

*Droit des obligations – prescription – ATC (Cour civile II) du 2 octobre 2023, X. SA c. Y. SA – TCV C1 21 161*

**Prestations contractuelles accessoires : devoirs accessoires de comportement ; devoir de garde et de protection**

- Notion de concours de responsabilités ; un concours de responsabilités est possible dans le cas où le comportement litigieux viole une obligation contractuelle et constitue simultanément un acte illicite ; le régime de l'art. 97 CO est souvent le plus avantageux, notamment sous l'angle de la prescription (consid. 2.2).
- Notion de responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO ; consid. 3.2).
- Notion de prestations contractuelles accessoires : devoirs accessoires de comportement ; devoir de garde et de protection (consid. 3.2.1).
- Le complètement du contrat – en relation avec le devoir de protection – suppose l'existence d'une lacune et le choix d'une méthode de comblement de la convention ; volonté hypothétique des parties (consid. 3.2.2).
- Les devoirs accessoires de protection sont des obligations contractuelles, avec un délai de prescription de 10 ans (consid. 3.2.3).
- En l'espèce, il convient de procéder au complètement du contrat, en se basant sur la volonté hypothétique des parties (consid. 3.3.1).
- Comme le délai de prescription de l'action en dommages et intérêts est de 10 ans, l'action n'est pas prescrite (art. 127 CO ; consid. 3.3.2).

**Vertragliche Nebenleistungen: Verhaltensnebenpflichten; Sorgfalts- und Schutzpflichten**

- Begriff der Haftungskonkurrenz; eine Haftungskonkurrenz ist möglich, wenn das strittige Verhalten eine vertragliche Verpflichtung verletzt und gleichzeitig eine unerlaubte Handlung darstellt; die Regelung von Art. 97 OR ist häufig die vorteilhafteste, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verjährung (E. 2.2).
- Begriff der vertraglichen Haftung (Art. 97 Abs. 1 OR; E. 3.2).
- Begriff der vertraglichen Nebenleistungen: Verhaltensnebenpflichten; Sorgfalts- und Schutzpflichten (E. 3.2.1).
- Die Vervollständigung des Vertrages – bezüglich der Schutzpflicht – setzt das Vorhandensein einer Lücke und die Wahl einer Methode zu deren Schliessung voraus; hypothetischer Vertragswille der Parteien (E. 3.2.2).
- Die einem Schutzzweck dienenden Nebenpflichten sind vertragliche Verpflichtungen mit einer Verjährungsfrist von 10 Jahren. (E. 3.2.3).
- Im vorliegenden Fall ist der Vertrag gestützt auf den hypothetischen Willen der Parteien zu ergänzen (E. 3.3.1).
- Da die Verjährungsfrist für eine Schadensersatzklage 10 Jahre beträgt, ist die Klage nicht verjährt (Art. 127 OR; E. 3.3.2).

## Faits (résumé)

**A.** Propriétaire de la parcelle n° xxxx, X. SA a conclu avec A. un contrat d'entreprise générale portant sur la transformation d'un centre commercial. Le 29 juin 2012, X. SA a constitué en faveur de Y. SA une servitude d'utilisation de la toiture des bâtiments construits sur la parcelle n° xxxx, afin d'y ériger une installation photovoltaïque. Y. SA s'est aussi engagée à verser à X. SA un droit d'utilisation correspondant au 5 % du montant brut des recettes générées par l'installation photovoltaïque. Y. SA a fait installer les panneaux solaires sur le toit par l'intermédiaire de B. SA. La pose des panneaux a débuté en juillet 2012 et la mise en service a eu lieu en septembre 2012. Le centre commercial a été ouvert en août 2012 ; des infiltrations d'eau ont alors été constatées. L'entreprise d'étanchéité a écrit à A. pour l'informer du fait que de nombreuses personnes s'activaient sur la toiture sans prendre de précautions particulières par rapport à l'étanchéité. En septembre 2013, B. SA a indiqué que le montage en auto-lesté de l'installation photovoltaïque n'avait pas eu d'impact direct sur l'étanchéité du toit et estimé que la centrale photovoltaïque avait été installée dans les règles de l'art. Pour X. SA, les panneaux solaires n'ont pas été posés en auto-lesté.

En septembre 2015, Y. SA a renoncé à faire valoir la prescription en rapport avec un éventuel dommage qu'elle aurait occasionné par la pose de l'installation photovoltaïque ; la renonciation était valable jusqu'au 31 décembre 2015 et ne constituait pas une reconnaissance de responsabilité. En novembre 2016, Y. SA a signé une renonciation similaire, valable jusqu'au 31 décembre 2017.

**B.** En novembre 2016, X. SA a déposé une requête de preuve à futur, afin de décrire les défauts affectant la toiture et d'en déterminer les causes. Le rapport d'expertise de juin 2018 reproche à l'entreprise de capteurs solaires son manque de soin lors de la mise en place des panneaux solaires. Dans son rapport complémentaire de février 2019, l'expert a estimé que la responsabilité de Y. SA dans les défauts de la toiture était engagée à hauteur de 20 %. En mars 2019, X. SA a adressé un courrier à Y. SA selon lequel sa responsabilité dans le dommage subi ne pouvait pas être écartée.

**C.** En juillet 2019, X. SA a requis la conciliation à l'encontre de A., A. SA et Y. SA. En décembre 2019, X. SA a ouvert action contre les trois

défendeurs. En juin 2021, le juge de district a admis l'exception de prescription soulevée par Y. SA et a rejeté la demande en paiement.

X. SA a formé appel.

### Considérants (extraits)

**2.1** Dans un premier grief, X. SA reproche au juge de première instance de n'avoir « pas consacré une ligne à la question du concours de responsabilités, respectivement à la responsabilité contractuelle de l'appelée », soulignant qu'en tant que lésée, en présence d'un concours de responsabilités, elle peut choisir le régime qui lui est le plus favorable.

**2.2** Il n'est pas rare qu'un acte contrevienne simultanément à une obligation contractuelle et à un devoir général. Dans ce cas, le droit suisse actuellement en vigueur reconnaît en principe au lésé un concours de responsabilités, soit la faculté de choisir entre les prétentions résultant d'un acte qui est à la fois illicite et contraire à une obligation. Le lésé bénéficie ainsi du régime qui lui est le plus favorable *in concreto*. En pratique, le régime de l'art. 97 CO est souvent le plus avantageux, notamment sous l'angle de la prescription (THÉVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n. 13 *ad* Intro art. 97-109 CO)

**2.3** Comme mentionné ci-dessus, un concours de responsabilités n'est possible que dans le cas où le comportement litigieux viole une obligation contractuelle et qu'il constitue simultanément un acte illicite. On ne saurait dès lors reprocher au juge de première instance de ne pas avoir abordé la question du concours de responsabilités, puisque, de son point de vue, une responsabilité contractuelle n'entraîne pas en ligne de compte pour les motifs qu'il a exposés au considérant 6.3 de son jugement. Dans ces circonstances, il n'avait pas à se pencher sur la question du concours de responsabilités. Autre est la question de savoir si c'est à raison que le juge de district a nié l'existence d'une responsabilité contractuelle.

**3.1** Dans un autre grief, l'appelante estime en effet que la responsabilité contractuelle de Y. SA est engagée en raison d'une

violation positive des conventions conclues le 29 juin 2012. X. SA considère que le devoir de l'appelée de ne pas endommager la toiture sur laquelle a été installée l'usine photovoltaïque se déduit des principes généraux, notamment des règles de la bonne foi.

**3.2** Aux termes de l'art. 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

La violation du contrat comprend non seulement l'inexécution d'une obligation, mais également la violation positive du contrat. La violation positive du contrat, qui est visée par les termes « ne peut l'obtenir qu'imparfaitement », concerne tous les cas de violation du contrat autres que l'inexécution et peut être, selon la doctrine, une exécution défectueuse de l'obligation principale, la violation de devoirs accessoires, la résiliation anticipée du contrat et la violation d'une obligation de s'abstenir (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n. 2625 ss ; WIEGAND, *Basler Kommentar*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n. 25 *ad* art. 97 CO ; CARRON/WESSNER, *Droit des obligations, Partie générale*, vol. I, 2022, n. 341).

**3.2.1** Il arrive fréquemment que, en plus de la prestation et de la contreprestation principales qui font l'objet du contrat, les parties soient tenues de fournir des prestations accessoires. Ces prestations peuvent être expressément prévues dans le contrat, être déduites de celui-ci par interprétation, ou encore être prévues par la loi. En particulier, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'à côté des prestations accessoires découlant directement de la prestation principale, les règles de la bonne foi impliquent pour les contractants des devoirs accessoires d'égards mutuels, afin de faciliter la réalisation des buts du contrat. On parle à ce sujet de « devoirs accessoires de comportement ». La relation créée entre les parties par le contrat impose en effet à celles-ci de se comporter selon les règles de la bonne foi et de manière loyale (WIEGAND, *op. cit.*, n. 34 *ad* art. 97 CO). Ces règles complètent les obligations (principales et accessoires) découlant du contrat. Elles requièrent que, d'une manière toute générale, les parties se comportent de façon que les finalités du contrat puissent être atteintes au mieux des intérêts de chacune des parties, et en particulier dans le respect de leurs droits absolus. Parmi ces devoirs accessoires

de comportement, il y a notamment le devoir de garde et de protection, qui tend à éviter que les droits de la personnalité (droit à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, etc.) et les droits réels de l'autre partie soient atteints à l'occasion de l'exécution du contrat (STEINAUER, *Traité de droit privé suisse*, 2009, Tome II.1, n. 564 ss ; TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, 6<sup>e</sup> éd., 2019, n. 292 et 1308 ; THÉVENOZ, *op. cit.*, n. 23 *ad* art. 97 CO). Chaque partie doit, en particulier, prendre les mesures de précaution nécessaires afin d'éviter de telles atteintes (WEBER/EMMENEGGER, *Berner Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., 2020, n. 132 ss *ad* art. 97 CO ; CHAPUIS, *Responsabilité et devoirs accessoires découlant d'un contrat*, 2005, p. 73).

**3.2.2** Il n'est pas rare que les devoirs de protection découlent d'un complètement de la convention par le juge. En effet, les cocontractants ne songent pas toujours aux éventuelles atteintes qui pourraient être portées à leurs droits absolus en cours d'exécution du contrat. Lorsqu'il n'a pas pu déterminer la volonté réelle et concordante des parties au moment de la conclusion du contrat, le juge examine si un complètement de la convention se justifie. Il recherche normativement ce que des parties loyales et raisonnables auraient convenu si la lacune du contrat avait été évitée. Le juge se fonde sur leur volonté hypothétique (CHAPUIS, *op. cit.*, p. 113).

Le complètement du contrat suppose ainsi l'existence d'une lacune et le choix d'une méthode de comblement de la convention. S'agissant de la lacune, force est de constater que les parties se contentent, en général, de régler les points essentiels de leur convention. Comme elles ne peuvent pas anticiper l'ensemble des événements qui pourraient se produire dans le futur, leur contrat n'est jamais complet, mais est toujours plus ou moins lacunaire au moment de sa conclusion. En revanche, il n'existe pas de lacune lorsque les cocontractants ont, volontairement, renoncé à une réglementation possible et se sont soumis à l'ordre légal (silence qualifié). Pour compléter la convention, lorsque le juge ne dispose pas d'éléments permettant de déduire la volonté réelle des parties, il peut soit créer une norme de droit *modo legislatoris* (art. 1 al. 2 CC), soit rechercher une solution individuelle adaptée aux circonstances particulières du cas d'espèce, selon la méthode casuistique de la volonté hypothétique des parties (CHAPUIS, *op. cit.*, p. 114 s. ; TERCIER/PICHONNAZ, *op. cit.*, n. 1030 ss ; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, *Zürcher Kommentar*, 4<sup>e</sup> éd., 2014, n. 614 *ad* art. 18 CO).

**3.2.3** La doctrine majoritaire considère les devoirs accessoires de protection comme des obligations contractuelles, de sorte que le délai de prescription est de 10 ans (CHAPUIS, *op. cit.*, p. 123 et les réf. figurant à la note de bas de page 704 ; GAUCH/SCHUEP/EMMENEGGER, *op. cit.*, n. 3289). Il convient en outre de préciser que la prétention en dommages-intérêts découlant de la violation positive du contrat naît et devient exigible au moment de la violation du devoir contractuel, et non pas seulement lorsque le lésé peut reconnaître et constater les conséquences de cette violation. En d'autres termes, elle commence à se prescrire avec la violation du contrat, indépendamment de la survenance du dommage (WEBER/EMMENEGGER, *op. cit.*, n. 483 *ad* art. 97 CO ; ATF 140 II 7 consid. 3.3 ; 137 III 16 consid. 2.3, 2.4.1 et 2.4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_558/2017 du 29 mai 2018 consid. 5.3.1).

**3.3.1** En l'espèce, par contrat du 29 juin 2012, Y. SA a obtenu le droit d'installer et d'exploiter une usine photovoltaïque sur la toiture du centre commercial, propriété de la demanderesse. Comme l'a pertinemment souligné le juge de première instance, ce qui est reproché à la défenderesse, ce n'est pas un défaut d'entretien de son installation photovoltaïque, mais un éventuel dommage occasionné au bâtiment sis sur la parcelle n° xxxx lors de l'installation des panneaux solaires en été 2012, soit une éventuelle atteinte au droit de propriété de la demanderesse.

Certes, le contrat conclu par les parties ne prévoit pas expressément l'interdiction pour Y. SA, titulaire de la servitude d'utilisation de la toiture du bâtiment sis sur la parcelle n° xxxx, de porter atteinte à l'intégrité du bâtiment. Toutefois, devant l'impossibilité des parties de lister la totalité des éventuelles atteintes susceptibles de lui être portées et compte tenu leurs obligations réciproques de se comporter de manière loyale et de faire preuve d'égards mutuels, conformément au principe de la bonne foi, il convient de procéder au complètement du contrat, en se basant sur la volonté hypothétique des parties. En effet, admettre le contraire serait faire fi du rapport particulier qui lie les parties et qui expose leurs droits absolus à un risque d'atteinte accru. Ainsi, la cour de céans considère que Y. SA devait veiller à ne pas porter atteinte au droit de propriété de son partenaire contractuel lors de la mise en place de son installation photovoltaïque et que cette obligation constituait une obligation accessoire. En effet, si X. SA a accepté de lui mettre à disposition la toiture de l'immeuble sis sur sa parcelle n° xxxx, elle

n'entendait pas l'autoriser à porter atteinte à l'intégrité du bâtiment, en particulier à son étanchéité.

**3.3.2** Dans ces circonstances, dès lors qu'il est possible que l'installation photovoltaïque installée par la partie défenderesse soit à l'origine du dommage causé à l'étanchéité de l'immeuble propriété de X. SA, on ne saurait à ce stade exclure une éventuelle violation positive du contrat par Y. SA. Dans cette hypothèse, la responsabilité contractuelle de la défenderesse pourrait être engagée. Conformément aux considérations émises au considérant 2.2, il était ainsi loisible à la demanderesse d'invoquer des prétentions contractuelles à l'encontre de la défenderesse. Comme le délai de prescription de l'action en dommages et intérêts introduite le 11 juillet 2019 par X. SA est de 10 ans selon l'art. 127 CO, la cour de céans constate que cette action n'est à ce jour pas prescrite, compte tenu de la date à laquelle la violation du contrat a eu lieu, soit en été 2012.

C'est ainsi de manière erronée que le juge de première instance a admis l'exception de prescription soulevée par la partie défenderesse. L'appel doit donc être admis, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs de l'appelante, et le jugement entrepris réformé en ce sens que l'exception de prescription soulevée par Y. SA est rejetée.