³. Dans tous les cas, la règle du changement fondamental⁵⁰⁴ demeure applicable afin de déterminer si les parties font face à un seul contrat.
- 678 On pourrait se demander s'il était utile, voire nécessaire, que le législateur établisse des règles sur le renouvellement, propres à chaque contrat. À notre avis, la réponse à cette question devrait être **négative**. On pourrait plutôt imaginer une règle dans la Partie générale. En cas de litige, c'est la tâche du juge de décider sur la base des éléments concrets, en protégeant les attentes légitimes éveillées chez une partie⁵⁰⁵. Ces attentes peuvent être déduites de plusieurs facteurs : la correspondance entre les parties⁵⁰⁶, les autres renouvellements du même contrat dans le passé⁵⁰⁷, les usages entre les parties⁵⁰⁸ ou encore les usages d'une certaine branche⁵⁰⁹. S'il n'est pas possible de déduire un accord sur la durée du contrat renouvelé, ce dernier se transforme en contrat de durée indéterminée⁵¹⁰.
- 679 S'agissant des **contrats innommés**, l'exercice de l'analyse du renouvellement, tacite ou par accord exprès, pourrait être effectué autant de fois qu'il existe de contrats innommés caractérisés par un élément de durée. La liste est donc potentiellement infinie. L'exemple du contrat de franchise montre, néanmoins, que cet exercice ne perd pas d'importance lorsque l'on quitte le terrain des contrats nommés. Aussi, il en ressort que l'approche du problème est fondamentalement identique. Il convient d'abord de déterminer si et à quel moment les parties renouvellent leur contrat et, par la suite, de définir les conséquences. Étant donné que les contrats innommés ne sont, par définition, pas disciplinés par le Code, les conséquences du renouvellement en termes de durée ne pourront pas être recherchées dans une règle *ad hoc*, à moins que cette règle puisse être appliquée par analogie.

⁵⁰² C'est le cas du contrat de courtage. En effet, l'engagement du courtier ne peut que concerner une affaire déterminée (cf. *supra* ¶ 544). Un « renouvellement » d'un contrat de courtage implique donc la conclusion d'un nouveau contrat.

⁵⁰³ Nous avons porté exemple comme exemple le « prêt à usage spécifique » (cf. *supra* ¶ 458), le « mandat spécifique » (cf. *supra* ¶¶ 477 et 486) et le contrat de commission portant sur des objets spécifiques (cf. *supra* ¶ 554).

⁵⁰⁴ Il convient donc de se poser la question de savoir si, avec le changement, le contrat devient dénaturé (cf. *supra* ¶¶ 54-55).

⁵⁰⁵ Cf. *supra* ¶ 432.

⁵⁰⁶ Cf. *supra* ¶ 436.

⁵⁰⁷ Cf. *supra* ¶ 437.

⁵⁰⁸ Cf. *supra* ¶¶ 438-440.

⁵⁰⁹ Cf. *supra* ¶ 441.

⁵¹⁰ Cf. *supra* ¶ 434.

La durée du contrat renouvelé. S'il n'est pas possible de déterminer la volonté réelle des parties quant à la période de renouvellement, il conviendra de procéder à une interprétation selon le principe de la confiance. Si une telle interprétation n'aboutit à aucun résultat, on pourra déclarer le contrat renouvelé pour une durée indéterminée. Cette solution a l'avantage de ne pas lier les parties trop longuement et leur permet de mettre fin au contrat de manière convenable. À ce propos, il conviendra de déterminer dans le contrat en question quelles sont les règles applicables à la résiliation, établies par la jurisprudence et la doctrine. 680

L'application de la règle du changement fondamental. Contrairement aux contrats nommés dans lesquels les obligations des parties sont, en règle générale, bien définies dans la loi, celles des contrats innommés sont uniquement établies dans le contrat spécifique avec tout au plus quelques obligations inhérentes au contrat en question, posées par la doctrine et la jurisprudence. Faut-il donc conclure que chaque changement, même minime, conduit à la conclusion d'un nouveau contrat ? Non. Le changement fondamental sera apprécié sur la base du contrat primitif. Dans la mesure où celui-ci serait dénaturé par le « renouvellement » envisagé, les parties concluent en réalité un nouveau contrat. En cas de litige, le juge devra déterminer si et quelles clauses du contrat primitif pourront être appliquées à la nouvelle relation contractuelle. Lorsque les parties, comme dans l'hypothèse ici présentée, parlent de « renouvellement », mais concluent en réalité un nouveau contrat, **la présomption quant à l'incorporation des clauses du contrat primitif sera plus importante.** 681

L'insécurité juridique inhérente au renouvellement tacite est augmentée dans le cadre des contrats innommés. Quand bien même le renouvellement du contrat est souvent un élément négligé ou sous-estimé au moment de la négociation et de la conclusion du contrat, les problèmes potentiels qui pourraient naître à partir de celui-ci devraient constituer un fort encouragement pour les parties à régler convenablement un éventuel renouvellement, ne serait-ce qu'exclure, par exemple, tout renouvellement automatique⁵¹¹. 682

Section IV: Les éléments à déterminer en cas de litige portant sur un renouvellement

L'analyse des différentes catégories de contrats permet de dresser une liste des éléments à déterminer lorsque l'on fait face à un renouvellement d'un contrat de durée. Il s'agit en quelque sorte des questions fondamentales auxquelles il convient nécessairement de donner une réponse lorsque le contrat ne prévoit aucune réglementation spécifique en matière de renouvellement. 683

⁵¹¹ S'agissant de la question de la réglementation du renouvellement par les parties, cf. *infra* ¶¶ 736 et seq.

- 684 Qualification du contrat.** La qualification du contrat est naturellement la première démarche à entreprendre. C'est elle qui déterminera s'il existe une disposition susceptible de s'appliquer en cas de renouvellement du contrat. En cas de contrats innommés, se posera la question d'une éventuelle application par analogie de certaines dispositions du Code.
- 685 Accord sur le principe du renouvellement.** La deuxième étape consiste à déterminer s'il existe un accord entre les parties sur le principe du renouvellement. En cas d'absence d'accord sur le principe même du renouvellement, il est inutile de se poser la question de la durée du contrat renouvelé et des autres conséquences liées à la prolongation de la relation contractuelle. L'accord sur le renouvellement n'est autre qu'un contrat au sens de l'art. 1 CO portant sur la prolongation d'un contrat venant à échéance⁵¹². L'analyse d'un tel accord se fait donc selon l'approche traditionnelle, consistant à chercher d'abord la réelle et commune volonté des parties et, si cette analyse n'aboutit pas, en procédant avec une interprétation selon le principe de la confiance. Il conviendra de se demander si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, une partie pouvait de bonne foi croire que son cocontractant entendait renouveler le contrat litigieux.
- 686 Éventuel changement fondamental du contrat.** Le fait que les parties soient convenues du « renouvellement » d'un contrat ne signifie pas encore que l'on soit en présence d'un seul et même contrat. Il conviendra de déterminer si, avec le « renouvellement », les parties ont changé le contrat de manière fondamentale. Si tel est le cas, les parties auront en principe conclu un nouveau contrat. À son tour, la conclusion d'un nouveau contrat ou la poursuite du contrat primitif peut avoir un impact sur les droits et obligations des parties. La question de l'éventuelle conclusion d'un nouveau contrat sera analysée au point suivant (*cf. infra* ¶¶ 689 et *seq.*).
- 687 Éventuel accord sur la durée du renouvellement.** Une fois établi le principe du renouvellement, la question centrale qui se pose est celle de la durée du renouvellement. En cas d'accord (exprès ou tacite) sur la durée, le contrat sera renouvelé selon la volonté des parties. Faute d'un accord sur la durée, les présomptions contenues dans les règles topiques du contrat de bail à loyer et à ferme, de travail, d'agence et de société simple pourront être utilisées dans la mesure où elles seraient susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce. Lorsqu'aucune règle de droit supplétif ne s'applique, nous proposons de considérer que le contrat devient un contrat de durée indéterminée⁵¹³. Cela permettra aux parties de se départir du contrat dans des délais raisonnables, sans imposer une durée déterminée qui pourrait en définitive créer des inconvénients pour les deux cocontractants.

⁵¹² Cf. *supra* ¶¶ 34 et *seq.*

⁵¹³ Cf. *supra* ¶ 434.

Les conditions du contrat renouvelé. L'autre question est celle des conditions du 688
 contrat renouvelé. En principe, lorsque les parties se sont accordées sur un
 renouvellement, l'on présumera que le contrat se poursuit aux mêmes conditions. Il
 s'agit d'une présomption inhérente à tout renouvellement⁵¹⁴. Cette présomption peut
 être renversée si les parties apportent la preuve qu'elles ont, au même temps que le
 renouvellement, modifié certaines clauses contractuelles.

Section V: La question de la conclusion d'un nouveau contrat

Nous avons vu que, dans certains cas, le « renouvellement » d'un contrat implique en 689
 réalité la conclusion d'un nouveau contrat, contrairement à la règle générale. Il
 convient d'abord de distinguer les contrats qui sont renouvelables de par leur propre
 nature de ceux qui ne le sont pas.

Les contrats non renouvelables. D'après la règle générale proposée, le 690
 renouvellement n'implique pas, en principe, la conclusion d'un nouveau contrat⁵¹⁵.
 Cela étant, il est des contrats qui ne peuvent pas être renouvelés à proprement parler,
 de par leur nature. Par exemple, le contrat de courtage ne peut, par définition, que
 porter sur la conclusion d'une affaire déterminée. En conséquence, même si les parties
 décident de « renouveler » le contrat, elles en concluent en réalité un nouveau⁵¹⁶.

Les contrats renouvelables. Les contrats que nous considérons comme étant 691
 véritablement renouvelables sont ceux qui ne prennent pas fin de manière autonome
 par leur exécution, mais de manière hétéronome par l'exercice d'un droit formateur
 ou par l'accord des parties⁵¹⁷.

Le changement fondamental. En présence d'un contrat renouvelable, les parties 692
 concluent un nouveau contrat lorsqu'elles le changent de manière fondamentale. Les
 circonstances du cas concret sont déterminantes, mais ce bouleversement se produit le
 plus souvent dans l'hypothèse où les parties modifient la prestation caractéristique et
 que le contrat primitif en deviendrait de la sorte dénaturé⁵¹⁸. La prestation
 caractéristique d'un contrat est généralement celle qui n'est pas pécuniaire⁵¹⁹ ; elle
 incarne la fonction sociale et économique du contrat⁵²⁰.

⁵¹⁴ Cf. *supra* ¶ 648.

⁵¹⁵ Cf. *supra* ¶ 53.

⁵¹⁶ Cf. *supra* ¶¶ 544-545.

⁵¹⁷ Cf. *supra* ¶¶ 17 et 25.

⁵¹⁸ Cf. *supra* ¶ 55.

⁵¹⁹ CR-LDIP-BONOMI, art. 117 LDIP, N 14.

⁵²⁰ *Idem*, N 15 ; cf. aussi ZK-IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, art. 117, N 27.

- 693 La volonté des parties.** Même en cas de contrats dits renouvelables, leur éventuel non-renouvellement peut résulter d'une disposition contractuelle dans ce sens ; par exemple, si le contrat contient une clause qui stipule clairement que celui-ci ne pourra pas faire l'objet d'un renouvellement tacite⁵²¹. Dans la mesure où les parties continuent de prêter au-delà de l'échéance contractuelle, on considérera en principe qu'un nouveau contrat prend naissance. Une dérogation tacite à la clause excluant tout renouvellement est également envisageable s'il peut être établi que les parties ont voulu donner suite à l'ancien contrat. Le simple fait d'avoir « renouvelé » un contrat contenant une clause de non-renouvellement n'est pas suffisant pour arriver à une telle conclusion.
- 694 Contenu du nouveau contrat.** En cas de conclusion d'un nouveau contrat, se pose la question de savoir quel contenu celui-ci devra avoir par rapport au dernier. Faut-il simplement transposer l'ancien contrat au nouveau et, donc, procéder à une incorporation de toutes les clauses contractuelles ? Il nous semble que cela devrait être le cas lorsque les parties ne savent pas qu'elles ont, en réalité, conclu un nouveau contrat. Dans ces cas, à plus forte raison les parties s'attendent à ce que les clauses de l'ancien contrat soient reprises et il y aura donc une présomption en ce sens. En revanche, si les parties ont expressément exclu tout renouvellement tacite, mais qu'elles continuent néanmoins l'exécution du contrat au-delà de son échéance, la présomption d'incorporation intégrale de toutes les clauses de l'ancien contrat nous paraît être moins forte. En effet, étant donné que les parties ont expressément exclu tout renouvellement, l'éventuelle incorporation des clauses de l'ancien contrat devra se faire avec plus de retenue. En réalité, il ne s'agit là que d'une application du principe de la confiance. Ce principe, appliqué au cas d'un « renouvellement » impliquant la conclusion d'un nouveau contrat, entraînera généralement l'incorporation des clauses de l'ancien contrat. En tout état de cause, ces clauses constitueront un précieux outil d'interprétation du nouveau contrat.
- 695** Cette question ne se pose pas, cependant, en cas de simple renouvellement. Dans ce cas de figure, les parties font face au même contrat et, par conséquent, les clauses du contrat primitif demeureront entièrement applicables.
- 696 Enjeux.** L'analyse des différents contrats a montré que la distinction entre nouveau contrat et contrat renouvelé peut avoir un impact concret sur les droits et obligations des parties. Cette distinction peut également avoir des conséquences sur la validité du contrat dans son ensemble. En cas de contrat dont la loi exige une forme particulière, le nouveau contrat doit répondre à cette exigence. L'ancien contrat ne pourra en principe pas guérir les défauts du nouveau contrat.

⁵²¹ Cf. *supra* §§ 409-410 ; 414 ; 419.

Section VI: La reprise ultérieure d'un contrat arrivé à échéance

En principe, un contrat de durée qui arrive à son terme sans avoir été immédiatement renouvelé est perçu comme étant échu. La question devient délicate si les parties reprennent l'exécution du contrat primitif après un certain temps. Considérer le tout comme une seule relation contractuelle ou, au contraire, deux ou plusieurs contrats distincts peuvent avoir des incidences sur les droits et obligations des parties. 697

Critères pour l'appréciation. Le Tribunal fédéral a jugé à deux reprises des cas dans lesquels se posait la question de savoir si la reprise d'un ancien contrat portait atteinte à l'intégrité de la relation contractuelle. Dans les deux cas, cette question s'est posée en matière de contrat de travail⁵²². Nous pouvons dégager les principes suivants de ces jurisprudences : (i) la volonté des parties est déterminante afin de savoir si la reprise des rapports se fonde sur la continuation de l'ancien contrat ou sur le début d'un nouveau rapport ; (ii) cette volonté commune des parties peut être manifestée tant avant qu'après l'interruption du contrat ; (iii) elle peut l'être expressément ou par actes concluants ; (iv) si l'interruption n'est pas de courte durée, on présupera qu'un nouveau contrat prend naissance ; (v) *a fortiori*, lorsque l'interruption est de courte durée, la présomption ira dans le sens d'une continuation du contrat primitif ; (vi) une éventuelle adaptation du contrat ne porte pas nécessairement atteinte à l'intégrité du contrat. Il convient d'ajouter une condition, certes implicite, mais qui doit être remplie dans toutes les circonstances : les deux contrats (avant et après l'interruption) doivent avoir la même qualification juridique. Lors de l'analyse du contrat de travail, nous avons cité l'exemple d'un ex-employé informaticien qui serait appelé par son ancien employeur afin d'intervenir ponctuellement sur des problèmes informatiques⁵²³. Dans ce cas, le second rapport pourrait être qualifié de mandat, ce qui rend la reprise de l'ancien contrat impossible. 698

Selon nous, ces principes peuvent en principe être détachés du cadre spécifique du contrat de travail et ont vocation à être appliqués à d'autres domaines contractuels. En définitive, c'est la volonté des parties qui déterminera l'existence d'un seul contrat ou la naissance d'un nouveau. Les présomptions qui découlent d'une longue ou d'une courte période d'interruption constituent également un outil précieux. 699

En cas de reprise systématique d'un ancien contrat à des intervalles rapprochés, la situation qui en découle peut se recouper avec celle de la conclusion de contrats successifs et il conviendra donc d'aborder le problème sous cet angle. 700

⁵²² Cf. *supra* ¶¶ 263-264 ; ATF 112 II 51 ; 115 V 111.

⁵²³ Cf. en général *supra* ¶¶ 39 et seq.

701 Conséquences. Si le résultat de l'analyse est la conclusion d'un nouveau contrat, les droits qui pourraient résulter de l'écoulement du temps relatif à l'ancien contrat ne pourront pas être exercés. Inversement, si l'on considère que le nouveau rapport se fonde sur le contrat primitif, on fera abstraction de la période d'interruption et on considérera les deux rapports (avant et après l'interruption) comme un seul rapport contractuel. Les compteurs repartiront là où ils s'étaient arrêtés avant l'interruption. La période d'interruption ne pourra pas être prise en compte pour faire naître des droits. Ainsi, par exemple, l'employé qui a interrompu son travail pendant six mois avant de le reprendre n'aura pas droit au salaire pendant ce temps. Cette période ne sera également pas prise en compte pour le calcul d'autres prestations liées à l'écoulement du temps.

Section VII: Les avantages et les limites de la réglementation actuelle en matière de renouvellement et leur appréciation

1. Les avantages

702 Règles spécifiques. Pour certains contrats, le système actuel prévoit des règles spécifiques en matière de renouvellement tacite. Elles ont donc été conçues « sur mesure » pour les différents contrats. Considérant le nombre relativement restreint de litiges dont le noyau portait sur l'application de ces règles, on constate, dans l'ensemble, que le fonctionnement de celles-ci ne pose *a priori* pas de problèmes majeurs. Elles sont en outre présentes dans les contrats où le renouvellement constitue le plus souvent une réalité.

703 Sécurité juridique. Les quelques règles actuellement en vigueur favorisent une certaine sécurité juridique. Même si en soi le concept de renouvellement tacite semble relativement intuitif, les règles existantes donnent un cadre à une situation potentiellement incertaine, notamment en définissant les conséquences en termes de durée du contrat tacitement renouvelé.

704 Droit dispositif. La plupart des dispositions en matière de renouvellement tacite sont de droit dispositif⁵²⁴. Nous considérons ce système satisfaisant. Il est certes utile d'avoir des règles qui donnent un cadre au renouvellement, mais les parties doivent pouvoir établir des règles différentes et mieux adaptées aux circonstances concrètes de leur cas.

⁵²⁴ Cf. sur ce point *supra* ¶¶ 407 et seq.

2. Les limites

Absence d'une règle générale sur le renouvellement. Malgré les avantages que 705
présentent des règles spécifiques en matière de renouvellement pour certains contrats, le système actuel ne connaît pas une règle dans la Partie générale du Code qui serait susceptible de donner un cadre à tous les contrats de durée. Une telle disposition ne porterait pas nécessairement préjudice à des réglementations spéciales dans le Code ou dans d'autres lois, comme celles du contrat d'assurance ou du bail à ferme agricole.

L'insertion d'une disposition sur le renouvellement dans la Partie générale du Code 706
n'est cependant pas suffisante. Une telle règle doit nécessairement être accompagnée d'une disposition générale sur la résiliation ordinaire d'un contrat de durée. Ce type de système est prévu par le projet CO 2020⁵²⁵.

Une règle généralement applicable aurait l'avantage de servir de base à toute une 707
série de contrats pour lesquels le renouvellement n'est pas encadré, en ce compris les contrats innommés. Les types de contrats de durée qui sont conclus à présent, par opposition à ceux formant la réalité lors de l'entrée en vigueur du CO, sont très variés et constituent souvent des contrats purement innommés ou mixtes. Cette évolution ne pouvait pas être prise en compte par le législateur de l'époque ; il avait établi des règles précises là où il y avait besoin. Aujourd'hui, avec les évolutions rapides que le droit des contrats a connues, il nous semble que notre ordre juridique devrait disposer d'une règle générale en matière de renouvellement.

Le moment du renouvellement. Les règles actuellement en vigueur décrivent les 708
conséquences d'un renouvellement tacite en termes de durée, mais sont muettes sur la question de savoir à partir de quand un contrat est réputé renouvelé. À titre de comparaison, l'article 545 BGB⁵²⁶ (bail à loyer) prévoit un délai de deux semaines dans lequel les parties peuvent manifester leur intention de ne pas renouveler le contrat. En fixant un délai précis, une telle règle a indéniablement un avantage pratique, mais celui-ci fait obstacle à la marge de manœuvre dont le juge devrait à notre sens disposer. Si des délais précis pouvaient être utiles en matière de bail à loyer, leur généralisation n'est pas souhaitable. Selon nous, le moment du renouvellement (qui déclenche les conséquences en termes de durée du contrat renouvelé) doit rester une question d'appréciation de *tous* les éléments disponibles, en ce compris (mais non exclusivement) l'éventuelle période pendant laquelle le contrat a été reconduit sans réaction des parties.

Le statut du contrat renouvelé. Bien que, selon nous, un contrat renouvelé n'implique 709
en principe pas la conclusion d'un nouveau contrat, ce concept (ou son contraire) ne

⁵²⁵ Cf. *infra* ¶¶ 714 et seq.

⁵²⁶ Cf. *supra* ¶ 184.

ressort généralement pas des règles topiques actuelles. Pour certains contrats, l'écoulement du temps fait naître (ou disparaître) des droits dont les parties pourraient (ou auraient pu) se prévaloir. Savoir clairement si le renouvellement tacite d'un contrat signifie en principe que le contrat primitif est simplement prolongé ou, au contraire, qu'un nouveau contrat prend naissance, est un détail qui, selon les cas, peut avoir des conséquences importantes pour les parties.

- 710 Les conditions du contrat renouvelé.** En cas de renouvellement d'un contrat de durée et sauf accord contraire des parties, on présume généralement que les conditions du contrat demeurent inchangées. À l'exception de la disposition topique en matière de bail à ferme⁵²⁷ et de bail à ferme agricole⁵²⁸, les autres règles ne contiennent pas cette précision. Prévoir qu'un contrat tacitement renouvelé est présumé reconduit aux mêmes conditions est peut-être une précision superflue, mais elle aurait l'avantage d'apporter une réponse claire là où le litige porte justement sur ce sujet.
- 711 Reprise d'un contrat venu à échéance.** Les dispositions existantes en matière de renouvellement n'apportent aucune réponse à la question du sort d'un contrat venu à échéance, mais dont l'exécution a été reprise par les parties après un certain temps⁵²⁹. L'insécurité juridique qui en découle est probablement inhérente à toute reprise ultérieure d'un contrat échu. La seule solution qui pourrait apporter une réponse claire dans tous les cas serait la fixation d'une limite temporelle au-delà de laquelle la reprise d'un ancien contrat serait exclue. Selon nous, cette solution n'est pas satisfaisante. Une telle limite serait par définition arbitraire et, très certainement, inadaptée aux différentes réalités contractuelles. Savoir si la reprise de l'exécution d'un ancien contrat donne lieu à la continuation de ce contrat ou, au contraire, la conclusion d'une nouvelle relation contractuelle, doit rester une question d'appréciation qui ne saurait être limitée par le législateur avec la fixation de délais.
- 712 Règles différentes toujours justifiées ?** On pourrait se demander si certaines règles sur le renouvellement sont encore adaptées à la réalité présente. Alors que pour certains aspects les contrats de travail et d'agence sont similaires, on ne comprend pas pourquoi les règles respectives sur le renouvellement tacite prévoient aujourd'hui des conséquences différentes. Nous avons vu que cette différence est due au fait que lors de l'adoption des règles sur le contrat d'agence, le législateur s'était inspiré de la disposition sur le renouvellement tacite en matière de contrat de travail. Cette disposition prévoyait ce que l'art. 418p al. 2 CO prévoit actuellement. Avec la révision du droit du travail et le changement de la règle en matière de renouvellement tacite⁵³⁰, la disposition topique du contrat d'agence n'a plus suivi la tendance générale qui consiste à réputer un contrat tacitement renouvelé comme un contrat de durée

⁵²⁷ Cf. *supra* ¶ 219.

⁵²⁸ Cf. *supra* ¶ 400.

⁵²⁹ Cf. sur ce point *supra* ¶¶ 697 et seq.

⁵³⁰ Cf. *supra* ¶¶ 652 et seq.

indéterminée. La règle de l'art. 418^p al. 2 CO prévoyant qu'un contrat tacitement reconduit lie les parties pour une période déterminée offre peu de flexibilité dans un domaine qui en demande de plus en plus.

En conclusion, le système actuel en matière de renouvellement des contrats de durée présente, certes, des inconvénients, mais dont certains sont difficilement réparables, ou ils ne le sont qu'avec des règles qui s'avèreraient être inutilement arbitraires et qui porteraient atteinte à la liberté contractuelle. En revanche, d'autres limites pourraient être effacées ou diminuées avec une intervention législative. **713**

Section VIII: Le projet « Code des obligations suisse 2020 »

Il existe actuellement un projet pour une nouvelle partie générale du Code des obligations suisse (« CO 2020 »). Il est encore trop tôt pour connaître le résultat final, mais le projet contient une règle en matière de renouvellement qui présente des caractéristiques intéressantes. L'art. 144 CO 2020 a la teneur suivante : **714**

A. Résiliation ordinaire

¹ Un contrat de durée indéterminée peut être résilié en tout ou en partie dans le délai légal ou conventionnel ; en l'absence d'une telle règle, un délai convenable doit être respecté.

² Un contrat de durée déterminée prend fin à l'expiration de la durée convenue.

³ Le contrat de durée déterminée dont l'exécution s'est poursuivie après son échéance est présumé obliger les parties pour une durée indéterminée.

Les conditions. L'application de l'art. 144 al. 3 CO 2020 requiert deux conditions cumulatives : (i) un contrat de durée déterminée et (ii) l'exécution de ce contrat après son échéance. La deuxième condition mérite d'être précisée. Selon le sens littéral, c'est l'exécution du contrat qui doit être poursuivie après l'échéance. *A priori*, c'est l'exécution du contrat par les deux parties qui est visée. À notre avis, une approche trop littérale n'est pas souhaitable. Par exemple, on pourrait admettre le renouvellement d'un contrat de travail même avant que l'employeur n'ait versé le premier salaire après l'échéance du contrat primitif. Ce n'est pas parce que l'employeur n'a pas versé ce premier salaire – et n'a donc pas exécuté sa partie du contrat – que le renouvellement ne peut pas être admis. La condition que l'exécution **715**

du contrat doit avoir été poursuivie après son échéance doit, selon nous, être lue comme faisant (aussi) référence à un accord entre les parties de renouveler le contrat. Cet accord peut aussi être inféré des circonstances et avoir lieu avant qu'il n'y ait eu exécution matérielle du contrat par les deux parties. On retrouverait ainsi les conditions caractéristiques du renouvellement en général⁵³¹.

- 716 Les conséquences.** Dans la mesure où les conditions ci-dessus sont remplies, le contrat « est présumé obliger les parties pour une durée indéterminée ». Le texte a le mérite d'être clair : le fait que le contrat se transforme en contrat de durée indéterminée est une présomption réfragable⁵³². Les parties pourront donc amener la preuve qu'elles ont renouvelé le contrat pour une durée déterminée, favorisant ainsi la primauté de la volonté des parties⁵³³. Quand bien même le texte de l'art. 144 al. 3 CO 2020 ne le précise pas expressément, l'autre conséquence présumée est, selon nous, la poursuite du contrat aux mêmes conditions que celles du contrat primitif. Peut-être serait-il souhaitable de compléter la fin de l'art. 144 al. 3 CO 2020 avec les termes « et aux mêmes conditions ».
- 717** Comme précédemment évoqué, l'insertion dans le Code actuel d'une règle équivalente à celle de l'art. 144 al. 3 CO 2020 serait insuffisante⁵³⁴. Une telle disposition devrait nécessairement être accompagnée d'une règle générale sur la résiliation ordinaire de tout contrat de durée. L'art. 144 al. 3 CO 2020 devient donc une règle complète avec l'alinéa 1 qui prévoit qu'à défaut d'un délai de résiliation légal ou conventionnel, il peut être mis fin à tout contrat de durée indéterminée moyennant un délai convenable. Ce type de règle générale manque dans le système actuel.
- 718 Champ d'application.** Contrairement aux règles actuellement en vigueur, le texte de l'art. 144 al. 3 CO 2020 ne se limite pas aux cas de renouvellement tacite. Il décrit uniquement la situation dans laquelle l'exécution du contrat est poursuivie après l'échéance contractuelle. Son champ d'application couvre donc également les renouvellements par accord exprès. Lorsque les parties sont expressément convenues d'une prolongation de leur relation contractuelle au-delà du terme initialement stipulé, mais sans préciser la durée du renouvellement, on pourra directement appliquer la présomption de l'art. 144 al. 3 CO 2020 aux termes de laquelle le contrat renouvelé devient un contrat de durée indéterminée. Il ne faudra donc plus recourir,

⁵³¹ Cf. *supra* ¶ 34.

⁵³² Cf. aussi HILTY/PURTSCHERT, CO 2020, art. 144, N 9. Ces auteurs considèrent néanmoins que les règles sur le renouvellement tacite du contrat de bail à loyer (art. 266 al. 2 CO), du contrat de travail (art. 334 al. 2 CO) et celle de la société simple (art. 546 al. 3 CO) – lesquelles prévoient, comme l'art. 144 al. 3 CO 2020, que le contrat renouvelé devient un contrat de durée indéterminée – constituent des fictions (irréfragables). Selon nous, il s'agit de présomptions réfragables (cf. *supra* ¶¶ 407 et seq.), ce qui donne – pour ces contrats spécifiques – une certaine flexibilité.

⁵³³ Sur les éléments à prendre en considération, cf. *supra* ¶¶ 435 et seq.

⁵³⁴ Cf. *supra* ¶ 706.

comme c'est le cas actuellement, à une application par analogie des règles sur le renouvellement tacite⁵³⁵.

Statut du contrat renouvelé. Contrairement aux dispositions en vigueur, la règle proposée à l'art. 144 al. 3 CO 2020 a l'avantage d'être claire s'agissant du statut du contrat renouvelé. Le renouvellement n'impliquerait pas la conclusion d'un nouveau contrat, mais la prolongation du contrat primitif⁵³⁶. Il s'agit, à notre sens, d'une évidence, mais qui mériterait d'être expressément reflétée dans la loi. 719

Sort des règles sur le renouvellement dans la Partie spéciale du Code. Si une règle équivalente à l'art. 144 CO 2020 devait entrer en vigueur, se pose la question du sort des règles sur le renouvellement dans les différents contrats de la Partie spéciale du Code. Dans la mesure où l'art. 144 al. 3 CO 2020 prévoit qu'un contrat renouvelé est réputé devenir un contrat de durée indéterminée, les règles topiques du contrat de bail à loyer, du contrat de travail et de la société simple deviendraient superflues et pourraient être abrogées. Peut-être pourra-t-on saisir cette occasion et abroger également l'art. 418p al. 2 CO afin de disposer d'une règle uniforme sur le renouvellement. Si nécessaire, le législateur pourra adopter des règles différentes de manière ciblée. 720

En conclusion, l'art. 144 CO 2020 est une proposition à saluer. Il apporterait une règle générale en matière de renouvellement dont le droit des contrats pourrait tirer bénéfice. 721

Section IX: Un droit au renouvellement fondé sur le principe de la bonne foi ?

On pourrait se demander si le devoir général du respect des règles de la bonne foi aurait la possibilité, en tant que tel, de servir de base à un droit au renouvellement. Afin de répondre à cette question, il convient d'opérer une distinction préalable fondée sur les différentes conséquences pratiques découlant de l'art. 2 CC⁵³⁷. Une catégorisation globale et exhaustive est certes délicate, mais il apparaît que les principes déduits de l'art. 2 CC, notamment en relation avec le droit des obligations, ont en principe deux finalités différentes qui s'excluent mutuellement. La *première* finalité est celle de créer, modifier ou concrétiser un rapport juridique. La *seconde*, en 722

⁵³⁵ Cf. *supra* ¶ 660.

⁵³⁶ Cf. aussi HILTY/PURTSCHERT, CO 2020, art. 144, N 10 : « Wird die Vermutung nicht widerlegt und mutiert der befristete Dauervertrag folglich zu einem unbefristeten, untersteht er fortan der Regelung nach Abs. 1 von Art. 144 OR 2020. Insbesondere greifen dann die Bestimmungen zur ordentlichen Kündigung » (nous soulignons).

⁵³⁷ Sur l'art. 2 CC en général, cf. CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2 ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC ; MORIN, Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil, in RDS II 2007 203-236.

revanche, sanctionne le non-respect des devoirs découlant de la bonne foi dans une logique d'indemnisation.

723 Parmi les outils qui créent, modifient ou concrétisent un rapport juridique, on peut mentionner :

- le principe de la confiance, outil d'interprétation servant à déterminer les manifestations de volonté et les contrats⁵³⁸ ;
- le comblement d'une lacune dans le contrat avec la recherche de la volonté hypothétique des parties⁵³⁹ ;
- l'interdiction de l'abus de droit, notamment en cas de contrats successifs⁵⁴⁰ ;
- la *clausula rebus sic stantibus*⁵⁴¹.

724 Les principes suivants conduisent à une indemnisation due au non-respect d'un devoir déduit du principe de la bonne foi :

- la responsabilité précontractuelle ou pour *culpa in contrahendo*⁵⁴² (le non-respect des devoirs précontractuels dans des pourparlers peut conduire au paiement de dommages-intérêts⁵⁴³) ;
- la responsabilité fondée sur la confiance⁵⁴⁴.

725 Le renouvellement est un accord. La question de savoir s'il existe un droit au renouvellement fondé sur le principe de la bonne foi est liée à la première catégorie d'outils mentionnée ci-dessus.

726 Il est possible de parler d'un droit au renouvellement fondé sur le principe de la confiance. Un contrat devra être renouvelé dans la mesure où, après une interprétation selon le principe de la confiance, il est établi que les parties sont convenues d'une prolongation du rapport contractuel préexistant.

727 S'agissant du principe de la volonté hypothétique pour le comblement d'une lacune, il semble délicat d'admettre qu'une partie puisse disposer d'un véritable droit au

⁵³⁸ CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 14 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 98-103 ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2, N 13 ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC, N 83.

⁵³⁹ CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 17 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 122-126 ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2, N 15.

⁵⁴⁰ Cf par exemple ATF 129 III 618, c. 6.2.

⁵⁴¹ CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 56 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 225-249 ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2, N 19 ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC, N 443-480.

⁵⁴² CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 20 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 160-167 ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2, N 17 ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC, N 105 *et seq.*

⁵⁴³ Cf. *infra* ¶¶ 904 *et seq.*

⁵⁴⁴ CR-CC-I-CHAPPUIS C., art. 2, N 59 ; BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 175-194 ; HONSELL, BaKomm ZGB I, art. 2, N 18 ; ZK-BAUMANN, art. 2 CC, N 109-143.

renouvellement sur cette base. Une analyse en termes généraux ne nous paraît pas opportune. L'interdiction de l'abus de droit dans le cadre de contrats successifs est un principe susceptible de modifier un rapport juridique étant donné que le juge peut faire abstraction du morcellement d'une relation juridique et considérer le tout comme un seul contrat. En revanche, il ne donne pas en tant que tel un « droit » au renouvellement. Il intervient uniquement afin de corriger un usage abusif des contrats de durée déterminée.

Le principe de la *clausula rebus sic stantibus* peut conduire à une modification d'un rapport juridique suite à des changements inattendus et radicaux portant atteinte à des conditions-cadre du contrat, lesquels changements aboutissent à une disproportion entre prestation et contre-prestation⁵⁴⁵. Nous n'avons pas trouvé de précédents dans lesquels une partie aurait demandé le renouvellement d'un contrat sur la base de ce principe. Il semble cependant délicat d'exclure d'emblée que le renouvellement d'un contrat puisse être imposé si toutes les conditions d'application de la *clausula rebus sic stantibus* sont réunies. En définitive, tout type d'adaptation du contrat pourrait *a priori* entrer en ligne de compte. Cette adaptation pourrait consister en une prolongation du contrat en vigueur. Savoir si un renouvellement peut être accordé sur la base de ce principe est une question qui devra être examinée en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce. 728

Bonne foi et équité. Dans certains cas, une partie pourrait essayer de faire appel au principe de la bonne foi comme outil afin d'équilibrer les intérêts économiques des parties. En pratique, cette question se pose plus particulièrement dans le cadre des contrats de licence, de franchise ou de distribution. Souvent, lorsque à l'échéance du contrat, le licencié, le franchisé ou le distributeur n'ont pas pu amortir leurs coûts, ils tenteront d'obtenir une prolongation du contrat afin de rentabiliser leur activité. Le problème est encore plus prononcé lorsque la durée du contrat était d'emblée trop courte⁵⁴⁶. 729

Dans d'autres cas, la durée d'un contrat peut être limitée pour des considérations tenant au droit de la concurrence. En France, par exemple, l'Autorité de la concurrence a émis un avis relatif à la distribution alimentaire dans lequel elle a considéré que des clauses de durée de plus de cinq ans soulèvent « *de légitimes préoccupations de concurrence* »⁵⁴⁷. Un franchisé pourrait faire valoir qu'une durée de 730

⁵⁴⁵ BK-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, art. 2 CC, N 239.

⁵⁴⁶ Comme le soulève un auteur à juste titre, « [...] les parties sont supposées élaborer leur modèle commercial (y compris leurs investissements), en fonction de la durée du contrat et prendre en compte l'éventualité d'un non-renouvellement de celui-ci » ; DE WERRA, Contrat de franchise, N 15.2, in MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH (éds.), Recueil de contrats commerciaux, Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse, Bâle 2013.

⁵⁴⁷ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, N 132 et seq., N 135.

cinq ans n'est pas suffisante afin d'amortir les investissements et que, donc, le contrat doit être renouvelé pour une nouvelle période de cinq ans.

- 731 À notre sens, il n'existe pas de véritable « droit au renouvellement » fondé sur l'art. 2 CC. L'art. 2 al. 1 CC suppose une obligation préexistante légale ou conventionnelle ; une obligation autonome ne sera admise que dans des cas exceptionnels⁵⁴⁸. Lorsqu'un donneur de licence ne souhaite pas renouveler le contrat arrivé à terme (et ses déclarations et son comportement n'ont pas provoqué des attentes légitimes à l'endroit de son cocontractant), on voit mal comment le preneur de licence pourrait invoquer la bonne foi pour exiger le renouvellement du contrat. Tout contrat de durée déterminé prend fin par l'expiration du terme convenu. Le fait pour une partie de ne pas vouloir renouveler un contrat n'équivaut pas à l'exercice d'un droit. Aussi, on ne saurait parler d'une sorte d'obligation générale de renouveler un contrat. Si une telle obligation existe, elle doit alors figurer soit dans la loi, soit dans le contrat.
- 732 En réalité, la bonne foi est souvent évoquée pour corriger l'économie du contrat, le but étant d'introduire un élément d'équité. Il est admis que la bonne foi introduit dans l'application du droit la référence à des valeurs très générales, comme les bonnes mœurs, l'équité, les droits de la personnalité⁵⁴⁹. Cependant, on ne saurait admettre un droit au renouvellement basé sur la bonne foi uniquement parce que le contrat, à son échéance, n'a pas satisfait une partie sur le plan économique. S'il existait un tel droit à l'équité économique, la sécurité du droit en serait affaiblie. Un contrat de durée déterminée prend en principe fin par la simple échéance du terme. Une partie doit pouvoir se fier à ce grand principe, à moins de n'avoir adopté un comportement qui, selon une interprétation objective, pouvait et devait être compris par son cocontractant comme une offre, que celui-ci aurait acceptée, de renouveler le contrat.
- 733 Si une partie a signé un contrat dont il savait ou devait savoir que la durée était trop courte, il serait très délicat d'admettre un droit au renouvellement fondé sur un élément d'équité économique. La question de l'amortissement des investissements doit être anticipée dans le contrat, lequel pourrait inclure un mécanisme qui permettrait au franchisé, en cas de non-renouvellement, d'obtenir le remboursement des investissements non amortis. La question de savoir si une partie a « droit » à un renouvellement **dépend en première ligne du contrat (*pacta sunt servanda*)**, lequel peut contenir une option de renouvellement⁵⁵⁰ en faveur du franchisé ou un renouvellement automatique soumis à certaines conditions⁵⁵¹. En l'absence de telles clauses, **la reconduction du contrat est soumise à un accord**. Chaque partie est en principe libre de donner ou ne pas donner cet accord.

⁵⁴⁸ ATF 124 III 297, c. 5.c ; 108 II 305, c. 2.b.

⁵⁴⁹ ATF 113 II 209, c. 4.a.

⁵⁵⁰ Cf. *supra* ¶ 32.

⁵⁵¹ Cf. *supra* ¶ 30.

Tout contrat comporte des risques économiques. Le rôle du droit des obligations n'est pas de changer ce que les parties ont convenu en toute liberté, mais de veiller à ce que les contrats soient respectés. Une personne signant un contrat de durée déterminée doit légitimement pouvoir s'attendre qu'elle ne sera plus tenue d'exécuter ce contrat après l'échéance, à moins d'être convenue avec son cocontractant d'un renouvellement, si besoin est à l'aide des outils d'interprétation. 734

Troisième partie :

Solutions contractuelles

Dans cette troisième partie de l'étude, nous approfondirons trois sujets principaux : la réglementation du renouvellement par les parties (*cf. infra* ¶¶ 736 *et seq.*), les clauses pathologiques (*cf. infra* ¶¶ 774 *et seq.*) et le traitement réservé aux clauses de renouvellement par le droit européen (*cf. infra* ¶¶ 806 *et seq.*). 735

Chapitre 1 : La réglementation du renouvellement par les parties

Section I: La réglementation directe

Les clauses de renouvellement sont présentes dans les contrats les plus variés. Afin de rédiger des clauses contractuelles valables et efficaces, avoir une bonne connaissance de la loi n'est pas suffisant ; le rédacteur doit aussi faire preuve d'un certain sens de l'anticipation. Et ce d'autant plus que, comme nous l'avons vu, il existe très peu de règles établies par le législateur. Lorsque ces règles existent, elles se bornent à déterminer la durée du contrat tacitement reconduit. Afin de proposer une clause efficace du point de vue légal et contractuel, d'une part, et satisfaisante pour les parties, de l'autre, le rédacteur d'un contrat devra en particulier s'interroger sur les points suivants :

- le type de contrat qui sera conclu entre les parties ;
- la durée initiale du contrat ;
- la durée de la période de renouvellement (durée déterminée et, si tel est le cas, pendant combien de temps ; durée indéterminée) ;
- possibilité d'un renouvellement tacite et ses conséquences ;
- un éventuel renouvellement automatique et ses conditions ;
- délai de préavis pour informer le cocontractant du renouvellement ;
- adaptation, lors du renouvellement, d'autres clauses du contrat ;
- si des négociations sont prévues pour le renouvellement, évaluer l'opportunité de fixer un délai pour trouver un accord ;
- nombre maximal de renouvellements ;
- si le contrat en question fait partie d'une chaîne contractuelle ou s'il s'inscrit dans un schéma contractuel plus large, déterminer s'il convient d'assujettir le renouvellement du contrat à la prolongation d'autres contrats ou à la conclusion d'autres (synchronisation des contrats) ;
- prévoir, après le renouvellement, des délais de congé ;
- si des délais de congé sont déjà inscrits dans le contrat, évaluer l'opportunité, après le renouvellement, de prévoir des délais différents.

Ces points ne constituent pas une liste exhaustive. D'autres éléments peuvent émerger en fonction du cas concret. Ils montrent, néanmoins, qu'une clause de renouvellement mérite d'être attentivement choisie.

1. L'exclusion du renouvellement

- 737 Établir une règle sur le renouvellement signifie aussi stipuler qu'un contrat donné ne pourra pas faire l'objet d'un renouvellement. La loi n'empêche pas les parties de conclure un tel type de clause. Si elles sont d'accord sur le principe du non-renouvellement du contrat, il est même souhaitable d'insérer une clause dans ce sens plutôt que de laisser délibérément la question non réglée. En effet, un contrat qui ne stipule pas qu'il ne pourra pas faire l'objet d'un renouvellement ne signifie pas nécessairement que les parties ont exclu son renouvellement. Une telle lacune est susceptible de forcer une partie à faire appel à un juge en cas de désaccord avec son cocontractant.
- 738 **L'exclusion du renouvellement par accord exprès.** Une clause contractuelle qui, par hypothèse, exclurait que les parties puissent renouveler le contrat par accord exprès est une **clause vouée à l'échec**. Dans la mesure où, à l'échéance contractuelle, les parties trouvent un accord exprès sur le renouvellement du contrat, une partie ne pourra pas invoquer une telle clause sans faire preuve de mauvaise foi. Il n'est pas concevable que les parties puissent valablement exclure des accords exprès futurs entre elles. Une clause excluant le renouvellement par accord exprès pourra tout au plus être comprise dans le sens d'exclure un renouvellement tacite.
- 739 **L'exclusion du renouvellement tacite.** Des clauses qui empêchent les parties de renouveler leur contrat de manière tacite sont des clauses entièrement valables en droit suisse. En insérant une telle clause, les parties évitent, dans la grande majorité des cas, l'incertitude liée à la reconduction tacite du contrat par une des parties et ses conséquences. Si elles continuent néanmoins l'exécution du contrat après son échéance, il y aura en principe conclusion d'un nouveau contrat, sauf à conclure à une dérogation tacite à la clause excluant tout renouvellement⁵⁵².
- 740 Une stipulation contractuelle dans le sens d'exclure une reconduction tacite du contrat connaît en principe deux limites : (i) le contournement des **règles protectrices dans la loi** et (ii), de manière plus générale, la violation des **règles de la bonne foi**.
- 741 (i) **Le contournement des règles protectrices dans la loi.** Stipuler qu'un certain contrat n'est pas renouvelable, mais conclure un ou plusieurs contrats équivalents (ou presque) à chaque échéance contractuelle, peut poser des problèmes. Comme nous l'avons vu dans le cadre des contrats successifs en matière de contrat de travail (cf. *supra* ¶¶ 265 et seq.)⁵⁵³, les contrats successifs ne sont pas critiquables dans la mesure où la durée déterminée se justifie par une raison objective autre que celle d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la

⁵⁵² Cf. *supra* ¶¶ 693.

⁵⁵³ En matière de bail à loyer, cf. *supra* ¶¶ 165 et seq.

naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail⁵⁵⁴.

Le même raisonnement s'applique au contrat d'agence. En effet, l'art. 418q al. 2 CO prévoit que, « lorsque le contrat a duré un an au moins, il peut être résilié moyennant un congé donné deux mois d'avance, pour la fin d'un trimestre de l'année civile. [...] ». La conclusion de contrats successifs ne saurait contourner cette règle. De même, la conclusion de contrats d'agence en chaîne ne saurait non plus viser la réduction du plafond de l'indemnité de clientèle selon l'art. 418u al. 2 CO. Si aucun motif ne justifie la conclusion de contrats successifs, le calcul défini à l'art. 418u al. 2 CO se fera en tenant compte de toute la période pendant laquelle les contrats étaient en vigueur ; la chaîne contractuelle sera considérée comme un seul contrat. 742

(ii) La violation des règles de la bonne foi. La violation des règles de la bonne foi est la seconde limite à l'application d'une clause excluant le renouvellement tacite. Il n'est pas rare d'être confronté à une situation dans laquelle un contrat stipulé comme étant tacitement non renouvelable soit néanmoins reconduit, entièrement ou en partie. Une partie ne saurait invoquer la clause qui exclut le renouvellement tacite si elle a elle-même continué de prester. Un tel comportement serait contraire au principe de l'interdiction du *venire contra factum proprium*. En tout état de cause, la poursuite des prestations contractuelles n'est pas une condition nécessaire ; il suffit que cette partie ait éveillé des **attentes légitimes** à l'endroit de son cocontractant. Pour déterminer si de telles attentes ont été suscitées, il conviendra d'appliquer le principe de la confiance. 743

L'exclusion simple du renouvellement. Une clause qui, sans précision ultérieure, exclurait tout renouvellement, doit en principe être comprise dans le sens d'exclure le renouvellement tacite. Comme nous l'avons constaté plus haut (*cf. supra* ¶ 738), il n'est pas possible d'exclure des accords (express) futurs entre les parties. 744

2. Les différentes formes d'une clause de renouvellement

Nous avons abordé la question de l'exclusion du renouvellement. Dans cette section, nous présenterons les différents types de clauses de renouvellement et leurs effets. 745

(1) En fonction de la durée du renouvellement. La première conséquence à définir dans une clause de renouvellement tacite est la période du renouvellement. Ainsi, le 746

⁵⁵⁴ ATF 119 V 46, c. 1.c. ; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, N 105 *et seq.* ; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 5^e éd., art. 334 CO, N 7 ; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 10^e éd., p. 106 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, *Commentaire du contrat de travail*, art. 334 CO, N 6 ; BRENDER, *Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages*, p. 35 *et seq.*, 110 *et seq.*

contrat peut être renouvelé pour une période déterminée (ou déterminable) ou indéterminée.

Exemple 1 – Contrat de bail

Lorsque le contrat est tacitement reconduit, il est réputé renouvelé pour une période d'une année.

Exemple 2 – Contrat de bail

Lorsque le contrat est tacitement reconduit, il devient un contrat de durée indéterminée.

747 Afin de déployer leurs effets, les deux exemples présupposent un renouvellement tacite du contrat de bail⁵⁵⁵. Dans le premier exemple, le bail tacitement reconduit entraînera la prolongation du contrat primitif pour une durée déterminée d'une année. En principe, un tel type de clause est susceptible de s'appliquer chaque année à l'échéance de la période de renouvellement. Cette situation peut potentiellement conduire à une « relation contractuelle » de durée indéterminée, mais le contrat demeure en réalité un contrat de durée déterminée. Lors de chaque renouvellement, la durée du contrat est allongée d'une période (déterminée) d'une année. Dans le second exemple, le contrat change de caractéristique ; il devient un contrat de durée indéterminée. Il sera par conséquent soumis aux règles spécifiques pour ce type de contrats.

748 (2) **Renouvellement automatique sauf préavis contraire**⁵⁵⁶. Certaines clauses prévoient un renouvellement automatique, à moins que l'une des parties ne manifeste son intention contraire dans un certain délai.

Exemple – Contrat de téléphonie mobile

Le contrat est réputé renouvelé pendant un an à moins qu'une partie ne déclare par écrit de ne pas vouloir renouveler trois mois avant l'échéance contractuelle.

749 Il s'agit de l'exemple type de clause de renouvellement automatique. La volonté de renouveler le contrat n'est pas appréciée selon l'analyse traditionnelle, consistant à déterminer si les parties sont (expressément ou tacitement) convenues de renouveler le contrat. Ici, la volonté de renouveler le contrat n'est qu'une fiction résultant

⁵⁵⁵ Cf. *supra* ¶¶ 82 et seq.

⁵⁵⁶ Pour une étude en droit suisse concernant les clauses de renouvellement tacite dans des conditions générales, cf. MAISSEN, N 94 et seq.

directement du fait qu'une partie n'a pas manifesté une intention contraire dans un délai prédéfini⁵⁵⁷. Comme dans le premier exemple précédent, cette clause est de nature à s'appliquer à l'échéance de chaque période de renouvellement. Malgré le fait que son application successive puisse *de facto* revenir à une « relation contractuelle » de durée indéterminée, le contrat doit à notre avis être qualifié de contrat de durée déterminée.

(3) Nombre maximal de renouvellements. Une clause peut également prévoir que le contrat ne pourra faire l'objet que d'un certain nombre de renouvellements. 750

Exemple – Contrat de bail

Ce contrat pourra être tacitement renouvelé d'année en année pour un maximum de cinq ans.

Jusqu'à l'atteinte du nombre maximum de renouvellements, les effets d'une telle clause sont assimilables à ceux du premier exemple ci-dessus⁵⁵⁸. La clause prévoit cinq périodes de renouvellement d'une année ; *quid* si les parties reconduisent le contrat de bail après la cinquième année ? La situation sort du champ d'application de la clause. En définitive, les parties sont confrontées au cas classique d'un bail à durée déterminée qui devrait prendre fin sans congé à l'expiration de la durée convenue (art. 266 al. 1 CO). Dans ce cas, il se justifie selon nous d'appliquer l'art. 266 al. 2 CO à titre de droit dispositif. Si le contrat de bail est tacitement renouvelé au-delà de la période maximale stipulée contractuellement, le contrat devient donc un contrat de durée indéterminée. 751

(4) Renouvellement avec adaptation automatique d'autres clauses. Le renouvellement d'un contrat peut être lié à l'adaptation ou à la modification d'autres clauses contractuelles. 752

Contrat de travail

Si le présent contrat est renouvelé, le salaire convenu à la clause [...] sera adapté selon l'indice suisse des prix à la consommation.

Le renouvellement exprès ou tacite du contrat de travail déclenche automatiquement l'adaptation du salaire en fonction de la variation de l'indice suisse des prix à la consommation. Si l'employeur omet d'adapter le salaire, il engagera alors sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du travailleur. 753

⁵⁵⁷ Cf. *supra* ¶ 30.

⁵⁵⁸ Cf. *supra* ¶¶ 746-747.

- 754 **(5) Renouvellement subordonné au renouvellement d'un autre contrat.** Il existe des situations dans lesquelles les contrats sont liés d'une telle manière qu'il est souhaitable que le renouvellement d'un des contrats soit subordonné au renouvellement d'un autre. Le contrat dont le renouvellement fait dépendre la prolongation d'un autre ne doit pas nécessairement avoir comme acteurs les mêmes parties. Si tel est le cas, les contrats sont alors liés.

Exemple 1 – Contrat de distribution entre A (fournisseur) et B (distributeur) ; A étant lié par un autre contrat de distribution avec C.

Le présent contrat de distribution sera renouvelé dans la mesure où le contrat entre le fournisseur A et C (cf. préambule [...]) est renouvelé.

Exemple 2 – Contrat de bail

Le présent contrat de bail portant sur la place de parking n° [...] sera renouvelé seulement en cas de renouvellement du contrat de bail portant sur les bureaux n° [...] (« Contrat de référence ») et pour une durée équivalente au renouvellement du Contrat de référence.

- 755 Dans le premier exemple, le fournisseur A a un certain intérêt à soumettre le renouvellement de son contrat avec B à celui du contrat qui se trouve en amont. Le risque qu'il souhaite éviter est de se trouver avec un contrat de distribution qui serait par hypothèse jugé tacitement renouvelé, alors que le contrat en amont a pris fin. Dans ce cas, A pourrait ne plus être en mesure d'honorer ses engagements vis-à-vis de B et s'exposerait donc à des actions en responsabilité contractuelle. Dans le second exemple, le renouvellement du bail commercial provoque le renouvellement du contrat de location du parking. La durée de la prolongation de la location du parking est directement liée à la période de renouvellement convenue dans le cadre du bail commercial. La clause de l'exemple 2 permet donc d'assurer la coordination entre deux contrats de bail.
- 756 **(6) Renouvellement subordonné à l'obtention de certains documents ou autorisations officiels.** Le renouvellement d'un contrat peut avoir comme condition l'adjudication d'un marché par un État, ou encore une autorisation.

Exemple 1 – A est fournisseur de machines pour les hôpitaux. B est un distributeur de produits médicaux qui a gagné un concours pour approvisionner les hôpitaux publics d’un certain État. Un nouveau concours est lancé tous les ans.

Ce contrat sera renouvelé d’année en année si B obtient l’adjudication du marché pour une nouvelle année.

Exemple 2 – A est un distributeur des produits Y dans l’État X. La vente des produits Y est sujette à une autorisation étatique.

Ce contrat pourra être renouvelé d’une année si A obtient l’autorisation de l’État X de vendre les produits Y pour l’année [...].

La plupart des États et entités publiques lancent des marchés publics afin d’attribuer à une société (ou un groupement de sociétés) un contrat, par exemple, de fourniture de produits. Dans le premier exemple, les hôpitaux publics de l’État en question instituent un marché public tous les ans. La clause de renouvellement tend à éviter que B soit contractuellement lié avec son fournisseur A, même si le premier n’a pas obtenu le marché public. Les mots utilisés (« Ce contrat *sera renouvelé* [...] ») suggèrent que le renouvellement est uniquement subordonné à l’attribution du marché public, sans renégociation du contrat. Ainsi, l’obtention du marché public est une condition nécessaire et suffisante afin de renouveler le contrat pour une année. En principe, le contrat est susceptible de se renouveler pendant plusieurs années, à condition que B obtienne l’attribution de chaque marché public. Cette circonstance est susceptible de conduire à des difficultés. En effet, B peut choisir de ne pas s’engager dans un concours et de ce fait mettre fin au contrat. A n’a en principe aucun contrôle ; il peut donc faire face à une obligation non limitée dans le temps de renouveler tant que la condition est remplie. En cas de litige, il conviendra de déterminer la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat et de procéder à une interprétation selon le principe de la confiance. L’application de l’art. 27 CC pourrait être envisagée en cas d’obligation excessive, pour autant que les conditions, strictes, soient remplies. 757

Dans le second exemple, la situation est analogue. Le renouvellement du contrat dépendra de l’éventuelle autorisation étatique donnée à A de vendre les produits en question. Cependant, la clause de renouvellement, telle que formulée (« Ce contrat *pourra être renouvelé* [...] »), ne semble pas prévoir une reconduction automatique basée sur la seule obtention de l’autorisation. Elle suggère la simple possibilité de renouveler le contrat. L’obtention de l’autorisation serait donc une condition nécessaire, mais pas suffisante, afin de renouveler le contrat. Un accord séparé sur la reconduction du contrat paraît nécessaire. En tout cas, les mots « Ce contrat *pourra être renouvelé* [...] » devront faire l’objet d’une interprétation à la lumière des circonstances 758

du cas d'espèce. En fonction de ces circonstances, il est possible d'arriver à la conclusion que l'obtention de l'autorisation déclenche directement le renouvellement du contrat.

- 759 (7) Renouvellement subordonné à l'achat d'une certaine quantité de produits.** En matière de contrats de distribution, il arrive que le renouvellement du contrat soit subordonné au fait pour le distributeur d'avoir acheté une certaine quantité de produits.

Exemple – Contrat de distribution exclusive

Le présent contrat de distribution sera automatiquement renouvelé pendant une année si le distributeur aura acquis, au cours de l'année [...], des produits pour un montant égal ou supérieur à CHF [...].

- 760** En matière de distribution, et notamment de distribution exclusive, il n'est pas rare de convenir que la quantité de produits achetés au fournisseur puisse avoir un impact sur le sort du contrat. Le plus souvent, les parties conviennent que faute pour le distributeur d'avoir acheté une quantité minimale de produits, le fournisseur aura la possibilité de mettre fin au contrat. Cela étant, l'atteinte d'un seuil minimal d'achats peut aussi, comme dans l'exemple mentionné, causer le renouvellement du contrat. La volonté de renouveler le contrat découle d'une fiction ; dans la mesure où les seuils sont atteints, la volonté de renouveler est donnée. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur un tel type de clause. Il a conclu que selon le principe de la confiance, l'usage de l'adverbe « automatiquement » montre que les parties ne devaient pas conclure un nouvel accord dans la mesure où les seuils étaient atteints⁵⁵⁹. Si le distributeur a acheté la quantité de produits indiquée dans la clause de renouvellement litigieuse, le contrat sera renouvelé sans qu'il soit nécessaire de formaliser une reconduction.

- 761 (8) Option de renouvellement.** Une clause de renouvellement peut faire dépendre le renouvellement du contrat de la volonté unilatérale d'une partie⁵⁶⁰. Cette partie est donc au bénéfice d'un droit formateur.

Exemple – Contrat de bail entre A (bailleur) et B (locataire)

Le présent contrat sera renouvelé pendant deux ans si le locataire B manifeste par écrit son intention dans ce sens au plus tard six mois avant l'échéance contractuelle.

⁵⁵⁹ TF 4C.236/2005, arrêt du 17 novembre 2005, c. 5.2.

⁵⁶⁰ Dans l'exemple mentionné, l'on est en présence d'une « *echte Option* », cf. *supra* ¶¶ 32 et 134.

Dans l'exemple ci-dessus, le renouvellement du contrat dépendra de la seule volonté du locataire, à condition que celle-ci soit exprimée dans le délai et dans la forme convenus. 762

(9) Renouvellement et négociation de bonne foi. Il est des clauses qui prévoient qu'avant l'échéance contractuelle, les parties devront négocier un éventuel renouvellement de bonne foi. 763

Exemple – Contrat de vente de gaz⁵⁶¹

Six mois avant la fin du présent contrat, les parties s'engagent à négocier de bonne foi un éventuel renouvellement.

Comme nous l'avons vu, il existe une multitude de clauses de renouvellement. Les exemples mentionnés ci-dessous ne sont pas destinés à être utilisés seuls. En fonction de la relation contractuelle, une clause de renouvellement peut réunir plusieurs éléments et les combiner. 764

Section II: La réglementation indirecte

Afin d'éviter l'insécurité liée à des modifications contractuelles par accord tacite, les parties insèrent souvent des clauses dites de modification. Ces clauses sont valables en droit suisse; les parties peuvent réserver une forme conventionnelle non seulement pour la conclusion du contrat (art. 16 CO), mais aussi pour ses éventuelles modifications⁵⁶². La forme réservée aux modifications est souvent la forme écrite simple. 765

Pour renouveler un contrat qui réserve la forme écrite aux modifications, les parties doivent en principe respecter cette forme. En effet, la clause de durée est une clause comme une autre et sa modification tombe sous le coup de la clause de modification. 766

Cependant, une clause de modification n'est pas une garantie absolue de sécurité juridique. Comme nous le verrons, dans certains cas, un contrat peut être renouvelé par actes concluants, même en présence d'une clause réservant la forme écrite aux modifications. Pour ce faire, il faut (i) un accord entre les parties sur la modification de la clause de durée et (ii) une renonciation à la forme écrite. 767

⁵⁶¹ Cet exemple de clause sera discuté ci-après dans le cadre de l'analyse des clauses pathologiques, cf. *infra* §§ 784-786.

⁵⁶² MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 233.

- 768 Même si ces deux éléments pouvaient être considérés comme un seul sujet, il est des cas dans lesquels les parties sont d'accord sur un changement, sans pour autant renoncer à la forme écrite. Par exemple, les cocontractants peuvent convenir oralement d'une modification, mais formalisent néanmoins cet accord dans une stipulation écrite qui intervient ultérieurement. Ainsi, malgré l'accord sur le changement, les parties n'ont pas souhaité renoncer à un document écrit.
- 769 (i) **Accord sur la modification de la clause de durée.** Il s'agit de la première condition. Pour qu'un contrat soit valable, les parties doivent avoir manifesté leur volonté d'une manière réciproque et concordante⁵⁶³ ; cette manifestation peut être expresse ou tacite⁵⁶⁴. Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie (interprétation subjective), les manifestations de volonté seront interprétées à la lumière du principe de la confiance (« *Vertrauensprinzip* » ; interprétation objective). Selon ce principe, il faut déterminer comment une déclaration ou un comportement pouvait être compris de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances⁵⁶⁵. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime⁵⁶⁶. Si l'application du principe de la confiance permet d'établir un accord entre les parties tendant au renouvellement du contrat, encore faut-il conclure qu'elles ont renoncé à la forme écrite.
- 770 (ii) **Renoncement à la forme écrite.** Le principe de l'inviolabilité des contrats est prédominant en droit suisse. Si les parties ont réservé la forme écrite aux modifications d'un contrat, cette volonté doit en principe être respectée. Malgré le principe ici mentionné, le comportement des parties revêt un rôle important et pourrait empêcher une partie d'invoquer la clause de modification. Certains textes affirment expressément ce principe⁵⁶⁷ : l'art. 29 al. 2 CVIM⁵⁶⁸, art. 2.106 PDEC⁵⁶⁹ et l'art. 2.1.18 Principes UNIDROIT⁵⁷⁰.

⁵⁶³ Art. 1 al. 1 CO.

⁵⁶⁴ Art. 1 al. 2 CO.

⁵⁶⁵ ATF 129 III 118, c. 2.5 ; 126 III 59, c. 5b.

⁵⁶⁶ ATF 129 III 118, c. 2.5.

⁵⁶⁷ MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 233.

⁵⁶⁸ L'article 29 CVIM a la teneur suivante :

1) *Un contrat peut être modifié ou résilié par accord amiable entre les parties.*

2) *Un contrat écrit qui contient une disposition stipulant que toute modification ou résiliation amiable doit être faite par écrit ne peut être modifié ou résilié à l'amiable sous une autre forme. Toutefois, le comportement de l'une des parties peut l'empêcher d'invoquer une telle disposition si l'autre partie s'est fondée sur ce comportement.*

⁵⁶⁹ L'article 2.106 PDEC a la teneur suivante :

Article 2.106 : Modification par écrit

(1) *La clause d'un contrat écrit qui stipule que toute modification ou résiliation amiable sera faite par écrit fait seulement présumer que l'accord tendant à modifier ou résilier le contrat n'est juridiquement obligatoire que s'il est fait par écrit.*

Dans un arrêt daté du 29 avril 1999 portant sur une modification d'un contrat de licence⁵⁷¹, le Tribunal fédéral a considéré (dans un *obiter dictum*) qu'une clause réservant la forme écrite n'empêche pas *per se* une modification du contrat ; en particulier, il peut y avoir renonciation à la forme spécifique par actes concluants⁵⁷². Une renonciation par actes concluants doit néanmoins être appréciée à la lumière des règles de la bonne foi. Ainsi, une partie ne peut pas invoquer la violation d'une prescription de forme lorsqu'elle a agi conformément à la modification contractuelle⁵⁷³. 771

Dans une décision plus récente de 2004⁵⁷⁴, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence et a affirmé que l'on peut admettre qu'il y a renonciation à la forme écrite si les prestations contractuelles ont été fournies malgré le non-respect de la forme convenue et acceptées sans réserve par le cocontractant⁵⁷⁵. 772

Comme indiqué plus haut, le principe de l'inviolabilité des contrats est primordial dans notre ordre juridique. Il est certes possible, voire souhaitable, que dans certains cas le juge doit aller contre une stipulation contractuelle claire. Un tel cas de figure doit cependant rester l'exception. Dans le cadre d'un contrat contenant une clause de modification, le juge ne devra admettre une modification par actes concluants qu'avec retenue ; le but d'une clause de modification est en effet d'éviter l'insécurité juridique résultant d'une allégation de modification du contrat par actes concluants⁵⁷⁶. 773

(2) *Les déclarations ou le comportement de l'une des parties peuvent l'empêcher de se prévaloir de cette clause si l'autre partie s'est fondée raisonnablement sur eux.*

⁵⁷⁰ L'article 2.1.18 Principes UNIDROIT a la teneur suivante :

Article 2.1.18 : Modification sous une forme particulière

Le contrat écrit qui contient une clause stipulant que toute modification ou révocation amiable doit être faite sous une forme particulière ne peut être modifié ou révoqué sous une autre forme. Toutefois, une partie peut être privée du bénéfice de cette disposition si son comportement a incité l'autre partie à agir raisonnablement en conséquence.

⁵⁷¹ ATF 125 III 263, SJ 1999 I 469.

⁵⁷² ATF 125 III 263, c. 4c, SJ 1999 I 469. Le texte original en allemand a la teneur suivante : « *Der im Lizenzvertrag vorgesehene Schriftlichkeitsvorbehalt steht der Annahme einer entsprechenden Vertragsänderung nicht von vornherein entgegen, kann doch namentlich auch durch konkludentes Handeln nachträglich auf die vorbehaltenene Form verzichtet werden* ».

⁵⁷³ GABRIEL, Formvorbehalt für Vertragsänderungen, in RSJ/SJZ 106 (2010) 533, 539.

⁵⁷⁴ TF 4C.85/2004, arrêt du 22 avril 2004.

⁵⁷⁵ TF 4C.85/2004, c. 2.2., arrêt du 22 avril 2004 Le texte original en allemand a la teneur suivante : « *Ein Verzicht auf eine vorbehaltene Schriftform ist anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden* ».

⁵⁷⁶ MARCHAND, Clauses contractuelles, p. 233-234.

Chapitre 2 : Les clauses pathologiques

Section I: Le but d'une clause de renouvellement

Une clause de renouvellement peut soit exclure le renouvellement tacite d'un contrat, soit en définir les modalités et les conséquences. L'insertion d'une telle clause doit se faire en tenant compte du type de contrat en question et des circonstances qui l'entourent. 774

Le Tribunal fédéral a retenu que, lorsque les parties conviennent d'une clause de tacite reconduction (automatique), elles « acceptent qu'une absence de résiliation de leur part soit interprétée comme une volonté de poursuivre la relation contractuelle. Le renouvellement tacite signifie donc que les parties, en ne résiliant pas, sont convenues de maintenir leur contrat »⁵⁷⁷. 775

Une clause de renouvellement peut régler un certain nombre de points. Le plus important est la durée du nouveau contrat ; il peut devenir un contrat de durée indéterminée ou rester en vigueur pour une nouvelle période déterminée. Dans les contrats de durée innommés, le renouvellement devrait aussi régler les questions liées aux délais de résiliation si l'on veut éviter des lacunes contractuelles. 776

Lorsque l'application d'une clause de renouvellement pose problème, l'on a affaire à une clause dite pathologique. La « pathologie » peut porter sur la clause elle-même (par exemple parce qu'elle ne règle pas la durée du contrat renouvelé) ou indirectement sur le contrat en général (par exemple, parce qu'elle ne définit pas d'autres points). Dans la section suivante, nous donnerons quelques exemples de clauses de renouvellement pathologiques et nous montrerons comment trouver des solutions à de telles clauses. 777

Section II: Clauses pathologiques : exemples

Les clauses de renouvellement sont pathologiques lorsqu'elles ne règlent pas, de manière satisfaisante, la suite de la relation contractuelle entre les parties après l'échéance initialement stipulée. Le but de la présente section est d'illustrer, moyennant des exemples (fictifs et réels), des clauses de renouvellement que l'on pourrait qualifier de pathologiques. 778

⁵⁷⁷ ATF 137 III 580, c. 2, SJ 2012 I 177 ; MP 2012 63. En effet, dans cette affaire, on était en présence d'une clause de renouvellement automatique (pour une définition, *cf. supra* ¶ 30), étant donné que le bail était réputé renouvelé sauf résiliation donnée par l'une des parties.

779 (1) **Absence de la durée du contrat renouvelé.** Une clause de renouvellement est pathologique lorsqu'elle ne prévoit pas la durée du contrat tacitement reconduit. Certes, le droit dispositif peut combler cette lacune (*cf. infra* ¶¶ 789 *et seq.*), mais son application sera, en principe, limitée au contrat nommé en question.

Exemple 1

Le présent contrat peut faire l'objet d'un renouvellement tacite.

780 Si le contrat contenant une telle clause est tacitement renouvelé, il est fort probable que les parties se disputeront au sujet de la durée du contrat renouvelé. Devient-il un contrat de durée indéterminée, ou doit-il être considéré comme renouvelé pour une durée déterminée ? Si le contrat est renouvelé pour une durée déterminée, quelle sera cette durée ?

781 (2) **Délais de résiliation.** Dans certains cas, une clause peut s'avérer être problématique parce qu'elle ne règle pas un ou plusieurs points que le renouvellement rend nécessaire (ou du moins souhaitable).

Exemple 2 – Contrat de franchise

Si le présent contrat est tacitement renouvelé, il deviendra alors un contrat de durée indéterminée.

782 En droit suisse, le contrat de distribution est un contrat innommé. Dans la mesure où les parties stipulent que le contrat renouvelé devient un contrat de durée indéterminée, se pose la question des délais de résiliation. La clause de renouvellement est **pathologique par rapport à son contexte**. Nous verrons, par la suite, que des solutions existent (*cf. infra* ¶ 798), mais toujours est-il qu'un point important n'a pas été réglé par les cocontractants. Alors que la question de la résiliation ne se posait pas pendant la durée initiale du contrat, du fait qu'il s'agissait d'un contrat de durée déterminée – lequel prend fin en principe à l'échéance stipulée –, la question des délais de résiliation devient importante à partir du moment où la relation contractuelle devient de durée indéterminée.

783 Cet exemple montre qu'une clause de renouvellement ne devrait pas être insérée sans avoir d'abord vérifié si d'autres points méritent d'être traités. Il faut se projeter dans le futur et se poser les questions pertinentes par rapport au contrat donné.

(3) **Obligation de négocier vs. obligation de conclure.** Certaines clauses de renouvellement pourraient être qualifiées de pathologiques, car elles ne précisent pas si les parties sont finalement obligées de renouveler le contrat ou non. 784

Exemple 3 – Contrat de vente de gaz

Six mois avant la fin du présent contrat, les parties négocieront de bonne foi son renouvellement.

Avec une telle clause, on peut s'interroger sur la véritable obligation des parties. Se limite-t-elle à la simple négociation du renouvellement ou existe-t-il une obligation tendant à la conclusion d'un accord sur le renouvellement ? L'insertion dans le contrat d'une telle clause montre en tout cas que les parties ont envisagé un éventuel renouvellement. 785

Pour éviter un litige à l'échéance du contrat, une clause de ce type devrait préciser si l'obligation porte uniquement sur la négociation ou si les parties doivent s'accorder sur le renouvellement. Si l'obligation porte uniquement sur une négociation de bonne foi, on peut se poser la question de la concrétisation de cette obligation. En réalité, la bonne foi dans la négociation d'un contrat est un principe de base en droit suisse⁵⁷⁸. Stipuler expressément que les parties s'engagent à négocier de bonne foi le renouvellement d'un contrat ne change pas cette obligation. Ce que la clause en question apporte de nouveau est l'obligation pour les parties à **engager des négociations** en vue d'un éventuel renouvellement. Si une partie refuse l'invitation de l'autre à entrer en pourparlers, elle aura en principe commis une violation contractuelle. Sans une clause de ce type, le fait pour une partie de ne pas négocier le renouvellement du contrat n'aurait aucune conséquence. 786

(4) **Contradiction.** Une clause peut être qualifiée de pathologique parce qu'elle contient une contradiction interne. 787

Exemple 4

En cas de renouvellement tacite, le présent contrat deviendra un contrat de durée indéterminée de trois ans.

Dans cette clause, il existe clairement une contradiction en relation avec le sort du contrat en cas de renouvellement tacite. En effet, une durée « de trois ans » ne peut en aucun cas être considérée comme une « durée indéterminée ». Cette clause sera discutée *infra* ¶¶ 804 et seq. 788

⁵⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 948 ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 633.

Section III: Le droit dispositif

- 789** Dans la mesure où la clause de renouvellement ne règle pas un point important, il convient de se tourner vers les règles du Code ou d'autres lois. Le tribunal commence généralement par qualifier la convention des parties⁵⁷⁹. Afin d'appliquer les règles de droit du dispositif en matière de renouvellement, le contrat en question doit être qualifié de contrat de bail (à loyer ou à ferme), de contrat de travail, d'agence ou de société simple. Ces contrats sont les seuls qui contiennent une règle sur le renouvellement tacite dans le Code. En dehors du Code, la LCA et la LBFA contiennent aussi des règles sur le renouvellement.
- 790** Si la clause de renouvellement ne contient pas l'information sur le sort du contrat en termes de durée (cf. exemple 1 *supra* ¶ 779), les règles analysées précédemment s'appliquent à titre supplétif.
- 791 Le contrat de bail à loyer.** Si la clause pathologique est contenue dans un contrat de bail à loyer, l'art. 266 al. 2 CO s'appliquera et le contrat deviendra un contrat de durée indéterminée (cf. *supra* ¶¶ 106 et seq.).
- 792 Le contrat de bail à ferme.** Dans la mesure où la clause est contenue dans un contrat de bail à ferme, le contrat se renouvellera d'année en année selon l'art. 295 al. 2 CO (cf. *supra* ¶¶ 215 et seq.).
- 793 Le contrat de travail.** Une clause de renouvellement muette sur la durée du contrat dans un rapport de travail sera complétée par l'art. 334 al. 2 CO ; la conséquence est identique par rapport au contrat de bail : le contrat de travail deviendra un contrat de durée indéterminée (cf. *supra* ¶¶ 240 et seq.).
- 794 Le contrat d'agence.** L'art. 418p al. 2 CO contient une règle différente. Si la clause de renouvellement n'indique pas la durée du contrat tacitement reconduit, il sera alors réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus (cf. *supra* ¶¶ 312 et seq.).
- 795 La société simple.** Dans la mesure où le contrat litigieux est qualifié de société simple, une lacune quant à la durée du renouvellement pourra être comblée avec l'application de l'art. 546 al. 3 CO (cf. *supra* ¶ 348).
- 796 Le contrat d'assurance.** Lorsque la clause pathologique en question se trouve dans un contrat d'assurance, l'art. 47 LCA peut donner une solution. Nous avons vu qu'il faut en principe réputer le contrat renouvelé pour la même période que celle qui a été

⁵⁷⁹ CORBOZ, La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement, in BELLANGER/CHAIX/C. CHAPPUIS/HERITIER LACHAT (éds.), Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 270.

initialement stipulée ; si cette période est supérieure à un an, l'art. 47 LCA limitera alors le renouvellement à une année au maximum (cf. *supra* ¶ 366).

Le bail à ferme agricole. Dans le cadre d'un bail à ferme agricole, un contrat de durée déterminée contenant une clause de renouvellement tacite incomplète en ce qui concerne la durée sera complété par l'art. 8 al. 1 let. b LBFA : le contrat sera alors reconduit sans changements pendant une durée de six ans (cf. *supra* ¶¶ 400 et seq.). 797

Nous avons donné l'exemple d'un contrat de franchise dont la clause de renouvellement prévoit qu'en cas de reconduction tacite, le contrat devient un contrat de durée indéterminée (cf. exemple 2 *supra* ¶ 781). Dans un tel cas, le droit dispositif s'applique par analogie. En effet, la doctrine⁵⁸⁰ préconise l'application par analogie de l'art. 334 al. 2 CO. Ainsi, le contrat tacitement reconduit devient un contrat de durée indéterminée (cf. *supra* ¶ 623). *Quid* des règles sur la résiliation ? Selon l'avis de la doctrine majoritaire, le délai de résiliation sera de 6 mois en application de la règle sur la société simple (cf. *supra* ¶ 624)⁵⁸¹. 798

Section IV: Interprétation des clauses pathologiques

Les clauses pathologiques doivent être interprétées, le but étant de résoudre un problème que la clause a soit mal réglé, soit non réglé du tout. Afin de procéder à l'interprétation d'une clause de renouvellement, il convient d'utiliser les outils classiques d'interprétation. 799

En règle générale, nous pouvons retenir que si les parties au contrat ont opté pour l'insertion d'une clause de renouvellement, elles l'ont fait pour encadrer et faciliter une éventuelle reconduction de la relation contractuelle⁵⁸². Il convient donc d'adopter, en principe, une interprétation **en faveur du renouvellement**. 800

L'interprétation subjective. Doctrine et jurisprudence distinguent traditionnellement deux types d'interprétation : l'interprétation subjective et l'interprétation dite objective. L'interprétation subjective consiste à rechercher la volonté réelle des parties ; ce qu'elles ont effectivement voulu⁵⁸³. Ce n'est qu'en cas d'échec de l'interprétation subjective que le juge peut faire usage de l'interprétation objective⁵⁸⁴. 801

⁵⁸⁰ TERCIER/FAVRE, N 8028 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. ad art. 184 CO/Franchisenvertrag, N 25.

⁵⁸¹ AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, BaKomm OR I, rem. pré. ad art. 184, N 152 ; BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSPUHL, N 12.71 ; CHERPILLOD, La fin des contrats de distribution, p. 434 ; ENGEL, Contrats, p. 795 ; TERCIER/FAVRE, N 8051 ; WILDHABER, HaKomm, rem. pré. ad art. 184 CO/Franchisenvertrag, N 28.

⁵⁸² Cette règle ne vaut évidemment pas pour les clauses qui excluent le renouvellement.

⁵⁸³ TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 942 ; SCHWENZER, OR AT, N 33.02.

⁵⁸⁴ ATF 129 III 118, c. 2.5 ; 129 III 664, c. 3.1 ; 128 III 625, c. 3.a ; 128 III 419, c. 2.2.

- 802 L'interprétation objective.** L'interprétation se fait à l'aide du principe de la confiance⁵⁸⁵ : le juge devra alors rechercher comment une clause pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances⁵⁸⁶. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à la volonté intime de l'intéressé⁵⁸⁷.
- 803** En règle générale, l'interprétation d'une clause contractuelle se fera à partir de son texte⁵⁸⁸. En ce qui concerne l'analyse littérale d'une clause, il convient de rappeler que certaines clauses de renouvellement peuvent paraître claires, mais la jurisprudence considère, à juste titre, que même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu⁵⁸⁹. Ce principe découle directement de l'art. 18 al. 1 CO, qui consacre la primauté de l'esprit sur la lettre⁵⁹⁰. Cependant, la jurisprudence n'admet pas à la légère de s'écarter du sens littéral ; une telle démarche se fera uniquement dans la mesure où il existe des raisons sérieuses de penser que le sens littéral ne correspond pas à la volonté des cocontractants⁵⁹¹.
- 804** Nous avons précédemment donné l'exemple d'une clause contradictoire en ce sens qu'elle prévoit, en cas de renouvellement, que le contrat « deviendra un contrat de durée indéterminée de trois ans » (cf. exemple 4 *supra* ¶ 787). Si la contradiction vient d'une simple erreur de transcription, par exemple parce qu'il résulte des faits que les parties ont toujours discuté le renouvellement en termes de durée déterminée, le juge pourra déclarer que les parties avaient voulu écrire le mot « déterminée » au lieu de « indéterminée ». Si le juge ne réussit pas à trouver la réelle et commune intention des parties, il n'existe aucune solution générale. La solution pourra être dans le sens d'un contrat de durée indéterminée ou d'un contrat de durée déterminée de trois ans, en fonction des circonstances du cas d'espèce.
- 805** Dans ce type de situation, il est utile d'analyser, si possible, les différents projets de contrat avant la version finale, les communications échangées, d'éventuels contrats similaires qu'une des parties aurait conclus avec d'autres personnes. Ce n'est qu'en prenant en compte tous ces éléments qu'il sera possible de trancher dans le sens d'un

⁵⁸⁵ TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 947.

⁵⁸⁶ ATF 133 III 61, c. 2.2.1 ; 132 III 268, c. 2.3.2 ; 131 III 606, c. 4.1.

⁵⁸⁷ ATF 133 III 61, c. 2.2.1 ; 130 III 417, c. 3.2 ; 129 III 118, c. 2.5 ; 128 III 419, c. 2.2.

⁵⁸⁸ ATF 131 III 606, c. 4.2 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1206.

⁵⁸⁹ ATF 129 III 118, c. 2.5 ; 129 III 702, c. 2.4.1 ; 128 III 212, c. 2b/bb ; 127 III 444, c. 1.b.

⁵⁹⁰ CORBOZ, La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement, in BELLANGER/CHAIX/C. CHAPPUIS/HERITIER LACHAT (éds.), Le contrat dans tous ses états, Berne 2004, p. 276.

⁵⁹¹ ATF 129 III 118, c. 2.5.

contrat de durée indéterminée ou dans le sens d'un renouvellement pour une durée déterminée de trois ans.

Chapitre 3 : Le traitement réservé aux clauses de renouvellement par le droit européen

Le droit européen peut faire office de source d'inspiration pour interpréter certaines clauses contractuelles dans notre ordre juridique. En particulier, le droit européen contient des règles spécifiques en matière de clauses de renouvellement tacite. 806

Dans le présent chapitre, nous analyserons les directives actuellement en vigueur (*cf. infra* ¶¶ 808 *et seq.*), ainsi qu'une proposition de règlement émanant du Parlement européen et du Conseil (*cf. infra* ¶¶ 814 *et seq.*). Le fait que le Parlement européen ait établi, ou souhaite établir des règles en matière de renouvellement, est symptomatique de l'importance du sujet. 807

Section I: La directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011

La directive 93/13/CEE⁵⁹². La directive 93/13/CEE règle les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La disposition centrale est l'article 3, dont la teneur est la suivante : 808

Article 3

1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.
2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.

Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de

⁵⁹² Pour une étude en droit suisse concernant les clauses de renouvellement tacite dans les conditions générales, *cf. MAISSEN*, N 94 *et seq.*

conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.

Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.

3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives.

809 Parmi les différentes clauses visées à l'art. 3 ch. 1 de la directive, l'annexe mentionne le cas d'une clause ayant pour objet ou pour effet « de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur »⁵⁹³.

810 Les clauses de renouvellement automatique sont souvent contenues dans les conditions générales. En droit européen, le consommateur est protégé contre toute clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Les cas visés par la lettre h) de l'annexe à la directive 93/13/CEE supposent trois éléments : (i) une clause de renouvellement automatique, par laquelle il faut entendre une clause qui prévoit le renouvellement du contrat en l'absence d'indication contraire du consommateur dans un délai donné, (ii) un contrat de durée déterminée conclu entre un professionnel et un consommateur et (iii) un délai dans lequel le consommateur doit déclarer sa volonté de non proroger, le contrat étant « excessivement » éloigné de la date de fin du contrat. Alors que les deux premières conditions sont relativement faciles à vérifier, la troisième l'est moins. Savoir si le délai pour faire obstacle au renouvellement est excessivement éloigné de la date d'expiration du contrat, entraînant donc le caractère abusif de la clause, est une **question d'interprétation**, laquelle, selon les termes de la directive, doit se faire « en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend »⁵⁹⁴.

811 Lorsqu'un contrat de consommation contient une clause définie comme abusive selon la directive 93/13/CEE, cette dernière impose aux États membres de prévoir des règles au niveau national ayant comme conséquence que le consommateur ne sera pas lié par une telle clause⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Cf. let. h) de l'Annexe à la directive 93/13/CEE.

⁵⁹⁴ Art. 4 ch. 1 Directive 93/13/CEE.

⁵⁹⁵ Art. 6 ch. 1 Directive 93/13/CEE.

La directive 2011/83/UE. Afin de protéger le consommateur, ce texte européen prévoit une **obligation d'informer** à charge du professionnel qui doit intervenir en amont par rapport à la conclusion d'un contrat. Toujours en matière de protection des consommateurs, le Parlement européen et le Conseil ont récemment adopté la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. En particulier, le consommateur doit être impérativement informé de « la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, des conditions de résiliation du contrat »⁵⁹⁶. 812

La directive 2011/83/UE ne prévoit pas directement les conséquences liées au non-respect du devoir d'information imposé au professionnel ; elle se borne à imposer aux États membres de déterminer le régime des sanctions, qui doivent à la fois être effectives, proportionnées et dissuasives, applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de cette directive⁵⁹⁷. 813

Section II: La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente

Le contrat de vente n'est *a priori* pas un contrat de durée. Cela étant, il est utile d'examiner les règles en matière de renouvellement contenues dans le projet d'un droit commun européen de la vente. En matière de renouvellement, la proposition de droit commun européen de la vente contient deux règles : la *première* se réfère aux informations à fournir avant la conclusion du contrat (art. 16 let. b de l'Annexe I) et la *seconde* a affaire aux clauses présumées abusives (art. 85 let. w de l'Annexe I). 814

(1) Devoir d'information. En cas de contrat conclu entre un consommateur et un professionnel, ce dernier doit fournir toute une série d'informations énumérées à l'art. 13 al. 1⁵⁹⁸. En particulier, le professionnel doit informer le consommateur des clauses du contrat conformément à l'art. 16 (art. 13 al. 1 let. d de l'Annexe I). L'art. 16 let. b précise ensuite que ces informations doivent inclure « s'il y a lieu, la durée du contrat et la durée minimale des obligations du consommateur ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à **reconduction automatique**, les conditions de résiliation du contrat ». 815

Cette obligation (précontractuelle) du professionnel d'informer clairement le consommateur au sujet des conditions de résiliation renforce la protection du 816

⁵⁹⁶ Art. 5 ch. 1 let. f et 6 ch.1 let. o Directive 2011/83/UE.

⁵⁹⁷ Art. 24 ch. 1 Directive 2011/83/UE.

⁵⁹⁸ Les obligations d'information de l'art. 13 de l'Annexe I s'appliquent en cas de contrats conclus à distance ou hors établissement.

consommateur. Ce dernier est en effet censé comprendre, avant la conclusion du contrat, la manière dont il pourra y mettre fin. Peut-être que cette règle réduira un tant soit peu le nombre de contrats qui indiquent qu'ils seront renouvelés automatiquement en l'absence d'une communication dans le sens contraire du consommateur, laquelle doit souvent intervenir dans des délais beaucoup trop éloignés de l'échéance contractuelle, sans aucune justification objective.

- 817** Dans la mesure où le professionnel ne respecte pas cette obligation d'information, l'art. 29 al. 1 de l'Annexe I prévoit qu'il sera responsable de tout préjudice causé au consommateur du fait de ce manquement. Il s'agit d'une règle générale dont l'application pourrait s'avérer difficile en cas de violation du devoir d'informer le consommateur sur les conditions de résiliation du contrat si celui-ci est renouvelé automatiquement. Le préjudice pourrait-il résulter de la conclusion d'un contrat semblable ou identique avec un autre professionnel et que le consommateur pensait qu'il pouvait résilier le premier contrat immédiatement? Le préjudice est normalement défini comme une diminution involontaire du patrimoine. Il semble difficile d'arguer que la conclusion d'un second contrat dont l'objet est identique ou semblable par rapport au premier contrat (dont les clauses sont censées être connues) puisse constituer une « diminution involontaire » du patrimoine.
- 818** Cela étant, la pratique au sein de l'Union européenne pourra certainement éclairer les cas dans lesquels une violation du devoir d'information, en relation avec les conditions de résiliation d'un contrat, donnera lieu à un préjudice réparable selon l'art. 29 al. 1 de l'Annexe I.
- 819 (2) Clauses abusives.** La seconde règle relative au renouvellement se rapporte aux clauses abusives. Selon l'art. 83 al. 1 de l'Annexe I, une clause est abusive lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée, au détriment du consommateur et en violation du principe de la bonne foi et de loyauté, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. L'alinéa 2 énumère une série d'éléments que le juge devra prendre en considération : l'éventuel respect par le professionnel de l'obligation de transparence figurant à l'art. 82 de l'Annexe I⁵⁹⁹, la nature de la prestation contractuelle à fournir, les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, les autres clauses du contrat et les clauses de tout autre contrat dont dépend le contrat.
- 820** L'art. 85 de l'Annexe I contient une liste de clauses contractuelles qui sont **présumées** abusives. Parmi elles, on trouve celles qui ont pour effet « de fixer à une durée supérieure à un an la première période de validité, ou toute période de renouvellement, d'un contrat de fourniture prolongée de biens, de contenu

⁵⁹⁹ Selon l'art. 82 de l'Annexe I, « lorsqu'un professionnel propose des clauses contractuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle avec le consommateur au sens de l'article 7, il a l'obligation de veiller à ce qu'elles soient rédigées et communiquées de façon claire et compréhensible ».

numérique ou de services connexes, à moins que le consommateur ne puisse le résoudre à tout moment en disposant, à cette fin, d'un délai inférieur ou égal à trente jours » (art. 85 let. w de l'Annexe I).

Cette règle veut contrer le phénomène, en croissance depuis plusieurs années, des contrats dont les conditions générales prévoient de longues périodes de renouvellement. Étant donné que, dans le cas mentionné, la clause est présumée abusive, le fardeau de la preuve relatif au caractère non abusif de la clause contractuelle en question pèse sur le professionnel. **821**

En termes de conséquences d'une clause abusive, l'art. 79 al. 1 de l'Annexe I prévoit que celle-ci ne lie pas l'autre partie. De plus, si le contrat peut être maintenu sans la clause abusive, les autres clauses du contrat demeurent contraignantes (art. 79 al. 2 de l'Annexe I). **822**

Section III: Conclusion

Le législateur européen a souvent été avant-gardiste en matière de droit de la consommation. Notre ordre juridique, fidèle à son esprit libéral, a plutôt tendance à laisser le domaine contractuel entièrement aux mains des parties, limitant ainsi son intervention au strict minimum. La législation européenne et les projets en cours montrent, en tout état de cause, que les clauses de renouvellement automatique sont généralement vues d'un mauvais œil. Le sentiment est que ce type de clauses a pour but de profiter du fait qu'en principe le consommateur lambda oubliera de dénoncer le contrat à temps et sera donc contraint de payer les services en question pendant la période de renouvellement. **823**

Clauses abusives. Si les conditions sont remplies, certaines clauses de renouvellement automatique sont considérées abusives et, par conséquent, elles ne lient pas la partie qui en subit l'application. Il s'agit ici d'une règle qui comporte des conséquences importantes et qui permet de lutter efficacement contre l'insertion de ces clauses. **824**

Devoir d'information précontractuel. Le devoir d'informer le consommateur de l'existence de certaines clauses du contrat avant sa conclusion nous paraît moins efficace. Avant la signature du contrat, les commerçants pourront, en effet, faire signer au consommateur un document qui énumère toutes les informations conformément à la loi, lequel, tout comme les conditions générales, ne sera en principe pas lu (attentivement) par le consommateur. **825**

La conséquence du non-respect de ce devoir d'information consiste en la réparation du dommage causé par le manquement. Il apparaît *prima facie* difficile pour le consommateur de prouver qu'il a subi un préjudice du fait de l'absence de l'indication de son cocontractant du contenu d'une clause de renouvellement tacite. **826**

827 Droit suisse. En droit suisse, le problème des clauses contenues dans les conditions générales peut être affronté, d'une part, avec la règle dite de l'insolite (« *Ungewöhnlichkeitsregel* »), et avec l'art. 8 LCD, d'autre part. En vertu de la **règle de l'insolite**, sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée⁶⁰⁰. Selon la jurisprudence, pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat. La réponse est donc individuelle, une clause usuelle dans une branche de l'économie pouvant être insolite pour qui n'est pas de la branche⁶⁰¹. Quant à l'**art. 8 LCD**⁶⁰², cette disposition a récemment fait l'objet d'une modification dont les conséquences sont importantes. En particulier, l'élément constitutif lié à la volonté d'induire en erreur a été supprimé, ce qui permet désormais un contrôle ouvert du contenu^{603 604}.

⁶⁰⁰ ATF 135 III 1, c. 2.1 ; 119 II 443, c. 1.a ; 109 II 456, c. 4.

⁶⁰¹ Pour une analyse de la règle de l'insolite en matière de clauses de renouvellement tacite, *cf.* MAISSEN, N 153-214.

⁶⁰² Selon le nouvel art. 8 LCD, « [a]git de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ».

⁶⁰³ FF 2009 5539, 5566.

⁶⁰⁴ Pour une analyse de l'art. 8 LCD en matière de clauses de renouvellement tacite, *cf.* MAISSEN, N 292 *et seq.*

Quatrième partie :

Actions en justice

Dans cette quatrième partie de l'étude, nous nous focaliserons sur les aspects liés à l'action en justice. Dans le volet procédural de l'action en justice, nous aborderons les questions relatives au for (*cf. infra* ¶¶ 835 *et seq.*) et au choix de l'action (*cf. infra* ¶¶ 838 *et seq.*). Nous traiterons ensuite la problématique des mesures provisionnelles (*cf. infra* ¶¶ 856 *et seq.*). Dans le volet du droit de fond, nous examinerons l'action en réparation du dommage dans le cadre spécifique des litiges en matière de renouvellement (*cf. infra* ¶¶ 894 *et seq.*). Enfin, nous aborderons la problématique du renouvellement en rapport avec le droit des poursuites (*cf. infra* ¶¶ 908 *et seq.*) **828**

Chapitre 1 : Introduction

Dans la plupart des cas, le renouvellement a lieu sans difficultés et obstacles majeurs ; les cocontractants continuent ainsi de prester suivant un accord tacite ou, dans d'autres cas, à la suite d'un accord exprès. **829**

La pratique montre, néanmoins, qu'il existe certaines situations dans lesquelles une partie a l'intention de renouveler le contrat primitif, croyant que son cocontractant est du même avis, et se rend compte, quelque temps après l'échéance du contrat, que tel n'est pas le cas. **830**

Des problèmes se posent également dans les cas où les parties ont signé un accord écrit portant sur le renouvellement du contrat ou encore lorsque la question de la reconduction a été réglée dans le contrat. **831**

Alors que les éléments analysés dans le cadre de la deuxième partie de cette étude peuvent servir à déterminer si et dans quelle mesure il y a eu renouvellement, cette quatrième partie a pour but d'approfondir l'aspect pratique lié aux conséquences d'un cocontractant récalcitrant. **832**

Chapitre 2 : Action en justice

Dans le cadre de ce chapitre, l'attention sera portée sur l'action, soit le droit de faire valoir une prétention en justice⁶⁰⁵. Les prétentions en justice doivent d'abord être complétées par des considérations en matière de for (*cf. infra* ¶¶ 835 *et seq.*). 833

Dans la mesure où une action peut être intentée devant un tribunal suisse, il faut encore savoir choisir l'action appropriée (*cf. infra* ¶¶ 838 *et seq.*) et, parallèlement, il est opportun de s'interroger sur l'utilité des mesures provisionnelles (*cf. infra* ¶¶ 856 *et seq.*). 834

Section I: Le for de l'action dans les litiges portant sur le renouvellement d'un contrat de durée

Avant de promouvoir une action quelconque, il convient de s'interroger sur le lieu où une telle action doit être portée. Une action formée devant un tribunal incompétent revient à une perte de temps et de moyens. En matière de renouvellement de contrats de durée, surtout lorsque l'on a affaire à des contrats d'un certain poids économique, la détermination du tribunal compétent est particulièrement importante, étant donné le besoin de régler le litige dans des délais raisonnables. Cela se traduit avant tout par la recherche du tribunal, suisse ou étranger, compétent pour trancher le litige entre les parties. 835

Une analyse détaillée des différentes règles en matière de for en droit des contrats sortirait du cadre de la présente étude. Ce qu'il convient de retenir ici est que les dispositions qui disciplinent le for de l'action dans les litiges contractuels (par exemple celles dans le CPC⁶⁰⁶, la LDIP⁶⁰⁷ ou encore dans la CLug) demeurent entièrement applicables lorsque l'on est confronté aux controverses portant sur le renouvellement d'un contrat de durée. Il en va de même dans l'hypothèse où une partie conteste le renouvellement, et donc l'existence même du contrat⁶⁰⁸. Dans pareils cas, le caractère contractuel du litige n'est pas affecté. Une clause d'élection de for ne perd pas non plus de son efficacité par le simple fait que le litige porte sur le 836

⁶⁰⁵ BOHNET, Introduction aux articles 84 à 90 CPC, N 2, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC.

⁶⁰⁶ Art. 31-35 CPC.

⁶⁰⁷ Art. 112-126 LDIP.

⁶⁰⁸ Cette affirmation découle de la règle plus générale aux termes de laquelle le for au lieu d'exécution de la prestation caractéristique peut également être invoqué en cas de contestation sur l'existence ou la validité du contrat, *cf.* CR-LDIP-BONOMI, art. 113 LDIP, N 9.

renouvellement d'un contrat, la convention attributive de juridiction étant considérée comme autonome par rapport au contrat principal^{609 610}.

- 837 Les prétentions contractuelles peuvent aussi provenir de contrats conclus tacitement⁶¹¹. Suivant ce raisonnement, les demandes résultant d'un renouvellement tacite litigieux sont pareillement couvertes par les dispositions pertinentes qui s'appliquent en matière contractuelle.

Section II: Le choix de l'action

- 838 Dans la mesure où le for de l'action est localisé en Suisse, la partie qui entend intenter une action contre sa partie adverse doit s'interroger sur les différentes catégories d'actions présentes dans le CPC. Ne seront pas examinées dans la présente section les étapes qui pourraient se trouver en amont de l'action en justice, comme la procédure de conciliation⁶¹².
- 839 En matière de renouvellement des contrats de durée, le CPC contient en particulier deux types d'actions qui feront l'objet de l'analyse : (i) l'action condamnatoire (art. 84 CPC, « *die Leistungsklage* », « *l'azione di condanna a una prestazione* ») et (ii) l'action en constatation de droit (art. 88 CPC, « *die Feststellungsklage* », « *l'azione d'accertamento* »).
- 840 **L'action condamnatoire (art. 84 CPC)**⁶¹³. Le CPC définit l'action condamnatoire comme étant l'action par laquelle le demandeur demande que le défendeur soit condamné à faire, à s'abstenir de faire ou à tolérer quelque chose. Deux conditions doivent être remplies pour qu'une telle demande soit admissible : (i) la partie qui

⁶⁰⁹ CR-LDIP-UCHER, art. 5 LDIP, N 24 ; BERGER, BaKomm CLug, art. 23, N 54-55.

⁶¹⁰ La CJCE a retenu ce qui suit dans le cadre d'une clause attributive de juridiction en relation avec une reconduction tacite : « L'article 17 de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une convention écrite comportant une clause attributive de juridiction et prévoyant, pour sa prorogation, la forme écrite est venue à expiration, mais a continué à constituer le fondement juridique des relations contractuelles entre parties, cette clause satisfait aux conditions de forme requises par cet article si, d'après la loi applicable, les parties pouvaient valablement proroger le contrat initial sans observer la forme écrite ou si, dans l'hypothèse inverse, l'une ou l'autre des parties a confirmé par écrit cette clause ou l'ensemble des clauses tacitement reprises dont elle fait partie, sans que l'autre partie qui a reçu cette confirmation s'y soit opposée » (CJCE, C-313/85, SpA Iveco Fiat contre Van Hool NV, arrêt du 11 novembre 1986, Recueil 1986 3337). Sur la question de la prorogation tacite en présence d'une clause qui réserve la forme écrite aux modifications, cf. *supra* ¶¶ 765 et seq.

⁶¹¹ HOFMANN/KUNZ, BaKomm CLug, art. 5, N 100.

⁶¹² Art. 197 et seq. CPC.

⁶¹³ Pour des commentaires cf. BOHNET, art. 84 CPC, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; BOPP/BESSENICH, art. 84 CPC, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 84 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 84 ; TREZZINI, art. 84 CPC, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

propose l'action doit avoir un intérêt à agir et (ii) la ou les prétentions du demandeur doivent être exigibles.

La *première* condition ne fait que rarement défaut lorsque le demandeur agit en exécution⁶¹⁴. L'intérêt du demandeur à agir est souvent déjà donné lorsqu'il allègue qu'une prétention est exigible⁶¹⁵. Dans le cas spécifique du renouvellement, on peut envisager un intérêt à agir dans les cas suivants :

- le demandeur estime que le contrat est renouvelé et demande la partie de la dette qui est exigible ;
- le demandeur estime que le contrat n'est pas renouvelé et fait valoir des prétentions (légales ou contractuelles) découlant de la fin du contrat.

La *seconde* condition veut que l'on ne puisse demander, dans le cadre d'une action condamnatoire, que des prétentions qui sont totalement exigibles⁶¹⁶. Une action condamnatoire visant une prétention qui n'est pas encore devenue exigible peut être rejetée en tant que prématurée⁶¹⁷.

L'art. 84 al. 2 CPC précise qu'en cas d'action tendant au paiement d'une somme d'argent, le montant réclamé doit être chiffré⁶¹⁸.

L'action en constatation de droit (art. 88 CPC)⁶¹⁹. L'action en constatation de droit est définie par le CPC comme étant une action visant à « faire constater par un tribunal l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit ».

L'action en constatation de droit qui vise une prétention exigible est **irrecevable** et doit faire l'objet d'une action condamnatoire ; elle a un caractère **subsidaire** par

⁶¹⁴ BOHNET, art. 84 CPC, N 3, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; TREZZINI, art. 84 CPC, p. 323, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶¹⁵ OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 84, N 6 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 84, N 6.

⁶¹⁶ BOHNET, art. 84 CPC, N 7, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 84, N 11 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 84, N 11.

⁶¹⁷ BOHNET, art. 84 CPC, N 9, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC.

⁶¹⁸ Le CPC prévoit néanmoins une exception à l'obligation de chiffrer la demande à l'art. 85, qui a la teneur suivante :

Action en paiement non chiffrée

¹ Si le demandeur est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention ou si cette indication ne peut être exigée d'emblée, il peut intenter une action non chiffrée. Il doit cependant indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire.

² Une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire. La compétence du tribunal saisi est maintenue, même si la valeur litigieuse dépasse sa compétence.

⁶¹⁹ Pour de commentaires cf. BOHNET, art. 88 CPC, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; BESSENICH/BOPP, art. 88 CPC, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 88 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 88 ; TREZZINI, art. 88 CPC, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

rapport à l'action condamnatoire (art. 84 CPC) et l'action formatrice (art. 87 CPC)⁶²⁰. Aussi, l'action en constat, comme le droit procédural dans son ensemble, n'est pas destinée à régler des questions juridiques purement abstraites, sans effets sur le rapport de droit concret⁶²¹.

- 846 Pour que l'action soit déclarée recevable par le juge, le demandeur doit faire valoir un intérêt à faire constater l'existence, ou l'inexistence, d'un droit ou d'un rapport de droit. D'après la jurisprudence⁶²², il existe plus particulièrement trois conditions. La *première* est l'incertitude liée à la situation juridique. La *deuxième* : l'intérêt à avoir l'incertitude écartée doit être immédiat. On entend par là que le demandeur a un intérêt juridique à la constatation anticipée, lorsqu'une action postérieure tendant à l'obtention d'une prestation entre en considération⁶²³. La *troisième* condition veut que la situation d'incertitude soit intolérable pour le demandeur parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision. Cette dernière condition est critiquée par la doctrine⁶²⁴, à juste titre selon nous. Une action en constat devrait être déclarée recevable, même en l'absence d'entrave concrète à la liberté de décision du demandeur.
- 847 L'intérêt à la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'un droit ou d'un rapport de droit doit subsister jusqu'au moment où une décision est prise⁶²⁵. Si, au cours du procès, une prétention, dont on demande qu'elle soit constatée, devient exigible, le demandeur doit alors modifier son action en promouvant une action condamnatoire (art. 84 CPC, cf. *supra* ¶¶ 840 et seq.), car l'action devient irrecevable en raison de l'absence d'un intérêt à la constatation du droit ou du rapport juridique⁶²⁶.
- 848 En matière de renouvellement, en l'absence d'autres actions disponibles, le demandeur peut donc former une action en constatation de droit. L'intérêt à agir devrait en principe être toujours donné, dans la mesure où une partie demande qu'il soit constaté qu'un contrat a été, ou n'a pas été, renouvelé. **La condition de l'incertitude** est clairement donnée, puisqu'une partie ne sait pas si elle est encore liée contractuellement à sa partie adverse ou non. **L'intérêt à avoir l'incertitude écartée** est aussi présent dans la plupart des cas. En effet, la partie adverse ira probablement

⁶²⁰ ATF 135 III 378, c. 2.2 ; 123 III 49, c. 1a ; 103 II 220, c. 3. Cf. en doctrine BOHNET, art. 88 CPC, N 13-17, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; BESSENICH/BOPP, art. 88 CPC, N 12-13, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 88, N 17-18 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 88, N 17-18 ; TREZZINI, art. 88 CPC, p. 346, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶²¹ « *Das Prozessrecht steht nicht zur Verfügung, abstrakte Rechtsfragen ohne Wirkung auf konkrete Rechtsverhältnisse zu beurteilen* » (ATF 122 III 279 c. 3.a).

⁶²² ATF 135 III 378, c. 2.2 ; 133 III 282, c. 3.5 ; 131 III 319, c. 3.5 ; 123 III 414, c. 7.b.

⁶²³ ATF 103 II 220, c. 3 ; 91 II 410, c. 4.c.

⁶²⁴ BOHNET, art. 84 CPC, N 7, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 84, N 11 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 84, N 11.

⁶²⁵ OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 88, N 19 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 88, N 19.

⁶²⁶ *Ibidem*.

dans le sens de promouvoir une action en condamnation lorsqu'une prétention contractuelle devient exigible. S'agissant de la troisième et dernière condition (situation intolérable, si bien que le demandeur est entravé dans sa liberté de décision), nous ne saurions donner une réponse générale, les détails du cas concret jouant ici un rôle essentiel.

L'action partielle (art. 86 CPC)⁶²⁷. En vertu de l'art. 86 CPC, une prétention divisible peut faire l'objet d'une action dite « partielle ». Dans le cas spécifique d'actions ayant comme objet un renouvellement, la recevabilité d'une telle action doit être déterminée selon les circonstances concrètes du cas. 849

Rappel – les contrats renouvelables. Comme nous l'avons constaté (cf. *supra* ¶¶ 17 et 25), un contrat de durée est renouvelable lorsque le fait de prêter ne met pas fin au contrat. Il prend fin de manière hétéronome par l'exercice d'un droit formateur ou par l'accord des parties⁶²⁸. Il existe donc des prestations qui sont continues dans le temps et d'autres qui sont exigibles selon des échéances définies. 850

En fonction du rapport juridique donné, il existe plusieurs scénarios qui peuvent se présenter. 851

1. Le contrat primitif est encore en vigueur :

- a. une partie veut agir, car elle estime que le contrat a été renouvelé, contrairement à son cocontractant ;
- b. une partie entend agir, car elle estime que le contrat n'a pas été renouvelé, contrairement à son cocontractant.

2. Le contrat primitif est venu à échéance :

- a. une partie veut agir, car elle estime que le contrat a été renouvelé, contrairement à son cocontractant ;
- b. une partie entend agir, car elle estime que le contrat n'a pas été renouvelé, contrairement à son cocontractant.

Le contrat primitif est encore en vigueur. Logiquement, dans cette hypothèse, aucune prétention du contrat renouvelé ne peut encore être exigible. Indépendamment de la question de savoir si c'est la partie qui estime qu'un renouvellement a eu lieu, ou celle qui estime le contraire, la seule voie ouverte dans ce cas est l'**action en constatation de droit de l'art. 88 CPC** (cf. *supra* ¶¶ 844 et seq.). 852

⁶²⁷ Pour de commentaires cf. BOHNET, art. 86 CPC, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; BOPP/BESSENICH, art. 86 CPC, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; OBERHAMMER, BaKomm. ZPO, art. 86 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 86 ; TREZZINI, art. 86 CPC, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶²⁸ VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 71.

- 853 **Le contrat primitif est venu à échéance.** Dans ce cas, le choix de l'action dépendra de l'exigibilité des prétentions. Dans les contrats de durée, certaines prestations sont continues dans le temps et sont donc subitement exigibles. Dans l'hypothèse 2 a *supra*, le demandeur devra intenter une action condamnatoire (art. 84 CPC, cf. *supra* ¶¶ 840 et seq.). Dans le cadre de cette action, le demandeur fera valoir une prétention découlant du contrat renouvelé et le juge devra nécessairement décider si le contrat a été renouvelé.
- 854 Si une partie souhaite agir parce que, contrairement à son cocontractant, elle estime que le contrat n'a pas été renouvelé (hypothèse 2 b *supra*), le choix de l'action se fera sur la base de la nature de la demande. En effet, on peut envisager deux cas de figure. Dans le *premier*, le demandeur n'a pas de prétentions exigibles à faire valoir et souhaite uniquement clarifier devant un juge le lien juridique ou, plus précisément, l'absence de lien juridique avec sa partie adverse. **Seule l'action en constat est ouverte dans cette hypothèse.** Dans le *second* cas, le demandeur peut faire valoir des prétentions (légalles et/ou contractuelles) qui découlent de la fin du contrat primitif. Ici, le juge devra déterminer si le contrat a pris fin **dans le cadre d'une action condamnatoire** (art. 84 CPC). Une action en constat n'entre pas en ligne de compte ici. En effet, le demandeur peut faire valoir des prétentions de fin de contrat et pourra donc demander que sa partie adverse soit condamnée à faire quelque chose. Sachant que dans une procédure de ce type le juge devra se prononcer sur le sort du contrat, une simple action en constat devrait être exclue.
- 855 Même si un contrat est arrivé à échéance (hypothèses 2 a et b *supra*) et qu'une partie allègue qu'un contrat a été renouvelé, il est des cas dans lesquels aucune prestation du contrat renouvelé n'est encore exigible. Le demandeur qui ne peut pas faire valoir des prétentions exigibles n'aura d'autre choix que de promouvoir une **action en constat** (art. 88 CPC, cf. *supra* ¶¶ 844 et seq.).

Section III: Importance des mesures provisionnelles

- 856 Choisir la voie de l'action en justice est une décision importante. En fonction de la procédure choisie, la nature du différend et le for, le prononcé d'une décision finale de la part du tribunal est l'aboutissement d'un long chemin. Si la justice était immédiate, les mesures provisionnelles n'auraient pas de raison d'être.
- 857 Bien que les mesures provisionnelles aient une importance dans une multitude de domaines, elles sont particulièrement utiles dans les litiges portant sur un renouvellement, surtout en cas de contrats complexes.

1. Introduction

On entend par « mesures provisionnelles » des ordres donnés par le tribunal, qui accordent une protection juridique anticipée à une partie avant ou après le procès ordinaire⁶²⁹. 858

Il existe bon nombre de types de mesures provisionnelles qu'un tribunal pourrait ordonner. La doctrine⁶³⁰ distingue généralement quatre types de mesures provisionnelles : (i) les mesures conservatoires (« *Sicherungs-massnahmen* », « *misura conservativa* »), (ii) les mesures de réglementation (« *Regelungsmassnahmen* », « *provvedimenti di regolamentazione* »), (iii) les mesures d'exécution anticipée (« *Leistungsmassnahmen* », « *misura di esecuzione anticipata* ») et (iv) les mesures qui assurent l'administration d'une preuve (« *Beweissicherungsmassnahmen* », « *provvedimenti volti alla tutela di una prova* »). 859

Dans le cadre d'un litige en relation avec un renouvellement d'un contrat de durée, toutes les mesures évoquées dans le paragraphe précédent relèvent d'une certaine importance. Cela dit, nous nous concentrerons plus particulièrement sur les mesures dites de réglementation. Elles ont un rôle non négligeable dans le cadre des contrats de durée, dans lesquels au moins une prestation est continue dans le temps et, dans certains contrats complexes, il existe en outre toute une série d'autres prestations, périodiques ou ponctuelles. En cas de litige, il est généralement souhaitable de régler temporairement l'ensemble de la relation contractuelle afin de limiter les risques économiques et autres qui pourraient surgir en cas de rupture abrupte des prestations du contrat litigieux. 860

2. Les mesures de réglementation

Les mesures de réglementation sont des mesures provisionnelles qui, comme l'indique leur nom, organisent de manière provisoire un rapport de droit durable dans l'attente d'un jugement au fond ; elles sont aussi appelées « règles pacificatrices »⁶³¹. Comme le relève MEIER, à juste titre, il est difficile de définir plus 861

⁶²⁹ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Chap. 11, N 273 : « *Unter vorsorglichen Massnahmen versteht man Anordnungen des Gerichts, mit denen einer Partei vor oder während des ordentlichen Prozesses vorläufiger Rechtsschutz gewährt wird* ».

⁶³⁰ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Chap. 11, N 275-286 ; cf. aussi BOHNET, art. 262 CPC, N 2, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC.

⁶³¹ BOHNET, art. 262 CPC, N 8, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; cf. aussi SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Chap. 11, N 278 : « *mit ihnen [die Regelungsmassnahmen] soll für die Prozessdauer ein Dauerrechtsverhältniss vorläufig gestaltet und innerhalb desselben eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden* ».

précisément ce type de mesures provisionnelles⁶³², car elles couvrent une variété de décisions.

- 862** Dans le cadre de différends en matière de renouvellement, ce type de mesure provisionnelle a une certaine importance. Plus particulièrement, si une partie conteste qu'il y a eu renouvellement et que cette partie est la défenderesse dans la procédure, elle aura probablement arrêté de prêter (ou déclarera qu'elle le fera à l'échéance du contrat) ; ce qui pourrait causer un **dommage considérable** à la partie adverse si le contrat était finalement considéré renouvelé par le juge.
- 863** Nous pouvons évoquer l'exemple d'une entreprise qui a conclu une série de contrats pour la production et la distribution d'un produit. Si l'entreprise, qui est responsable de la production, estime que le contrat vient à échéance alors que le distributeur est de l'avis contraire, ce dernier ne pourra pas, à son tour, honorer ses obligations vis-à-vis de ses autres cocontractants. Le dommage que le distributeur pourrait subir en termes de réputation, de gain manqué et de perte éprouvée risque de pouvoir être difficilement établi, notamment la **quotité**. Dans certains cas, une décision qui accorde finalement des dommages-intérêts pourrait ne pas dédommager pleinement le demandeur.
- 864** Dans l'exemple susmentionné, le renouvellement est contesté intégralement, c'est-à-dire qu'une partie estime que le contrat est venu à échéance ou qu'il viendra à échéance à une date déterminée. Dans ces cas, il existe un type de mesure de réglementation qui est souvent demandé et qui consiste à maintenir le *status quo ante*⁶³³. Le juge ou l'arbitre peut ordonner aux parties de prêter suivant les termes du contrat jusqu'à droit connu. Une telle mesure est encore plus justifiée dans l'hypothèse où le principe du renouvellement n'est pas contesté, mais que les parties sont néanmoins en désaccord sur certains points.
- 865** Ce type de mesure est aussi connu sous le nom d'« **exécution temporaire (ou à titre conservatoire) du contrat** ». Le Tribunal fédéral a connu des litiges à ce sujet notamment en cas de résiliation immédiate de contrats de licence ou de distribution.
- 866** Dans l'ATF 133 III 360, le Tribunal fédéral a été saisi dans le cadre d'un litige relatif à un contrat de licence exclusive portant sur l'utilisation d'une marque. Le contrat avait été conclu pour une durée de dix ans avec l'option pour le preneur de licence de prolonger le contrat pour une durée supplémentaire de cinq ans. Avant l'échéance contractuelle des dix premières années, le donneur de licence a résilié le contrat avec effet immédiat. Il reprochait à son cocontractant plusieurs violations du contrat. Afin de sauvegarder ses intérêts, le preneur de licence a saisi le juge avec une demande tendant à ordonner le donneur de licence de respecter le contrat jusqu'à droit

⁶³² MEIER, ZPO, p. 258.

⁶³³ Cf. en arbitrage international BORN, p. 2484-2484.

connu⁶³⁴. Les juges cantonaux ont rejeté la requête au motif que même si la résiliation pour justes motifs devait s'avérer mal fondée, le rapport de confiance entre les parties était rompu, de sorte que le contrat avait de toute manière pris fin. Le preneur de licence ne pouvait donc que demander des dommages-intérêts.

Le Tribunal fédéral a retenu qu'en cas de résiliation, avec effet immédiat, injustifiée d'un contrat de licence, le contrat reste en vigueur ; la résiliation est donc inefficace⁶³⁵. À partir de cette constatation, les juges fédéraux ont admis que les mesures provisionnelles peuvent aussi revêtir la forme d'une ordonnance qui obligerait une partie à agir d'une certaine manière. Il s'agit de mesures particulièrement incisives qui présupposent une analyse rigoureuse des conditions d'application (notamment le *fumus boni juris*, le préjudice irréparable, l'urgence et la pesée des intérêts)⁶³⁶. Faute d'éléments concrets, la cause a été renvoyée devant l'instance cantonale. En tout état de cause, le Tribunal fédéral a clairement admis qu'une mesure d'exécution temporaire du contrat est *a priori* possible. 867

Un cas semblable s'est présenté devant le Tribunal fédéral en matière de résiliation immédiate d'un contrat de distribution⁶³⁷. Il a été jugé qu'une mesure d'exécution pourrait entrer en ligne de compte notamment lorsque l'arrêt des livraisons en faveur du distributeur, qui conteste la résiliation, est de nature à lui causer un dommage considérable, difficile à prouver et qui ne pourrait pas être réparé avec des dommages-intérêts⁶³⁸. 868

Ces décisions montrent qu'il est en principe possible pour un tribunal d'ordonner à une partie d'exécuter temporairement les prestations du contrat dont le renouvellement est litigieux. La question de savoir si et à quelles conditions une telle mesure peut être raisonnablement imposée à la partie qui la subit relève du droit de procédure. 869

i. Procédure judiciaire

Le CPC consacre le principe des mesures provisionnelles à l'art. 261 al. 1⁶³⁹ aux termes duquel « le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les 870

⁶³⁴ Le contrat contenait une clause d'arbitrage en faveur de la Chambre de commerce de Zurich.

⁶³⁵ ATF 133 III 360, c. 8.1.2.

⁶³⁶ ATF 133 III 360, c. 9.2.1.

⁶³⁷ ATF 125 III 451, arrêt *SodaStream*.

⁶³⁸ ATF 125 III 451, c. 3.c.

⁶³⁹ Pour des commentaires cf. BOHNET, art. 261 CPC, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; HUBER, art. 261 CPC, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; SPRECHER, BaKomm. ZPO, art. 86 ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 261 ; TREZZINI, art. 261 CPC, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

conditions suivantes : (a) elle fait l'objet d'une atteinte ou risque de l'être ; (b) cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable ».

- 871 La vraisemblance.** Une requête de mesures provisionnelles doit démontrer la vraisemblance de certains faits. Selon la jurisprudence, « la vraisemblance est une notion juridique indéterminée qui laisse au juge un large pouvoir d'appréciation ; la notion même de vraisemblance implique, par définition, un pronostic qui peut s'avérer, sans qu'il faille exclure, pour autant, l'éventualité contraire »⁶⁴⁰.
- 872 Les conditions.** Pour que le juge prononce des mesures provisionnelles, les conditions suivantes doivent être remplies : (i) la vraisemblance du droit prétendu⁶⁴¹, (ii) la vraisemblance d'une atteinte ou du risque d'atteinte⁶⁴², (iii) la vraisemblance d'un risque de préjudice difficilement réparable⁶⁴³, (iv) l'urgence⁶⁴⁴ et (v) la proportionnalité⁶⁴⁵.
- 873** Même si ces conditions sont remplies, le juge peut renoncer à ordonner des mesures provisionnelles si la partie adverse fournit des sûretés appropriées (art. 261 al. 2 CPC).
- 874** Si les conditions sont remplies et en l'absence d'application de l'art. 261 al. 2 CPC, le juge prononcera une ou plusieurs mesures provisionnelles. La liste des mesures envisageables à l'art. 262 CPC est purement exemplative ; le juge ayant le pouvoir de prononcer « toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice »⁶⁴⁶.

⁶⁴⁰ TF 4P.85/2004, arrêt du 14 juin 2004, c. 2.3.

⁶⁴¹ Pour des approfondissements cf. BOHNET, art. 261 CPC, N 7-9, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; HUBER, art. 261 CPC, N 17, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; SPRECHER, BaKomm. ZPO, art. 86, N 15 ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 261, N 5-6 ; TREZZINI, art. 261 CPC, p. 1161-1162, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶⁴² Pour des approfondissements cf. BOHNET, art. 261 CPC, N 10, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; HUBER, art. 261 CPC, N 18-19, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; SPRECHER, BaKomm. ZPO, art. 86, N 20-24 ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 261, N 7-10 ; TREZZINI, art. 261 CPC, p. 1162-1163, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶⁴³ Pour des approfondissements cf. BOHNET, art. 261 CPC, N 11-13, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, Commentaire CPC ; HUBER, art. 261 CPC, N 20-21, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; SPRECHER, BaKomm. ZPO, art. 86, N 25-38 ; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, art. 261, N 7-10 ; TREZZINI, art. 261 CPC, p. 1163-1166, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶⁴⁴ Pour des approfondissements cf. HUBER, art. 261 CPC, N 22, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm. ; SPRECHER, BaKomm. ZPO, art. 86, N 39-49 ; TREZZINI, art. 261 CPC, p. 1166-1167, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶⁴⁵ Pour des approfondissements cf. TREZZINI, art. 261 CPC, p. 1167-1168, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, Commentario CPC.

⁶⁴⁶ Art. 262 CPC, première phrase.

L'octroi de mesures provisionnelles peut être subordonné à la fourniture de sûretés par le requérant si ces mesures risquent de causer un dommage à la partie adverse (art. 264 al. 1 CPC). 875

Sur la base du CPC, le juge suisse est donc en mesure de prononcer des mesures de réglementation. 876

Les mesures provisionnelles ne sont pas éternelles ; elles ne revêtent que d'une autorité de la chose jugée limitée⁶⁴⁷. Pendant le procès, elles peuvent être modifiées ou révoquées si elles s'avèrent injustifiées ou lorsque les circonstances se sont modifiées (art. 262 al. 1 CPC). Avec le prononcé du jugement, les mesures provisionnelles deviennent caduques (art. 268 al. 2 CPC, première phrase). Elles peuvent être maintenues uniquement si elles servent l'exécution ou si la loi le prévoit (art. 268 al. 2 CPC, deuxième phrase). 877

Conséquences en cas de mesures injustifiées. En vertu de l'art. 264 al. 2 CPC, le requérant répond du dommage causé par des mesures provisionnelles injustifiées. Cette règle est néanmoins tempérée par la phrase suivante de cet alinéa qui prévoit que, lorsque le requérant a demandé des mesures provisionnelles **de bonne foi**, le juge peut réduire le montant des dommages-intérêts ou n'en point allouer. 878

Il convient enfin de mentionner l'art. 31 CLug qui prévoit que « les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État lié par la présente convention peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet État, même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre État lié par la présente convention est compétente pour connaître du fond ». 879

ii. Procédure arbitrale

L'arbitrage est un mode de règlement de différends alternatif qui est, entre autres, caractérisé par une certaine flexibilité. La grande majorité des lois sur l'arbitrage et des règlements des institutions arbitrales donnent le pouvoir aux arbitres d'ordonner des mesures provisoires. 880

Le Chapitre 12 de la LDIP - La « loi » suisse de l'arbitrage. En Suisse, le fondement normatif du pouvoir des arbitres de prononcer des mesures provisionnelles est inscrit à l'art. 183 LDIP et a la teneur suivante : 881

Art. 183 – 2. Mesures provisionnelles et mesures conservatoires

⁶⁴⁷ HOHL, Tome II, N 1884.

- ¹ Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande d'une partie.
- ² Si la partie concernée ne s'y soumet pas volontairement, le tribunal arbitral peut requérir le concours du juge compétent. Celui-ci applique son propre droit.
- ³ Le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu'ils ont été requis d'ordonner à la fourniture de sûretés appropriées.

882 Pour prononcer des mesures provisoires, la doctrine a identifié quatre conditions cumulatives⁶⁴⁸ :

- un risque de préjudice grave ou irréparable ;
- l'urgence ;
- les chances de succès sur le fond ; et
- la pesée des intérêts.

883 **Les règlements d'arbitrage.** Pour leur part, les règlements d'arbitrage confirment la tendance générale à conférer le pouvoir aux arbitres d'ordonner des mesures provisionnelles⁶⁴⁹.

884 **L'arbitre d'urgence (*Emergency Arbitrator*) institué par le Règlement CCI.** L'art. 29 du nouveau Règlement CCI⁶⁵⁰ prévoit l'institution d'un arbitre d'urgence dans les cas où une partie demanderait des mesures provisionnelles urgentes avant la constitution du tribunal arbitral (« mesures d'urgence »). La règle générale de l'art. 29 du Règlement CCI est complétée par l'Appendice V du Règlement (« Règles relatives à l'arbitre d'urgence »).

885 On remarquera que ce type de procédure n'est pas une nouveauté absolue ; les règlements d'arbitrage de Stockholm (Appendice II) et de Singapour (Schedule 1) contiennent des règles sur cette procédure d'urgence. Avec sa dernière révision, le nouveau Règlement suisse d'arbitrage international contient également une règle semblable (art. 43). Contrairement à ces règlements, la procédure des mesures d'urgence du Règlement CCI est considérablement détaillée. Nous donnerons dans les lignes qui suivent un bref aperçu de ces règles.

⁶⁴⁸ KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 582 ; cf. aussi BORN, p. 2468 et seq.

⁶⁴⁹ Cf. parmi d'autres le Règlement suisse d'arbitrage international (art. 26), Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international (art. 28), Règlement de la *London Court of International Arbitration* (art. 25).

⁶⁵⁰ Le nouveau Règlement CCI est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

- La procédure d'urgence commence avec une requête qui doit être adressée au secrétariat de la CCI. La requête doit contenir un certain nombre d'informations précisées à l'art. 1 al. 3 de l'Appendice V. Elle doit être rédigée dans la langue de l'arbitrage si les parties se sont entendues sur cela ou, à défaut d'un accord, dans la langue de la clause d'arbitrage. 886
- Une fois que le secrétariat reçoit la requête, un délai de 10 jours commence à courir pour que l'auteur de la requête dépose une requête d'arbitrage. Ce délai peut être prolongé par l'arbitre d'urgence. 887
- Le président de la cour d'arbitrage prendra alors une décision. Il existe virtuellement trois possibilités. Il peut décider que les mesures d'urgence s'appliquent à l'autre partie ou aux autres parties. Il peut décider que la procédure de l'arbitre d'urgence aura lieu seulement à l'égard de certaines parties. Enfin, le président pourra décider que la procédure ne s'applique à aucune des parties. En fonction de la décision prise, le président transmettra la requête et ses annexes à la partie défenderesse ou aux parties défenderesses. 888
- Parallèlement, le président nommera l'arbitre d'urgence « dans les plus brefs délais, normalement dans les deux jours de la réception de la requête par le secrétariat » (art. 2 al. 1 Appendice V). La nomination de l'arbitre d'urgence est suivie par une notification aux parties de ladite nomination. 889
- Si les parties sont convenues du lieu de l'arbitrage, le lieu choisi sera le siège de la procédure de l'arbitre d'urgence. À défaut d'un tel accord, le siège sera déterminé par le président de la cour. 890
- Une fois l'arbitre d'urgence nommé, il lui incombe d'établir un calendrier procédural « dans les plus brefs délais, normalement dans les deux jours à compter de la remise du dossier » (art. 5 al. 1 Appendice V). L'arbitre d'urgence jouit d'une certaine liberté dans l'aménagement de la procédure, mais il est tenu de conduire la procédure « de manière équitable et impartiale et [doit veiller] à ce que chaque partie ait la possibilité d'être suffisamment entendue » (art. 5 al. 2 Appendice V). 891
- La procédure d'urgence aboutit à une ordonnance prononcée par l'arbitre d'urgence. Cette ordonnance doit, en principe, être notifiée dans les quinze jours à compter de la date de la remise du dossier à l'arbitre d'urgence (art. 6 al. 4 Appendice V). Ce délai peut être prolongé par le président de la cour. 892
- L'institution de l'arbitre d'urgence est un instrument utile et important dans le cadre de procédures arbitrales administrées par la CCI, auquel il conviendra de recourir si les circonstances le permettent. 893

Chapitre 3 : Action en réparation du dommage

Une fois que les questions procédurales mentionnées précédemment ont été 894
déterminées, la partie demanderesse intentera au fond, le plus souvent, une action en
réparation du dommage. Il ne s'agit pas ici de proposer une étude approfondie de
l'action en réparation du dommage, mais de mettre en évidence les particularités
d'une telle action dans le cadre spécifique du renouvellement d'un contrat de durée.

Afin de déterminer le type d'action au fond, il convient en premier lieu de déterminer 895
s'il y a eu accord (réel ou hypothétique) entre les parties sur le renouvellement (*cf.*
infra ¶¶ 896 *et seq.*) ou si, en revanche, aucun accord n'est intervenu. Dans ce dernier
cas, les parties ne sont pas liées par une relation contractuelle (*cf. infra* ¶¶ 904 *et seq.*).

Section I: Les parties sont liées par un contrat

Dans la mesure où le juge conclut que le contrat primitif a été valablement renouvelé, 896
le régime applicable sera celui de la responsabilité contractuelle de l'art. 97 CO. Nous
nous limiterons ici à quelques considérations sur les dommages-intérêts. Les autres
conditions de l'art. 97 CO ne soulèvent pas de problèmes particuliers en matière de
renouvellement⁶⁵¹. Nous évoquerons, en outre, la question de la relation contractuelle
de fait.

L'importance du contrat primitif pour le calcul des dommages-intérêts - *Sedes* 897
***materiae*.** Le contrat primitif et les faits qui l'entourent revêtent une importance
particulière lorsqu'il est question de calculer le gain manqué, plus particulièrement
dans l'hypothèse où ce gain manqué se compose de bénéfiques futurs sans que des
contrats aient déjà été conclus. Si une partie fait uniquement valoir un gain manqué
sur une transaction qui est l'objet d'un contrat et dont le prix a donc déjà été fixé, le
montant des dommages-intérêts correspond à la différence entre cette transaction et
celle qui a été effectuée en remplacement ou, en fonction des cas, le prix de la
première transaction en l'absence de la seconde.

Afin de calculer le montant du préjudice subi par la partie lésée, il convient 898
d'examiner le chiffre d'affaires dégagé sous l'empire du contrat primitif, la durée des
rapports entre les cocontractants ainsi que d'autres facteurs.

Chiffre d'affaires. Le chiffre d'affaires est certainement le premier facteur vers lequel 899
il faut se tourner, mais pas nécessairement le montant global. En effet, l'étude doit se
concentrer vers le ou les produits concernés. La prise en compte du chiffre d'affaires

⁶⁵¹ En matière de responsabilité contractuelle, *cf. inter alios* TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 1183 *et seq.* ; GUHL/KOLLER § 31, N 1 *et seq.* ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 2614 *et seq.*

global ne sera pertinente que si ce chiffre se rapporte entièrement au renouvellement litigieux. Ainsi, dans l'hypothèse d'un distributeur exclusif qui n'a qu'un contrat avec un fournisseur et dont le renouvellement est mis en question, le chiffre d'affaires total sera pertinent afin de déterminer la quotité du dommage. En revanche, en cas de pluralité de contrats et/ou de fournisseurs, le chiffre déterminant devra être calculé en fonction du contrat dont le renouvellement fait l'objet du litige.

- 900 Durée des rapports.** La durée des rapports entre les parties peut aussi avoir un certain impact sur le calcul du dommage. Si celles-ci coopéraient déjà depuis plusieurs années et, dans la mesure où le chiffre d'affaires ou sa tendance (négative ou positive) est constant, le chiffre avancé par la partie lésée aura nécessairement un poids plus important en l'absence d'autres facteurs. Inversement, si le rapport entre les parties est relativement court, le calcul du chiffre d'affaires hypothétique sera plus difficilement justifiable.
- 901 Autres facteurs.** Limiter l'analyse au chiffre d'affaires et à la durée des rapports entre les parties serait une approche trop minimaliste. D'autres facteurs peuvent être nécessaires ou utiles aux fins du calcul du montant de la réparation. La situation particulière du demandeur doit, notamment, être examinée. Par exemple, un distributeur qui serait frappé d'une interdiction d'importer ou de vendre un certain produit dans un pays ne pourra en principe pas demander le bénéfice résultant de la vente de ce produit. Un autre facteur à prendre en considération est la tendance du marché dans la branche du produit (ou du service) concerné. À ce propos, il conviendra d'analyser non seulement la tendance globale, mais aussi et surtout celle en relation avec le marché spécifique du contrat litigieux. Les contacts avec de potentiels clients sont également à prendre en compte. La partie lésée pourrait rendre vraisemblable qu'elle aurait conclu un certain nombre de contrats.
- 902 La relation contractuelle de fait (« *faktisches Vertragsverhältnis* »).** Nous avons traité en général la question de la relation contractuelle de fait au début de la présente étude⁶⁵². Le sujet a ensuite été abordé plus particulièrement dans le cadre de l'analyse du renouvellement du contrat de bail à loyer⁶⁵³. Selon la théorie de la relation contractuelle de fait, dans certains cas on peut considérer qu'il y a un contrat entre les parties même en l'absence d'un véritable accord⁶⁵⁴. Le principe de la relation contractuelle de fait a été utilisé plusieurs fois en matière de bail à loyer⁶⁵⁵, mais son champ d'application n'est pas limité à ce domaine. La jurisprudence y a fait recours

⁶⁵² Cf. *supra* ¶¶ 42 et seq.

⁶⁵³ Cf. *supra* ¶¶ 178 et seq.

⁶⁵⁴ BUCHER E., OR AT, p. 270 et seq. ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1184 et seq. (selon ces auteurs, il s'agit de remplir une lacune selon l'art. 1 al. 2 CC) ; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, art. 1 CO, N 543 et seq.

⁶⁵⁵ ATF 134 III 267, JdT 2008 II 77 ; 119 II 437 ; 63 II 368 ; TF 4C.255/2005, arrêt du 26 octobre 2006 (pour un résumé en français cf. WERRO, *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne 2012, p. 813 et seq.) ; TC GB ZB 26/92 2 mars 1993 in PKG 1993 p. 49 et seq. ; TC BS 7 décembre 1984 in BJM 1985 p. 246 et seq.

aussi dans les cas suivants : contrat de travail⁶⁵⁶, contrat de leasing⁶⁵⁷, contrat combinant des obligations du bail et de la vente⁶⁵⁸ et le contrat de licence⁶⁵⁹. Il permet de créer des prétentions sur base contractuelle, ce qui constitue souvent un avantage pour la partie lésée en termes de quantification du dommage.

Selon nous, recourir à la théorie de la relation contractuelle de fait se justifie par son approche pragmatique envers des situations dans lesquelles les outils traditionnels n'apportent pas de solutions équitables. 903

Section II: Les parties ne sont pas liées par un contrat

Dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas conclu un accord exprès ou tacite sur le renouvellement, la responsabilité contractuelle ne trouve évidemment aucun fondement. Il convient alors de se tourner vers d'autres chefs de responsabilité, qui ne supposent pas la conclusion d'un contrat. *A priori*, on pourrait imaginer l'application de la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) ou la responsabilité fondée sur la confiance (« *Vertrauenshaftung* »). 904

La responsabilité fondée sur la confiance. Ce chef de responsabilité sanctionne le fait de tromper la confiance légitime éveillée à l'endroit d'une autre personne⁶⁶⁰. Il suppose que les intéressés se soient trouvés dans ce que la jurisprudence appelle une « relation juridique spéciale » (« *rechtliche Sonderverbindung* ») qui seule justifie l'application des devoirs de protection et d'information qui découlent du principe de la bonne foi⁶⁶¹. 905

La responsabilité précontractuelle. Elle suppose la violation d'un devoir de diligence précontractuel⁶⁶². La source des devoirs précontractuels est le principe général de la 906

⁶⁵⁶ À ce sujet, cf. VION, L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats, in SJ 2013 II 29. Selon cet auteur, l'art. 320 al. 3 CO ne constituerait pas une source d'obligations légales indépendante, mais concrétiserait plutôt les règles générales d'interprétation des contrats selon le principe de la confiance dans le contexte particulier d'un contrat de travail conclu par actes concludants (SJ 2013 II 29, 56).

⁶⁵⁷ ATF 110 II 244, JdT 1985 I 152, SJ 1985 155.

⁶⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral in SJ 1998 115.

⁶⁵⁹ ATF 116 II 191, JdT 1990 I 599 ; 85 II 38 ; 75 II 166.

⁶⁶⁰ TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 1205 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 982c. Sur la responsabilité fondée sur la confiance en général cf. aussi MORIN, La responsabilité fondée sur la confiance, Bâle 2010 et CHAPPUIS C., La responsabilité fondée sur la confiance, in SJ 1997 165. Pour une critique de la responsabilité fondée sur la confiance, cf. MARCHAND, Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique, in CHAPPUIS C./WINIGER (éds.), La responsabilité fondée sur la confiance. Journée de la responsabilité civile 2000, Zurich 2001, p. 163 et seq.

⁶⁶¹ ATF 134 III 390, c. 4.3.2, JdT 2010 I 143, SJ 2008 I 361 ; ATF 130 III 345, c. 2.2, JdT 2004 I 207, SJ 2004 I 461, AJP/PJA 2005 350 ; 120 II 331, c. 5.a, JdT 1995 I 360.

⁶⁶² KUONEN, La responsabilité précontractuelle, N 1431 ; TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 642 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 963 ; TF 4C.320/2002, c. 3.2, arrêt du 3 février 2003.

bonne foi⁶⁶³. Parmi les différents devoirs précontractuels, celui qui intéresse le plus, en cas de renouvellement, est certainement le devoir de négocier sérieusement⁶⁶⁴.

- 907 Dans le cadre de négociations sur le renouvellement d'un contrat, il nous semble que cette circonstance configure plutôt un cas de responsabilité précontractuelle. En effet, nous nous trouvons précisément dans la situation dans laquelle les parties négocient la poursuite d'un contrat et il n'y a pas nécessairement de « *Sonderverbindung* » entre elles. Si une partie a effectivement négocié un renouvellement de mauvaise foi, la partie victime devra en principe tenter une action basée sur la responsabilité précontractuelle.

⁶⁶³ KUONEN, La responsabilité précontractuelle, N 1432 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 949 ; TF 4C.320/2002, c. 3.2, arrêt du 3 février 2003.

⁶⁶⁴ *Idem*, N 1484 ; cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 951 et 951a.

Chapitre 4 : La problématique du renouvellement en rapport avec le droit des poursuites

Lorsque le créancier n'est pas payé, le moyen classique afin de récupérer les sommes dues est celui de la poursuite en vertu de la LP. À moins de disposer d'un titre de mainlevée définitive (art. 80 LP), le poursuivant qui est au bénéfice d'un contrat tentera le plus souvent d'obtenir du juge la mainlevée provisoire sur la base de l'art. 82 LP. Le juge de la mainlevée ne tranche pas le fond du litige, mais définit en substance laquelle des parties – le poursuivant ou le poursuivi – devra agir par la suite comme demandeur ou comme défendeur. 908

La question qui sera traitée dans ce chapitre est de savoir si, en général, un contrat renouvelé (expressément ou tacitement) peut être considéré comme un titre de mainlevée provisoire. Afin de répondre à cette question, nous partirons du principe que le contrat primitif constituait un titre de mainlevée provisoire valable pour la période initiale⁶⁶⁵. 909

Il convient tout d'abord de distinguer les cas où le renouvellement a eu lieu par accord exprès de ceux où la reconduction s'est produite par accord tacite. 910

(1) Renouvellement par accord exprès. Si le contrat primitif (susceptible de constituer un titre de mainlevée provisoire pour la période initiale) a été renouvelé par accord exprès, il convient en principe de lui accorder le statut de titre de mainlevée provisoire également pour la période du renouvellement. En effet, le contrat primitif, qui contient une reconnaissance de dette sous seing privé, a été modifié dans sa durée par un accord exprès. De jurisprudence constante, une reconnaissance de dette peut résulter de plusieurs pièces, dans la mesure où elles contiennent les différents éléments nécessaires⁶⁶⁶. À notre sens, les conditions de l'art. 82 al. 1 LP seraient remplies. Le créancier poursuivant doit cependant apporter la preuve par titres du renouvellement exprès. S'il y parvient, la preuve libératoire incombe au débiteur poursuivi. Ce dernier pourra prouver, par exemple, que le contrat a pris fin par accord des parties. 911

⁶⁶⁵ La question de savoir si un contrat signé par le débiteur constitue un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP sort du cadre de cette étude. Cf. MARCHAND, *Droit des poursuites*, p. 65 : « De façon générale, un contrat signé par le débiteur et indiquant le montant dû par le débiteur vaut titre de mainlevée provisoire, si le créancier peut prouver par titre (i) qu'il a exécuté ses obligations découlant du contrat (ii) que la prestation du débiteur est exigible, et (iii) que les éventuelles conditions suspensives légales ou conventionnelles affectant le contrat sont réalisées ». Pour une casuistique cf. p. 67 et seq.

⁶⁶⁶ ATF 132 III 480, c. 4.1 ; 114 III 71, c. 2 ; 106 III 97, c. 3.

- 912** Un cas cantonal présente des similarités avec cette première hypothèse⁶⁶⁷. Les parties avaient conclu un contrat de bail le 6 janvier 1988 qui a par la suite été résilié avec effet au 31 janvier 1998. Les parties ont cependant conclu une transaction extrajudiciaire aux termes de laquelle le contrat serait prolongé ; le montant du loyer ne figurait pas dans la transaction. La question qui se posait devant le juge zurichois était de savoir si la transaction extrajudiciaire et le contrat de bail pouvaient constituer un titre de mainlevée provisoire pour les loyers non payés après la résiliation du bail. Le locataire avait notamment opposé que la transaction ne contenait pas une reconnaissance de la dette de loyer. Le tribunal a considéré que la transaction était une prolongation du bail selon l'art. 272b al. 2 CO. Si cet accord ne contient pas de dispositions spécifiques sur des éventuelles nouvelles conditions du bail, l'art. 272c al. 2 CO trouve alors application. Selon cet article, le contrat de bail reste en vigueur sans changements pendant la prolongation (y compris le loyer). Le tribunal a ainsi conclu que la transaction extrajudiciaire combinée avec le contrat de bail du 6 janvier 1988 constituaient un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP⁶⁶⁸.
- 913** Certes, le cas en question ne concernait pas un renouvellement, mais une « prolongation du bail » selon les art. 272 *et seq.* CO⁶⁶⁹. Aussi, cette prolongation est intervenue avec un accord signé, alors que le renouvellement d'un contrat de bail par accord exprès ne nécessite en principe pas de document signé. Il est néanmoins intéressant de noter que ce tribunal a considéré qu'un accord sur la poursuite d'un bail peut être considéré comme un titre de mainlevée provisoire dans la mesure où cet accord se rattache à un contrat contenant le prix du loyer. Ainsi, selon nous, un contrat de bail renouvelé par accord exprès peut constituer un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP pour les loyers échus après la durée initiale du contrat, à condition de prouver par titres le renouvellement.
- 914 (2) Renouvellement par accord tacite.** La question de savoir si un contrat tacitement renouvelé peut être considéré comme un titre de mainlevée provisoire est sensiblement plus délicate. Indépendamment des distinctions qui seront faites ci-dessous, il convient d'accorder au juge un certain pouvoir d'appréciation dont l'usage dépendra du contrat en question et des circonstances du cas concret. Cela étant, il nous semble qu'en termes généraux, la réponse à la question doit être approchée différemment en fonction d'au moins trois critères : (a) le contrat contient une clause de renouvellement tacite ou automatique, (b) le contrat exclut tout renouvellement tacite ou (c) le contrat est muet sur la question du renouvellement.
- 915 (2)(a) Le contrat contient une clause de renouvellement tacite ou automatique.** Dans cette hypothèse, le contrat tacitement renouvelé devrait en principe constituer un titre de mainlevée provisoire pour la période du renouvellement.

⁶⁶⁷ Arrêt du Tribunal d'arrondissement de Zurich du 18 mai 1999, *in* MRA 1/01 p. 14.

⁶⁶⁸ *Idem*, p. 15.

⁶⁶⁹ Cf. *supra* ¶ 158.

Le Tribunal fédéral en a jugé ainsi dans son arrêt 5A_62/2009. Deux parties avaient conclu un contrat de bail le 25 juin 2002 portant sur la location d'un espace publicitaire. Le contrat avait été conclu pour une durée de trois ans, soit du 15 juillet 2002 au 15 juillet 2005. Il était en outre tacitement renouvelable d'année en année, sauf résiliation donnée par lettre recommandée six mois avant l'échéance. Le 11 juin 2007, le bailleur a établi et envoyé au locataire une facture couvrant le loyer annuel pour la période du 15 juillet 2007 au 15 juillet 2008. Devant le juge de la mainlevée, le locataire a affirmé avoir résilié le contrat par courrier du 5 septembre 2006. Ce courrier n'a cependant pas été envoyé sous la forme recommandée et le bailleur soutenait ne pas l'avoir reçu. Après avoir traité la question litigieuse de l'identité entre le locataire mentionné dans le contrat et le poursuivi, le Tribunal fédéral a prononcé lui-même la mainlevée provisoire de l'opposition formée par le locataire. Il a considéré que la somme réclamée en poursuite correspondait au loyer convenu par les parties dans le contrat du 25 juin 2002 pour la location de l'espace publicitaire pendant la période du 15 juillet 2007 au 15 juillet 2008. Le contrat primitif pouvait donc être considéré comme titre de mainlevée provisoire au sens de l'art. 82 LP. Dans la mesure où le locataire n'avait pas immédiatement rendu vraisemblable que le contrat de 2002 avait été résilié dans les formes prévues conventionnellement, le Tribunal fédéral a donc prononcé la mainlevée provisoire⁶⁷⁰. 916

La solution du Tribunal fédéral mérite d'être approuvée. Ce qui à notre sens était déterminant est la présence, dans le contrat primitif, d'une clause de renouvellement automatique. Lorsqu'un contrat est expressément stipulé tacitement reconductible pour des périodes définies, le créancier poursuivant pourra produire ce contrat et alléguer qu'il a été tacitement renouvelé. Il appartient donc au débiteur poursuivi d'apporter la preuve libératoire de la résiliation. 917

(2)(b) Le contrat exclut tout renouvellement tacite. Lorsqu'un contrat exclut expressément tout renouvellement, mais les parties continuent néanmoins de prester comme s'il était encore en vigueur, nous avons conclu qu'un nouveau contrat prend naissance⁶⁷¹. Dans ce cas, la condition de l'art. 82 al. 1 LP selon laquelle la reconnaissance de dette doit être constatée sous seing privé fait défaut. Selon nous, un contrat excluant tout renouvellement – mais finalement renouvelé – ne constitue pas un titre de mainlevée provisoire pour les créances résultant du (nouveau) contrat tacitement renouvelé. 918

(2)(c) Le contrat est muet sur la question du renouvellement. Un contrat ne contenant aucune indication au sujet de son éventuel renouvellement constitue le cas de figure le plus délicat. 919

⁶⁷⁰ TF 5A_62/2009, arrêt du 2 juillet 2009, c. 3.

⁶⁷¹ Cf. *supra* ¶ 693.

- 920 Dans une décision appenzelloise de 2005 concernant un bail de durée déterminée portant sur des bureaux, le tribunal a conclu que le renouvellement tacite du bail comportait la conclusion d'un nouveau contrat et que donc, faute d'un accord écrit et signé, le bailleur créancier ne pouvait pas obtenir la mainlevée provisoire pour les loyers découlant du contrat renouvelé⁶⁷². Cette conclusion était fondée sur l'opinion de HIGI – que nous contestons – selon laquelle le renouvellement tacite d'un contrat de bail (art. 266 al. 2 CO) implique la conclusion d'un nouveau contrat⁶⁷³.
- 921 Selon nous, un contrat tacitement renouvelé ne comporte en principe pas la conclusion d'un nouveau contrat. En cas de reconduction tacite, la loi donne à certains contrats un cadre juridique au renouvellement, plus particulièrement en définissant la durée et le statut de celui-ci. Si le contrat est muet sur la question du renouvellement et si une règle de droit dispositif est applicable, la situation est selon nous équivalente, ou au moins semblable, à celle exposée ci-dessus dans laquelle le contrat contient une clause de renouvellement tacite ou automatique⁶⁷⁴. En conséquence, le contrat tacitement renouvelé devrait constituer un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP. Le créancier poursuivant devra produire le contrat primitif et alléguer qu'il a été tacitement renouvelé. De son côté, le débiteur poursuivi pourra apporter la preuve libératoire.
- 922 À notre avis, la conclusion est différente en cas d'absence de règle susceptible de s'appliquer à titre de droit dispositif. Faute d'une disposition dans la partie générale du CO qui réglerait exhaustivement la question du renouvellement tacite, il convient d'adopter une approche prudente. Si un contrat est muet sur son éventuel renouvellement et si ce contrat ne fait pas partie de ceux bénéficiant d'une règle *ad hoc* prévue dans la loi, le contrat primitif tacitement renouvelé ne vaut en principe pas titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP. Même si dans la présente étude nous concluons qu'un contrat tacitement renouvelé n'implique en principe pas la conclusion d'un nouveau contrat – et que donc, suivant ce constat, tout contrat tacitement renouvelé pourrait potentiellement constituer un titre de mainlevée provisoire pour la période au-delà de la durée initiale –, il nous semble qu'en matière de droit des poursuites la situation concernant le statut d'un contrat tacitement renouvelé devrait être réglée par le législateur afin de garantir une certaine prévisibilité du droit.

⁶⁷² TC AR, arrêt du 21 octobre 2005, c. 3, in AR GVP 17/2005 No. 3477.

⁶⁷³ Cf. *supra* ¶ 107.

⁶⁷⁴ Cf. *supra* ¶¶ 915 et seq.

Conclusion

Le but de cette étude était d'examiner le concept juridique du renouvellement des 923
contrats de durée, tel qu'il est connu en droit suisse. Le projet était ambitieux. Sur ce
sujet, la doctrine et la jurisprudence ne sont malheureusement pas riches en
publications, respectivement décisions, mais cette carence ne doit pas être interprétée
comme un indice que le sujet est toujours clair. Au contraire, le renouvellement des
contrats de durée est, certes, un concept relativement intuitif (même en dehors du
monde des juristes), mais qui ne fait pas souvent l'objet d'une étude systématique et
réfléchie.

Un approfondissement était, à notre sens, souhaitable en raison du nombre de 924
personnes touchées par le renouvellement d'un contrat. Il suffit de penser, pour citer
quelques exemples, au nombre de locataires en Suisse, à ceux qui ont un abonnement
à une salle de sports, à ceux qui ont un abonnement de transport et aux travailleurs au
bénéfice d'un contrat de durée déterminée. Ce phénomène ne touche donc pas
seulement les sociétés avec une grande surface financière, mais aussi potentiellement
tout citoyen.

Après avoir abordé la notion du renouvellement, nous avons analysé les contrats 925
nommés dont notre ordre juridique prévoit une règle sur le renouvellement. Nous
avons ensuite procédé à l'analyse des autres contrats qui ne prévoient aucune règle en
la matière et nous avons proposé une règle générale qui pourrait être applicable à tout
renouvellement. L'étude s'est, en outre, concentrée sur les clauses de renouvellement
comme solution contractuelle et, enfin, sur la question de l'action en justice. Nous
présenterons ici une synthèse des résultats obtenus.

La notion de « renouvellement ». Le renouvellement est un accord par lequel les 926
parties au contrat décident de poursuivre une relation contractuelle au-delà de
l'échéance prévue. Cet accord peut intervenir expressément ou par actes concluants,
c'est-à-dire tacitement. Il y a renouvellement tacite lorsque les parties continuent de
prester comme si le contrat était encore en vigueur, sans qu'elles aient conclu un
accord exprès dans ce sens. Inversement, le renouvellement par accord exprès
suppose que les parties aient conclu un accord par le biais de la parole ou de mots
écrits. Quant au renouvellement dit « automatique », il se distingue du
renouvellement tacite en ce sens qu'avec un tel type de clause, l'inaction des parties
déclenche directement le renouvellement du contrat.

Selon nous, le renouvellement d'un contrat n'implique en principe pas la conclusion 927
d'un nouveau contrat ; les parties ne font que prolonger la validité du contrat primitif.
Cependant, cette règle générale capitule face à un changement fondamental du

contrat, en cas de changement d'une information qui doit figurer dans le contrat de par la loi, ou encore si le contrat primitif n'est pas un « contrat renouvelable ». Il y a changement fondamental du contrat lorsque les parties modifient la prestation caractéristique, de telle sorte que le contrat est dénaturé.

- 928 Les contrats renouvelables et les contrats non renouvelables.** Les contrats que nous considérons comme « renouvelables », c'est-à-dire les contrats dont le simple renouvellement ne conduit pas à la conclusion d'un nouveau contrat, sont les contrats de durée déterminée au sens large. Ces contrats se caractérisent par la rupture de l'automatisme entre exécution et extinction du contrat. Les contrats renouvelables incluent donc les contrats de durée classiques, comme les contrats de bail et de travail, mais aussi d'autres contrats, comme les contrats de vente à livraisons successives et les contrats-cadre.
- 929** L'analyse du renouvellement se fait fondamentalement en deux étapes. *Premièrement*, il faudra déterminer si les parties sont d'accord sur le principe du renouvellement. *Deuxièmement*, si la réponse à la première question est positive, il conviendra de se concentrer sur les conséquences d'un tel renouvellement ; la première d'entre elles est certainement la durée du renouvellement.
- 930 Les règles sur le renouvellement prévues par la loi.** Notre ordre juridique connaît sept règles sur le renouvellement tacite. Ces règles sont contenues dans le contrat de bail à loyer (art. 266 al. 2 CO), le contrat de bail à ferme (art. 295 al. 2 CO), le contrat de travail (art. 334 al. 2 CO), le contrat d'agence (art. 418^p al. 2 CO), le contrat de société simple (art. 546 al. 3 CO), le contrat d'assurance (art. 47 LCA) et le contrat de bail à ferme agricole (art. 8 LBFA).
- 931** En cas de renouvellement tacite du contrat de bail à loyer, du contrat de travail et de la société simple, la loi dispose que le contrat devient un contrat de durée indéterminée. S'agissant du contrat de bail à ferme, la loi prévoit qu'il « se renouvelle d'année en année » (art. 295 al. 2 CO). Étant donné que l'alinéa 3 de l'art. 295 CO prévoit la règle de résiliation en cas de contrat renouvelé, un bail à ferme tacitement reconduit devient en réalité, lui aussi, un contrat de durée indéterminée. Le contrat d'agence contient une règle différente en matière de renouvellement. Lorsqu'il est tacitement reconduit, le contrat est réputé renouvelé pour la même période du contrat primitif, mais au maximum pour une année.
- 932** Pour tous ces cas, il ne s'agit que de présomptions réfragables. Les parties peuvent donc apporter la preuve qu'elles entendaient prolonger le rapport contractuel pour une autre durée.
- 933** L'art. 47 LCA, qui est absolument impératif, limite les effets d'une clause de renouvellement tacite à une prolongation d'une année au maximum. Même si cette disposition se réfère à une « clause » contenue dans un contrat d'assurance, la règle

selon laquelle une reconduction tacite ne prolonge le contrat que pour une année s'applique également dans l'hypothèse où le contrat ne contiendrait aucune clause de renouvellement, mais que les parties aient néanmoins reconduit tacitement le contrat.

En matière de bail à ferme agricole, l'art. 8 LBFA prévoit qu'un contrat tacitement reconduit est prolongé sans changements pendant six ans. Si le contrat primitif était un contrat de durée déterminée, il devient néanmoins un contrat de durée indéterminée. 934

Les règles légales sur le renouvellement tacite peuvent être appliquées, à titre dispositif, dans les cas où les parties sont d'accord sur le principe du renouvellement, mais qu'elles ont omis de régler la question de la durée. 935

D'une manière générale, les règles légales sur le renouvellement tacite donnent un cadre juridique à une situation qui est, par définition, incertaine. Elles n'ont pas pour but spécifique la protection de la partie faible. Elles contribuent à la stabilité des rapports juridiques, laquelle est à son tour dans l'intérêt de toutes les parties contractantes. La tendance générale est de réputer un contrat tacitement renouvelé comme un contrat de durée indéterminée. En effet, dans la mesure où la loi prévoit des délais de congé raisonnables, il est préférable de considérer le contrat comme étant de durée indéterminée plutôt que de lier les parties pour une période déterminée, ce qui représente une solution peu flexible. C'est la solution envisagée par le projet CO 2020. 936

Le cas de l'absence de règles sur le renouvellement – la primauté de la volonté des parties et notre proposition de règle générale. S'agissant des contrats innommés et des contrats nommés ne prévoyant aucune règle sur le renouvellement, il conviendra, en premier lieu, de rechercher la volonté des parties quant à la durée du renouvellement. À cet effet, il existe un certain nombre de facteurs qui peuvent être pris en considération, notamment : la correspondance entre les parties, d'autres renouvellements du même contrat dans le passé, des éventuels usages entre les parties ou à l'intérieur d'une certaine branche. Si une partie a éveillé à l'endroit de son cocontractant une attente légitime quant au renouvellement et à sa durée, cette attente mérite protection. Il s'agit, en effet, d'une application du principe de la confiance. Si les éléments mentionnés ne permettent pas d'identifier la durée du renouvellement, nous proposons de considérer le contrat renouvelé comme un contrat de durée indéterminée. Cette solution permet une certaine flexibilité ; les parties pourront alors mettre fin au contrat selon les règles respectivement applicables à l'extinction des différents contrats de durée indéterminée. 937

En matière de renouvellement par accord exprès, il est difficile de tirer des conclusions générales ; cela est purement du ressort du principe de la liberté contractuelle. Les parties peuvent donc conclure les renouvellements les plus variés, 938

mais dans les limites de la loi, et en particulier eu égard au principe de la prohibition des engagements excessifs.

939 Le contenu du contrat lorsque le renouvellement implique la conclusion d'un nouveau contrat. Lorsque les parties, en « renouvelant » leur contrat, en concluent en réalité un nouveau, il convient de s'interroger sur le contenu de ce nouveau contrat. Dans l'hypothèse où elles ne se rendent pas compte qu'elles concluent un nouveau contrat, en application du principe de la confiance, toutes les clauses de l'ancien contrat seront présumées incorporées dans le nouveau. En revanche, si le contrat prévoyait qu'il ne pourra pas faire l'objet d'un renouvellement tacite, mais que les parties continuent néanmoins son exécution, cette présomption, bien qu'encore valable, serait moins forte. En effet, les parties avaient expressément convenu que le contrat ne serait pas renouvelable ; pour cette raison, l'incorporation des clauses devra se faire avec plus de retenue. Dans tous les cas, l'ancien contrat constituera un précieux outil d'interprétation du nouveau contrat.

940 Éléments à prendre en considération en cas d'insertion d'une clause de renouvellement. Lorsqu'il est question d'insérer une clause de renouvellement dans un contrat, le rédacteur devrait prendre en considération plusieurs éléments. Ces derniers varient nécessairement en fonction des circonstances. Parmi eux, nous pouvons mentionner les points suivants :

- le type de contrat qui sera conclu entre les parties ;
- la durée initiale du contrat ;
- la durée de la période de renouvellement (durée déterminée et, si tel est le cas, pendant combien de temps ; durée indéterminée) ;
- possibilité d'un renouvellement tacite et ses conséquences ;
- un éventuel renouvellement automatique et ses conditions ;
- délai de préavis pour informer le cocontractant du renouvellement ;
- adaptation, lors du renouvellement, d'autres clauses du contrat ;
- si des négociations sont prévues pour le renouvellement, évaluer l'opportunité de fixer un délai pour trouver un accord ;
- nombre maximal de renouvellements ;
- si le contrat en question fait partie d'une chaîne contractuelle ou s'il s'inscrit dans un schéma contractuel plus large, déterminer s'il convient d'assujettir le renouvellement du contrat à la prolongation d'autres contrats ou à la conclusion d'autres (synchronisation des contrats) ;
- prévoir, après le renouvellement, des délais de congé ;
- si des délais de congé sont déjà inscrits dans le contrat, évaluer l'opportunité, après le renouvellement, de prévoir des délais différents.

L'exclusion du renouvellement et ses limites. Selon le principe de la liberté contractuelle, les parties sont en principe libres d'insérer une clause dans le contrat stipulant qu'il ne pourra pas faire l'objet d'un renouvellement tacite. Nous avons conclu que, dans ces circonstances, un « renouvellement » du contrat implique généralement la conclusion d'un nouveau contrat. L'application de ce type de clauses trouve ses limites dans le contournement des règles protectrices dans la loi et, de manière plus générale, dans la violation des règles sur la bonne foi. Une dérogation tacite à la clause excluant tout renouvellement pourrait être envisagée dans la mesure où les parties ont voulu donner suite à l'ancien contrat, sans nécessairement en conclure un nouveau. Une telle volonté ne peut pas être directement inférée du fait du « renouvellement » d'un contrat stipulé non-renouvelable. **941**

Interprétation des clauses de renouvellement. Comme toute clause contractuelle, les clauses de renouvellement peuvent (et doivent) être interprétées à l'aide des outils classiques d'interprétation - l'interprétation subjective et l'interprétation objective. Cela étant, lorsque les parties ont inséré une clause de renouvellement qui s'avère être pathologique, elles ont songé à la question de la prolongation du contrat et il conviendra, en règle générale, d'interpréter ces clauses en faveur d'un renouvellement. **942**

Les clauses de renouvellement en droit européen. D'une manière générale, le législateur européen est sensible à la question des clauses de renouvellement automatique dans les contrats conclus avec les consommateurs. Par exemple, l'annexe de la directive 93/13/CEE mentionne, comme clauses présumées abusives, celles qui ont pour objet ou pour effet « de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur ». La directive 2011/83/UE prévoit, en revanche, un devoir précontractuel d'informer le consommateur, notamment sur les conditions de résiliation du contrat si celui-ci est à reconduction automatique. **943**

Actions en justice. Lorsqu'une partie souhaite agir contre son cocontractant, elle doit choisir le bon type d'action, sous peine d'irrecevabilité de la demande. Ainsi, elle ne devra pas intenter une action en constatation de droit (art. 88 CPC) si elle dispose déjà de prétentions envers sa partie adverse. Si tel est le cas, elle devra plutôt former une action condamnatoire (art. 84 CPC). **944**

Dans un litige où les parties sont liées par un contrat, la partie lésée pourra réclamer des dommages-intérêts sur la base de l'action traditionnelle en responsabilité contractuelle ou, dans certains cas, sur la base de la théorie de la relation contractuelle de fait. En revanche, si les parties ont seulement négocié le renouvellement de leur contrat, mais que finalement aucun accord n'est intervenu, la partie qui s'estime lésée devra plutôt agir sur la base de la responsabilité précontractuelle. Elle pourra ainsi **945**

être dédommagée si l'autre partie n'a pas respecté ses devoirs précontractuels, notamment le devoir de négocier sérieusement (le renouvellement).

- 946** Cette étude a montré que le caractère intuitif du renouvellement n'est qu'une apparence, qui s'efface au fur et à mesure que l'on approfondit le sujet. Force est de constater que les règles légales et contractuelles sur le renouvellement sont, certes, un outil utile, voire indispensable, mais dont les effets concrets ne sont pas toujours évidents au moment où se pose la question du renouvellement. Le renouvellement favorisera donc la partie qui, comme aux échecs, aura bien réfléchi aux manœuvres futures, les siennes et celles de l'autre partie.

Bibliographie

- A ABEGG A., *Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldevertragsrecht*, Zurich (Schulthess) 2004.

ABEGG A./AEPLI V./AEPPLI S./DUCKSCH P./KRATZ B./KRAUSKOPF F./SCHÖLL M./SIEGENTHALER T./STÖCKLI H./TRUNIGER C./ZELLWEGER-GUTKNECHT C., *Präjudizienbuch OR die Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2009.

ALPA G./CUFFARO V./MARICONDA V. (éds.), *Codice civile commentato*, Milan (IPSOA) 2005 [cité : AUTEUR, *Codice civile commentato* (ALPA/CUFFARO/MARICONDA), art. 1, N 1].

AMSTUZZI M./BREITSCHMID P./FURRER A./GIRSBERGER D./HUGUENIN C./MÜLLER-CHEN M./ROBERTO V./RUMO-JUNG A./SCHNYDER A. (éds.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2007 [cité : AUTEUR, *HaKomm*, art. 1, N 1].

ANDERSON M., *Drafting and negotiating commercial contracts*, Londres (Butterworths), 1997.

AUBERT G., *Quatre cents arrêts sur le contrat de travail*, Lausanne (Payot) 1984.

- B BAMBERGER H. G./ROTH H. (éds.), *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, München (C. H. Beck) 2003 [cité : BAMBERGER/ROTH/AUTEUR, Band 1/2/3, § 1, N 1].

BELLANGER F./CHAIX F./CHAPPUIS C./HERITIER LACHAT A. (éds.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne (Stämpfli) 2004.

BELSER E. M., *Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht*, Fribourg (Universitätsverlag Freiburg Schweiz) 2000 [notamment p. 173-188].

BERGER B./KELLERHALS F., *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2^e édition, Berne/Londres (Stämpfli/Sweet & Maxwell) 2010 [cité : BERGER/KELLERHALS, p. 1, N 1].

BERNER KOMMENTAR, en principe dans sa dernière édition [cité : BK-AUTEUR, art. 396 CO, N 1].

BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D., *CPC - Code de procédure civile commenté*, Bâle (Helbing) 2011 [cité : AUTEUR, art. 1 CPC, N 1, in BOHNET /HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, *Commentaire CPC*].

BOHNET F./MONTINI M. (éds.), *Droit du bail à loyer, Commentaire pratique*, Bâle (Helbing) 2010 [cité : CPra Bail-AUTEUR, art. 266 CO, N 1].

BÖHRINGER P./MÜLLER R./MÜNCH P./WALTENSÜHL A., *Prinzipien des Vertragsrechts*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2010 [cité : BÖHRINGER/MÜLLER/MÜNCH/WALTENSÜHL, N 1].

BONILINI G./CONFORTINI M. (éds.), *Codice civile commentato*, 3^e éd., Milan (UTET) 2009 [cité : AUTEUR, Codice civile commentato (BONILINI/CONFORTINI), art. 1, p. 1].

BORN G., *International Commercial Arbitration*, 2^e éd., Alphen aan der Rijn (Wolters Kluwer) 2014 [BORN, p. 1].

BOUSEZ F., Contrat à durée déterminée, in *Juris-Classeur (Travail)* 2000, Fascicule 2-46 [cité : BOUSEZ, N 1, p. 1].

BRENDER T., *Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages*, thèse Zurich 1976.

BRULHART V., *Droit des assurances privées*, Berne (Stämpfli) 2008.

BUCHER A. (éd.), *Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano*, Genève/Bâle/Munich (Helbing) 2011 [cité : CR-LDIP (ou CLug)-AUTEUR, art. 1 LDIP (ou CLug), N 1].

BUCHER A./BONOMI A., *Droit international privé*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich (Helbing) 2004 [cité : BUCHER/BONOMI, N 1].

BUCHER E., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2^e éd., Zurich 1988 [cité : BUCHER E., OR AT, p. 1].

BÜCHLER/MÜLLER-CHEN (éds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag: Private Law (Band I)*, Berne 2011.

BURDA J., Agent commercial et distributeur exclusif : où doit s'arrêter l'analogie ? Retour sur une évolution récente du droit suisse en matière de contrat de concession e de vente exclusive, in *RDAI* 4/2009, p. 455-469.

C CHAPPUIS B., *Le moment du dommage*, Fribourg (Schulthess) 2007.

CHAPPUIS C., La responsabilité fondée sur la confiance, in *SJ* 1997, 165.

CHAPPUIS C., *L'intervention du tribunal dans le contrat, Convergence entre les principes UNIDROIT et le droit suisse*, in *Liber amicorum Claude Reymond : autour de l'arbitrage : mélanges offerts à Claude Reymond*, Paris (Juris-Classeur) 2004, p. 53-72.

CHERPILLOD I., *La fin des contrats de durée*, Lausanne (Cedidac) 1988.

CHERPILLOD I., *La fin des accords de distribution*, in GILLERON/LING (éd.), *Les accords de distribution*, Lausanne (Cedidac) 2005, p. 189 *et seq.*

CHRISTOU R., *Drafting Commercial Agreements*, 2^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 1998.

CIAN G./TRABUCCHI A. (éds.), *Commentario breve al Codice civile*, 8^e éd., Padoue (CEDAM) 2007 [cité : AUTEUR, *Commentario breve al Codice civile*, art. 1, p. 1].

CIAN G./TRABUCCHI A. (éds.), *Commentario breve al Codice civile : complemento giurisprudenziale*, 8^e éd., Padoue (CEDAM) 2007 [cité : AUTEUR, *Commentario breve al Codice civile* (C. G.), art. 1, p. 1].

COCCHI B./TREZZINI F./BERNASCONI G., *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) del 19 dicembre 2008*, Lugano (ADV), 2011 [cité : AUTEUR, art. 1 CPC, p. 1, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, *Commentario CPC*].

CORBOZ B., *Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, in SJ 2011 II p. 247-272.

CORBOZ B., *La réception du contrat par le juge : la qualification, l'interprétation et le complètement*, in BELLANGER/CHAIX/C. CHAPPUIS/HERITIER LACHAT (éds.), *Le contrat dans tous ses états*, Berne (Stämpfli) 2004, p. 269-288.

CORBOZ B., WURZBURGER A., FERRARI P., FRESARD J.-M., AUBRY GIRARDIN F., *Commentaire de la LTF*, Berne 2009 [cité : AUTEUR, *Commentaire LTF*, art. 1 LTF, N 1].

D DASSER F./OBERHAMMER P. (éds.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ): Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2011 [cité : Dasser/Oberhammer-AUTEUR, art. 1 CLug, N 1].

DIETSCHY P., *Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux*, in AJP/PJA 2012 1238.

- DUTOIT B., *Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd., Bâle/Genève/Munich (Helbing) 2005 [cité : DUTOIT, art. 1 LDIP, N 1].
- E ENGEL P., *Contrats de droit suisse : traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, Berne (Stämpfli) 2000 [cité : ENGEL, *Contrats*, p. 1].
- ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 1997 [cité : ENGEL, *Traité des obligations*, p. 1].
- F FERRARI F. (éd.), *Internationales Vertragsrecht, EGBGB, CISG, CMR, FactÜ: Kommentar*, Munich (Beck) 2007 [AUTEUR, *Internationales Vertragsrecht* (FERRARI), art. 1 EGBGB/CISG/CMR/FactÜ, N 1].
- FETTER S., *La contestation du loyer initial*, Berne (Stämpfli) 2005 [cité : FETTER, N 1].
- FONTAINE M./DE LY F., *Droit des contrats internationaux : analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Paris, Forum Européen de la Communication, Bruxelles (Bruylant) 2003.
- FORSTMOSER P./TERCIER P./ZÄCH R., *Innominatoverträge: Festgabe zum 60. Geburtstag von WALTER R. SCHLUEP*, Zurich (Schulthess) 1988.
- FOX WILLIAM F. Jr, *International commercial agreements: a functional primer on drafting, negotiating and resolving disputes*, (Deveter Kluwer Law and Taxation) 1988.
- G GABRIEL S., *Formvorbehalt für Vertragsänderungen*, in RSJ/SJZ 106 (2010) 533.
- GALGANO F. (éd.), *Commentario compatto al Codice civile*, 2^e éd., Plaisance (LaTribuna) 2008 [cité : AUTEUR, *Commentario compatto al Codice civile*, art. 1, p. 1].
- GARNER B. A., *Black's Law Dictionnary*, 9^e éd., St. Paul (West/Thomson Reuters) 2009 [cité : *Black's Law Dictionnary*].
- GAUCH P./SCHLUEP W./SHMID J., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Vol. I, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008 [cité : GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1].
- GAUCH P./SCHLUEP W./EMMENEGGER S., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Vol. II, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008.

GEISER T./MÜLLER R., *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 2^e éd., Berne (Stämpfli) 2012 [cité : GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht*, N 1].

GIRSBERGER D./HEINI A./KELLER M./KREN KOSTKIEWICZ J./SIEHR K./VISCHERT F./VOLKEN P., *Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2004 [cité : ZK-IPRG-AUTEUR, art. 1, N 1].

GIVERDON C., Bail à loyer, Locations régies par le droit commun du louage (Code civil), Fin du bail, Tacite reconduction, in *Juris-Classeur* 1999, Fascicule 283 [cité : GIVERDON, N 1, p. 1].

GOBAT S., *L'indemnité de clientèle du distributeur - Étude de l'application analogique de l'art. 418u CO aux contrats de distribution*, Zurich (Schulthess) 2011 [cité : GOBAT, *L'indemnité de clientèle du distributeur*, p. 1].

GOBAT S., *L'indemnité de clientèle du franchisé*, in *AJP/PJA* 2013 537.

GÖTZ C., *Der Gerichtsstand der rügelose Einlassung im Zivilprozessrecht der Schweiz*, Bâle (Helbing) 2004 [cité : GÖTZ, p. 1].

GUGGENHEIM D., *Le droit suisse des contrats : principes généraux/ Tome I. La conclusion des contrats*, Genève (Georg) 1991.

GUGGENHEIM D., *Le droit suisse des contrats : principes généraux/ Tome II. Les effets des contrats*, Genève (Georg) 1995.

H HEDIGER B., *Entwicklungen im Mietrecht/Le point sur le droit du bail*, in *RSJ/SJZ* 110 (2014) 352.

HESELINK M. W./RUTGERS J. W./BUENO DIAZ O./SCOTTON M./VELDMAN M., *Principles of European Law Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)*, Munich/Berne (Sellier European Law Publishers/Stämpfli) 2006 [cité : PEL/HESELINK/RUTGERS/BUENO DÍAZ/SCOTTON/VELDMAN, CAFDC, Chapitre I, art. 1:101, Commentaire, A ou Notes, 1].

HOHL F., *Procédure civile. Tome II, Organisation judiciaire, compétence, délais, procédures et voies de recours*, Berne (Stämpfli) 2010 [cité : HOHL, Tome II, N 1].

HONSELL H. (éd.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 2^e éd., Heidelberg/Dodrecht/Londres/New York (Springer) 2010 [AUTEUR, *Kommentar zum UN-Kaufrecht* (HONSELL), art. 1, N 1].

HONSELL H., *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 8^e éd. Berne (Stämpfli) 2006.

HONSELL H./VOGT N. P./GEISER T. (éds.), *Basler Kommentar: Zivilgesetzbuch I*, 4^e éd., Bâle (Helbing) 2010 [cité : AUTEUR, BaKomm ZGB I, art. 1, N 1].

HONSELL H./VOGT N. P./SCHNYDER A. K. (éds.), *Basler Kommentar: Kommentar zum schweizerischem Privatrecht: Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Zurich/Bâle/Genève (Helbing) 2001 [cité : VVG-BaKomm-AUTEUR, art. 1, N 1].

HONSELL H./VOGT N. P./SCHNYDER A. K./Berti S.V. (éds.), *Basler Kommentar: Internationales Privatrecht*, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2007 [cité : AUTEUR, BaKomm IPRG, art. 1, N 1].

HONSELL H./VOGT N. P./WIEGAND W. (éds.), *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, 5^e éd. Bâle (Helbing) 2011 [cité : AUTEUR, BaKomm OR I, art. 1, N 1].

HUGUENIN C., *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3^e éd, Zurich (Schulthess) 2008.

HUGUENIN C./HILTY R. M. (éds.), *Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale*, Zurich (Schulthess) 2013 [cité : AUTEUR, CO 2020, art. 1, N 1].

HUGUENIN C./HUNOLD F., *Qualifikation der Verträge mit Online-Partnervermittlern* in BÜCHLER A./MÜLLER-CHEN M. (éds.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Private Law (Band I)*, Berne (Stämpfli) 2011, p. 827 et seq.

K KAUFMANN-KOHLER G./RIGOZZI A., *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^e éd., Berne (Weblaw) 2010 [cité : KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, N 1].

KOLLER A., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 2009 [cité : KOLLER, OR AT, § 1, N 1].

KOLLER A./SCHNYDER A./DRUEY J. N. (éds.), *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9^e éd, Zurich (Schulthess) 2000 [cité : GUHL/AUTEUR, § 1, N 1].

KROPHOLLER, J./VON HEIN J., *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 9^e éd., Francfort-sur-le-Main (Recht und Wirtschaft) 2011 [cité : KROPHOLLER/VON HEIN, EuZPO, art. 1, N 1].

- KUONEN N., *La responsabilité précontractuelle*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2007 [cité : KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, N 1].
- L** LACHAT D., *Le bail à loyer*, Lausanne (éditions ASLOCA) 2008 [cité : LACHAT, p. 1].
- LALIVE P./POUDRET J.-F./REYMOND C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse : édition annotée et commentée du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 et des dispositions sur l'arbitrage international de la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé*, Lausanne (Payot) 1989.
- LA SPADA, *La typologie des accords de distribution*, in GILLERON/LING (éds.), *Les accords de distribution*, Lausanne (Cedidac) 2005, p. 3 et seq.
- LESGUILLONS H. (et al.), *La rédaction des contrats internationaux = Drafting of international contracts*, in *Revue de droit des affaires internationales*, Paris, 2002, n° 3/4, p. 251-473.
- LIPARI N./RESCIGNO P. (éds.), *Diritto civile, Volume III, Le obbligazioni, Tome III, I contratti*, Milan (Giuffrè) 2009 [cité : AUTEUR, *Diritto civile (LIPARI/RESCIGNO)*, p. 1].
- LOSER P., *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Berne (Stämpfli) 2006.
- M** MAISSEN E., *Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)*, Zürcher Studien zum Privatrecht N 248, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2012 [cité : MAISSEN, N 1].
- MARCHAND S./CHAPPUIS C./HIRSCH L. (éds.), *Recueil de contrats commerciaux, Modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013.
- MARCHAND S., *Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique*, in CHAPPUIS C./WINIGER B. (éds.), *La responsabilité fondée sur la confiance : Journée de la responsabilité civile 2000*, Zurich (Schulthess) 2001, p. 163 et seq.
- MARCHAND S., *Clauses contractuelles : du bon usage de la liberté contractuelle*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2008 [cité : MARCHAND, *Clauses contractuelles*, p. 1].
- MARCHAND S., *Précis de droit des poursuites*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 2013 [cité : MARCHAND, *Droit des poursuites*, p. 1].

- MAURER A., *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne (Stämpfli) 1995.
- MEIER I, *Schweizerisches Zivilprozessrecht: eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2010 [cité : MEIER, ZPO, p. 1].
- MIR FAKHRAEI K., *L'ATF 134 III 497 et l'indemnité de clientèle du distributeur exclusif*, in *AJP/PJA* 2009 415.
- MORIN A., *La responsabilité fondée sur la confiance*, Genève/Bâle/Munich (Helbing Lichtenhahn) 2002.
- MORIN A., *Les articles 2 et 4 CC: deux règles dans l'esprit du Code civil*, in *RDS II* 2007 203-236.
- MÜLLER C., *Contrats de droit suisse*, Berne (Stämpfli) 2012 [cité : MÜLLER, *Contrats*, N 1].
- MÜNCH P./BÖHRINGER P./KASPER S./PROBST F (éds.), *Schweizer Vertragshandbuch: Musterverträge für die Praxis*, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007.
- O** OETIKER C./WEIBEL T. (éds.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen*, coll. *Basler Kommentar*, Bâle (Helbing) 2011 [cité : AUTEUR, *BaKomm CLug*, art. 1, N 1].
- OBERHAMMER P. (éd.), *Kurzkommentar ZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, Bâle (Helbing) 2010 [cité : KUKO ZPO-AUTEUR, art. 1, N 1].
- OFTINGER K., *Der Trödelvertrag - Prolegomena zu seiner Lehre*, Zurich (Polygraphischer Verlag) 1937.
- P** PATOCCHI P. M./GEISINGER E., *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne (Payot) 1995.
- PÉLISSIER J./SUPIOT A./JEAMMAUD A., *Droit du travail*, 24^e éd., Paris (Dalloz) 2008 [cité : PÉLISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, N 1].
- PERMANN R., *Kommentar zum Mietrecht*, 2^e édition, Zurich (Stämpfli) 2007 [cité : PERMANN, *Mietrecht*, art. 255 CO, N 1].
- PICHONNAZ P., *Le contrat de franchise : état de son évolution*, in PICHONNAZ P./WERRRO F. (eds.), *La pratique contractuelle 3 - Symposium en droit des contrats*, Zurich (Schulthess) 2012, p. 41.
- PICHONNAZ P./FOËX B. (éds.), *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle (Helbing) 2010 [cité : CR-CC-I-AUTEUR, art. 1 CO, N 1].

- PIOTET P., *Le contrat estimatoire, dit de soumission ou de consignation (Trödelvertrag)*, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht 382, Berne (Stämpfli) 1967.
- R** RAUSCHER T., *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar*, Vol. I et II, 2^e éd., Munich (Sellier) 2006 [cité : Rauscher-AUTEUR, [texte législatif commenté], art. 1, N 1].
- REISER H., *Gerichtsstandvereinbarungen nach dem IPRG-Gesetz: Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Zurich (Schulthess) 1989 [cité : REISER, p. 1].
- RESCIGNO P. (éd.), *Codice civile*, 7^e éd., Milan (Giuffrè) 2008 [cité : AUTEUR, Codice civile (RESCIGNO), art. 1, p. 1].
- ROELLI H./KELLER M., *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908*, Band I, 2^e éd., 1968 [cité : ROELLI/KELLER, I, p. 1].
- RONCORONI, *Nochmals zur zwingenden oder dispositiven Natur der Mietrechtsbestimmungen des Obligationenrechts*, in MP 2006, 67 (90).
- S** SANDROCK O./BERGER K. P. (éds.), *Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung: ein Leitfaden für des Abschluss von Verträgen im Internationalen Wirtschaftsverkehr*, 2^e éd., Francfort (Recht und Wirtschaft) 1980.
- SANTORO PASSARELLI G., *Il rapporto di lavoro subordinato in LIPARI N./RESCIGNO P., Diritto civile, Volume III, Obbligazioni, III I contratti*, Milan (Giuffrè) 2009 [cité : SANTORO PASSARELLI, Il rapporto di lavoro subordinato].
- SCHLECHTRIEM P./SCHWENZER I. (éds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^e éd., New York (Oxford University Press) 2010 [cité : AUTEUR, CISG Commentary (SCHLECHTRIEM/SCHWENZER), art. 1, N 1].
- SCHULZE R. (et al.), *Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar*, 6^e éd., Baden-Baden (Nomos) 2009 [cité : Hk-BGB/AUTEUR, § 1, N 1].
- SCHUMACHER R., *Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2004.
- SCHWENZER I., *Schweizerisches Obligationenrecht*, 5^e éd., Berne (Stämpfli) 2009 [cité : SCHWENZER, OR AT, N 1].
- SCHWENZER I./FOUNTOULAKIS C., *International Sales Law*, Abingdon/New York (Routledge Cavendish) 2007 [cité : SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, p. 1].

SOMMER M., Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004, in MRA 1/2005 p. 28 (33).

SITZIA A., Il contratto di lavoro a tempo determinato in CENDON P. (éd.), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, Volume V, Lavoro subordinato* (supervision de CESTER C.), Chapitre I, Turin (UTET) 2004 [cité : SITZIA, Il contratto di lavoro a tempo determinato, N 9, p. 44].

SPÜHLER K./DOLGE A./GEHRI M., *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9^e éd., Berne (Stämpfli) 2010 [cité : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Chap. 1, N 1].

SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (éds.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, coll. Basler Kommentar, Bâle (Helbing) 2010 [cité : AUTEUR, BaKomm. ZPO, art. 1, N 1].

STREIFF U./VON KAENEL A./RUDOLPH R., *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu art. 319-362 OR*, 7^e éd., Zurich (Schulthess) 2012 [cité : STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, art. 319, N 1].

STUDER B./HOFER E., *Das landwirtschaftliche Pachtrecht: ein Nachschlagewerk für Behörden, Juristen, Berater, Verpächter und Pächter*, Brugg: Verlag des Schweizerischen Bauernsekretariates 1987. Également disponible en version française : Le droit du bail à ferme agricole.

SUTTER-SOMM T./HASENBÖHLER F./LEUENBERGER C. (éds.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2010 [cité : AUTEUR, art. 1 CPC, N 1, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm.].

SVIT-KOMMENTAR, *Das schweizerische Mietrecht*, Zurich/Bâle/Genève (Schulthess) 2008 [cité : SVIT-K, art. 266 CO, N 1].

SYZ C., *Faktisches Vertragsverhältnis*, Zurich (Schulthess) 1991.

T TERCIER P./PICHONNAZ P., *Le droit des obligations*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2012 [cité : TERCIER/PICHONNAZ, Obligations, N 1].

TERCIER P./FAVRE P. (éds.), *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich (Schulthess) 2009 [cité : TERCIER/FAVRE, N 1].

THEVENOZ L./WERRO F. (éds.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich (Helbing) 2012 [cité : CR-CO-I-AUTEUR, art. 1 CO, N 1].

- U** UNIDROIT, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome (UNIDROIT) 2004 [cité : Art. 1.6(2) UNIDROIT Principles 2004].
- V** VENTURI-ZEN-RUFFINEN M.-N., *La résiliation pour justes motifs des contrats de durée*, Fribourg (Schulthess) 2007 [cité : VENTURI-ZEN-RUFFINEN, N 1].
- VETSCH J./VON DER CRONE H. C., *Die Kundschaftsentschädigung in Vertriebssystemen Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_61/2008 (BGE 134 III 497) vom 22. Mai 2008, in RSDA 2009 79*.
- VION A., *L'art. 320 al. 2 CO : une règle compatible avec les dispositions sur la conclusion des contrats*, in SJ 2013 II 29.
- VIRET B., *La liberté contractuelle et ses limites en droit suisse du contrat d'assurance*, Coll. *Assista*, 1998, p. 730 à 747.
- VOGENAUER S./KLEINHEISTERKAMP J. (éds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, New York (Oxford University Press) 2009 [cité : VOGENAUER/KLEINHEISTERKAMP/AUTEUR Art. 1 PICC, N 1].
- VON OVERBECK A. E., Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, in FORSTMOSER P./KELLER M., *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag: Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts-, und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht*, Zurich (Schulthess) 1989, p. 609-626 [cité : VON OVERBECK, p. 609].
- W** WERRO F., *Le droit des contrats – Jurisprudence fédérale choisie et annotée*, Berne (Stämpfli) 2012.
- WÜRSCH D./DALLAFIOR D., *Können Fakten Verträge begründen ?*, in RSJ/SJZ 85 (1989) 273.
- WYLER R./MARTIN F., *Droit du travail*, 2^e éd., Berne (Schulthess) 2008 [cité : WYLER/MARTIN, p. 1].
- Z** ZÜRCHER KOMMENTAR, en principe dans sa dernière édition [cité : ZK-AUTEUR, art. 396 CO, N 1].



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Derniers ouvrages parus

Collection générale

Durante, Daniel 2016
Le renouvellement des contrats de durée
Solutions légales et contractuelles

Dan, Adrian 2015
Le délit de commission par omission –
éléments de droit suisse et comparé

Kaveh, Mirfakhraei 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

*Rémy Wyler / Anne Meier /
Sylvain Marchand (éd.)* 2015
Regards croisés en droit du travail : Liber
Amicorum pour Gabriel Aubert

*François Bellanger /
Jacques de Werra (éd.)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève à la Société
Suisse des Juristes à l'occasion du
Congrès 2012

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2014
Facettes du droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manaï

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

Mettral Dubois Véronique 2015
L'œuvre politique de James Fazy (1794-
1878) et son apport à l'avènement des
droits fondamentaux à Genève
Sources doctrinales et contexte histo-
rique

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (Éd.)* 2013
Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte / Hottelier, Michel 2016
Propriété et liberté d'entreprendre
De la liberté de contracter à l'arbitrage
immobilier

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées
en vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx Bénédicte / Hottelier Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2015
Responsabilité civile - Responsabilité
pénale
(Journée de la responsabilité civile 2014)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2013
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2011
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

*Chappuis, Christine /
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2009
La responsabilité pour l'information four-
nie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédicte 2009
La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum

Droit international

Grégoire, Nicolas 2016
Evidentiary Privileges in International
Arbitration
A Comparative Analysis under English,
American, Swiss and French Law

- Cassius Jean Sossou Biadja* 2015
L'acte uniforme OHADA relatif à l'arbitrage à l'épreuve des standards transnationaux de la justice arbitrale
Approche comparée de droit international privé
- McGregor Eleanor* 2015
L'arbitrage en droit public suisse
Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement
- Reymond Michel* 2015
La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet
- Palaco Caballero de María Flor* 2015
La Cour internationale de justice et la protection de l'individu
- Romano Gian Paolo* 2014
Le dilemme du renvoi en droit international privé
La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse
- Granges Mathieu* 2014
Les intérêts moratoires en arbitrage international
- Grignon Julia* 2014
L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire
- Bulak Begüm* 2014
La liberté d'expression face à la présomption d'innocence
Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme
- Johannot-Gradis Christiane* 2013
Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?
- Chatton, Gregor T.* 2013
Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels
- Ludwiczka, Maria* 2013
La délégation internationale de la compétence pénale
- Petry, Roswitha* 2013
La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations
- Redalié, Lorenzo* 2013
La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire
- Tran, Laurent* 2013
Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes