

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	68 (1949)
Artikel:	Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse
Autor:	Secrétan, Roger
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895874

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le Concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse¹

par Roger Secrétan

professeur à la Faculté de droit de l'Université
de Lausanne

Introduction

1. «Peu de questions sont aussi discutées et aussi obscures», ont écrit MM. Henri et Léon Mazeaud^{1 bis}. Voilà qui est encourageant! Aussi bien, notre intention n'est-elle pas de résoudre définitivement le problème, mais, plus modestement, de confronter le système adopté, sur ce point, par la France avec la conception suisse du concours, ou cumul. Puisse cet exposé d'idées assez différentes et éloignées les unes des autres amener les juristes des deux pays à penser plus profondément leur droit.

2. Esquissons tout d'abord le problème:

Une personne a souffert un dommage, du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution, bref de la violation d'un *contrat*. Ce donné suppose donc, d'une part une convention valable passée entre les personnes qui seront, l'un l'auteur du dommage et la seconde la victime, et, d'autre part, *un lien de causalité* entre cette convention et le préju-

¹ Texte remanié d'une leçon donnée, le 29 avril 1949, à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier. Nous avons pensé intéressant de conserver à cette étude la forme d'exposé fait à des juristes étrangers.

^{1 bis} Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 4^e éd., 1948, N° 174.

dice. Il n'y a pas de controverse possible lorsque, deux individus étant liés par un contrat, l'un de ceux-ci lèse l'autre par un acte sans rapport aucun avec ledit contrat; ainsi, Pierre a emprunté une certaine somme à Paul, mais il tarde à lui en payer les intérêts et, à l'échéance, à lui restituer le capital: inexécution du *contrat*. Mais, pour comble, le camion de l'emprunteur rénitent écrase le chien de son créancier: *acte illicite*. La perte du chien est sans rapport avec le non-accomplissement des obligations découlant du prêt. Paul dispose de deux actions, l'une contractuelle, l'autre délictuelle, mais ces deux actions demeurent distinctes. On ne saurait parler de concours.

Envisageons maintenant une *autre hypothèse*²: un moniteur de lignes téléphoniques donne à réparer à un sellier la sangle qui lui permet de s'attacher aux poteaux sur lesquels il doit grimper. Un *contrat* se forme aussitôt, qui serait, je pense, soumis, en France, aux articles 1787 ss. du Code civil, et que nous dénommons en Suisse: contrat d'entreprise (C. O. 363 – 379). Quelques jours plus tard, l'ouvrier reçoit de l'artisan son bien, prétendument remis en état. Il monte à un poteau de téléphone. Mais la sangle, mal réparée, se déchire et le malheureux est précipité au sol et gravement blessé. La responsabilité *contractuelle* du sellier est incontestablement engagée. Mais voici le problème: le lésé peut-il, s'il le préfère, s'il y a intérêt, invoquer plutôt les règles *délictuelles*? Jouit-il d'une *option*? voire d'un droit de *cumuler*, non certes les indemnités, mais *les moyens* de droit dérivant, d'une part de la mauvaise exécution du contrat et, d'autre part, du quasi-délit dont il a été la victime? Ou bien faut-il, au contraire, admettre que le devoir général de ne pas nuire au prochain a été, en quelque sorte, absorbé, recouvert par le contrat³ et que, du fait que le

² Tribunal fédéral, 25 mai 1938, Ulrich c. J. Grunder's Erben, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (R.O.) 64 II 254 = Journal des tribunaux (J.d.T.) 1939 I 42. — Tous les arrêts cités sont des arrêts du Tribunal fédéral.

³ Savatier, Traité de la responsabilité civile, 1939, I N° 133.

lésé jouit de la protection spéciale résultant dudit contrat, il est déchu du bénéfice de la protection générale extra-contractuelle ? La question est d'importance et de grande portée pratique, comme nous le verrons dans un instant.

3. L'étranger éprouve quelque peine à se former une opinion sur les tendances du droit français à l'égard de ce problème. Il lit, en effet, chez Savatier (N° 149) : «L'examen trop rapide de la jurisprudence pourrait faire conclure au *rejet*, par les tribunaux, *de tout cumul* des deux responsabilités. Cette conclusion serait, en réalité, singulièrement superficielle.» Mais voici, d'autre part, MM. Henri et Léon Mazeaud (N° 189) : «En parcourant hâtivement les recueils d'arrêts, on pourrait s'imaginer que l'immense majorité des tribunaux *permet l'option*...» En réalité, l'examen des arrêts rendus dans les procès où il y avait un intérêt pratique à accorder ou à refuser l'option au créancier «démontre que la jurisprudence, si elle est encore divisée, affirme aujourd'hui de plus en plus nettement *le principe du non-cumul*». Et MM. Mazeaud de faire état, en particulier, de l'arrêt du 6 avril 1927, par lequel la Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que «c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait, et que les articles 1382 et suiv. du Code civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat⁴». MM. Mazeaud, comme d'ailleurs aussi M. Esmein⁵ sont, en doctrine, des adversaires déclarés du cumul, tandis que M. Savatier professe une opinion plus nuancée. On sait, par contre, que le concours des responsabilités est largement admis en

⁴ S. 1927. 1. 201 et note H. Mazeaud. Cependant, quand le juge du fait fonde inexactement sur l'art. 1382 une responsabilité qui découle avec évidence de la violation d'obligations contractuelles, la Cour de cassation se borne à modifier la qualification juridique (sic, Cass. Civ., 9 janv. 1940, D. P. 1940. 1. 49).

⁵ P. Esmein, Trois problèmes de responsabilité civile (Revue trimestrielle de droit civil, 1934, p. 317).

Belgique et — legs du droit romain et du droit commun — en Allemagne et en Suisse^{5bis}.

Option ou cumul?

4. Mais, d'emblée, une remarque doit être faite: Quand l'institution est admise, s'agit-il d'un *cumul* ou d'une *option*? le créancier peut-il fonder sa demande sur les principes et les textes *à la fois* de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle? ou a-t-il simplement *un choix* entre les deux actions, une seule étant ouverte, à l'exclusion de tout mélange de moyens?

En France, dans la mesure, semble-t-il limitée, où la jurisprudence reconnaît l'institution que nous étudions, il s'agit toujours d'*un choix*. Bien entendu, pas de cumul des indemnités. Mais pas non plus de cumul des moyens. Le créancier jouit tout au plus d'une faculté de choisir entre l'action contractuelle et l'action délictuelle. La doctrine française rejette sans hésiter l'idée d'une prétention qui pourrait être fondée à la fois sur les principes contractuels et sur les principes délictuels. M. Brun⁶ voit même dans un cumul de cette nature «un véritable facteur d'anarchie juridique». L'action suivra donc, en France, les règles délictuelles *ou* les règles contractuelles; elle ne saurait obéir à la fois aux unes et aux autres.

Le droit suisse, pour sa part, et à l'inverse, ne voit pas d'objections à ce qu'un état de faits déterminé constitue *à la fois* la violation du contrat et un délit (civil). Il ne conçoit pas que l'on prive la victime d'une partie de ses moyens de droit en l'obligeant à choisir. Sans doute, dans beaucoup d'espèces, les deux réclamations ne sont-elles présentées concurremment que pour le cas où l'une d'elles devrait être rejetée; peut-être, alors, le juge admettra-t-il

^{5bis} Pour la doctrine, voir les références citées par Oftinger, Schweiz. Haftpflichtrecht, I, 361. Plus récemment, Jost, Zur Frage der Anspruchskonkurrenz, S. J. Z. 1948, p. 317.

⁶ Rapports et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle (thèse Lyon, 1931).

l'autre. Mais, dans nombre d'arrêts, le Tribunal fédéral suisse a déclaré la demande bien fondée quel que soit le terrain sur lequel on se place, l'acte de l'auteur constituant à la fois une violation du contrat et un acte illicite. Très souvent, d'ailleurs, les deux actions conduisent au même résultat. On peut, cependant, signaler des cas dans lesquels le demandeur n'a obtenu le plein octroi de dommages-intérêts que grâce au cumul des deux genres de responsabilités⁷.

Le droit français rejette donc le «cumul». Et, néanmoins, chose étrange, c'est sous ce vocable que le problème est généralement connu en France^{7bis}. Ce qui, parfois, est admis, c'est seulement l'«option». Tandis qu'en Suisse, on accueille largement le cumul (tout en usant de préférence du terme : «concours»).

Intérêt de l'option ou du cumul

5. Comme nous l'avons dit, la question présente, non seulement un vif intérêt *dogmatique*, mais aussi une grande importance *pratique*. Il s'agit de savoir si le créancier qui subit un dommage du fait de l'inexécution d'un accord devra s'en tenir à la *responsabilité contractuelle*, ou s'il pourra mettre en jeu, *alternativement*, voire suivant le cas *cumulativement*, la responsabilité *aquilienne* du défendeur. Cette portée si grande vient de ce que les deux responsabilités ont des *conditions d'existence* et des *effets* différents.

L'intérêt du demandeur à disposer, à sa volonté, de l'une ou de l'autre action, se manifestera, en *droit français*, notamment au point de vue du droit applicable et de la compétence judiciaire, de la prescription et des déchéances, de la solidarité, de l'étendue de la réparation et des voies d'exécution, enfin quant à l'effet des textes ou des clauses excluant ou limitant la responsabilité ou l'ampleur des dommages-intérêts.

⁷ 25 mai 1938, voir note 2: renversement (contractuel) du fardeau de la preuve, quant à l'élément faute, à l'égard d'un des défendeurs, et, d'autre part, condamnation solidaire des responsables, en leur qualité d'auteurs d'un acte illicite.

^{7bis} M. Esmein, toutefois, préconise l'emploi du mot : «concours».

Ainsi, d'après les principes du droit international privé, l'action née du délit sera soumise, normalement, à la *loi du lieu* où l'acte a été commis ou le dommage éprouvé, tandis que la réclamation basée sur la violation d'une convention dépendra, en général, du droit auquel les parties se sont expressément ou implicitement référées, et, le plus souvent, de la loi du lieu de l'exécution. — En France, s'agissant de la *compétence judiciaire*, le demandeur pourra saisir le juge du lieu du délit (qui sera souvent celui de son domicile); ce droit ne lui appartiendra pas en matière contractuelle. — Il se peut, d'autre part, que l'action *ex contractu* soit *prescrite*; le créancier aura alors intérêt à prouver que l'action aquilienne, soumise à une prescription plus longue, lui appartient encore. — Entre co-auteurs d'un délit, la *solidarité* est la règle, tandis qu'elle ne se présume pas en matière contractuelle. Suivant le terrain où il pourra se placer, le créancier échappera donc au risque d'insolvabilité d'un des débiteurs, ou il courra au contraire ce risque. Il serait facile de multiplier ces exemples.

Le même intérêt se retrouve *en Suisse*, de savoir si, à côté des normes contractuelles, la victime pourra invoquer une responsabilité délictuelle.

En effet, la présomption de *solidarité* se retrouve, ici comme en France, pour les seuls actes illicites (C. O. art. 50, cf. 143). — La *prescription* est également différente, plus courte, cependant, en matière délictuelle que s'agissant de contrats (C. O., art. 60, cf. 127). — Enfin, les règles de solution des *conflits de lois et de juridictions* dépendront de la nature de la demande. — Mais ce n'est pas tout: Le fait de l'inexécution du contrat entraîne la présomption que cette inexécution est *fautive* (C. O. 97), tandis que c'est à la victime de l'acte illicite qu'il appartient de prouver la faute de l'auteur (41, 42), à moins que le lésé ne bénéficie du renversement, exceptionnel, du fardeau de cette preuve (55, 56, 58). — D'autre part, si le préjudice est le fait, non point du défendeur lui-même, mais d'*auxiliaires* dont il doit répondre, les conditions de la responsabilité et les

preuves libératoires recevables ne seront point identiques en matière contractuelle et en matière délictuelle (101, cf. 55); le demandeur aura donc intérêt à donner à son action une double base. — Si la mort de celui qui était *soutien* de famille n'est imputable qu'à l'inexécution d'obligations contractuelles, les proches, n'étant pas parties au contrat, n'auront aucun droit à indemnité contre le responsable. Un tel droit sera, par contre, reconnu aux personnes privées de leur soutien si la mauvaise exécution du contrat (l'erreur coupable de traitement du médecin, l'omission de mesures de sécurité de la part de l'employeur) constitue, en sus, un acte illicite (45, al. 3). — Enfin, comme il ne peut y avoir d'*instigateurs* ou de *complices* que s'il y a délit, l'intérêt sera grand de savoir, dans nombre d'hypothèses, si la violation de tel contrat constitue ou ne constitue pas en même temps un acte illicite: ce n'est que dans le premier cas, en effet, que les complices seront passibles de dommages-intérêts, solidairement avec le débiteur contractuel, parce qu'ils auront «causé ensemble» le préjudice (50).

On le voit donc, il est important, en Suisse comme en France, de déterminer si un certain état de fait met en jeu les deux responsabilités, alternativement ou cumulativement, ou si, au contraire, l'action contractuelle absorbe l'action délictuelle, laquelle ne sera, par conséquent, point ouverte à la victime dès que l'affaire relève du domaine des conventions. Cet intérêt provient du manque d'unité de la législation. Bien que les deux ordres de responsabilités ne présentent pas d'écart fondamental, ils comportent des différences sur certains points, en général accessoires. Ces différences suffisent à rendre avantageux pour la victime d'invoquer, dans tel cas les principes contractuels et, dans tel autre cas, les règles délictuelles.

Position du droit français

6. Comme nous l'avons dit, il est difficile de dégager avec sûreté la position du droit français. La plupart des auteurs admettent, il est vrai, le cumul en cas de faute

caractérisée (faute grave, faute dolosive, peut-être encore faute non-intentionnelle lourde). Mais, hormis cette éventualité, la doctrine française semble généralement opposée à l'institution, et la jurisprudence est incertaine. Plusieurs auteurs (Esmein, Mazeaud) voient dans le problème le conflit de deux grands principes: celui de *l'autonomie de la volonté*, qui doit permettre aux parties d'expulser conventionnellement les règles délictuelles, d'exclure leur application aux faits rentrant dans l'inexécution du contrat (exclusion du cumul); — et, d'autre part, *la primauté de la responsabilité aquilienne*, d'où découlerait cet autre principe que, les règles délictuelles étant d'ordre public, elles ne sauraient être écartées conventionnellement; on aboutit alors à l'admission du cumul. MM. Henri et Léon Mazeaud défendent brillamment un système que l'on peut, à gros traits, résumer comme il suit: Les parties, en vertu de leur autonomie, peuvent exclure de leur contrat les règles de la responsabilité délictuelle. Reste à savoir quand elles l'ont fait. C'est là une question d'*interprétation* de leur volonté. Qu'en est-il, en particulier, du silence que les parties gardent généralement? Il doit être compris, selon nos auteurs, comme excluant les règles délictuelles. En effet, nul ne saurait invoquer ces normes pour échapper aux dispositions *impératives* du droit des contrats, devenu applicable. Quant aux textes du droit des contrats qui ont un caractère *supplétif*, il faut admettre que, par leur silence, les parties s'y sont référencées et qu'elles ont donc manifesté la volonté de ne point faire appel aux principes, différents, de la responsabilité aquilienne. «A quoi servirait-il au législateur de décider (art. 1150) que, sauf clause contraire, le débiteur (contractuel) ne répondra que des dommages prévisibles, si, en invoquant l'art. 1382, le créancier pouvait obtenir réparation, même des dommages imprévisibles?»⁸ Il en résulte donc, en définitive, que les parties au contrat ne peuvent pas invoquer les règles délictuelles, à moins —

⁸ Mazeaud, op. cit., N° 198-200.

éventualité très rare — qu'elles n'aient voulu expressément le contraire.

Le droit suisse

7. Passons de l'autre côté de la frontière, et comparons.

Première observation: *la jurisprudence* suisse s'est formée il y a environ soixante ans. Elle s'est, dès lors, complétée, mais n'a guère subi de variations. Elle est, à tout prendre, d'une *grande fermeté*.

Deuxième remarque: *la doctrine* est très généralement à l'unisson de *la jurisprudence*. Un seul auteur — considérable à vrai dire — formule des réserves.

Troisièmement, sur le fond du problème, jurisprudence et doctrine suisses admettent pleinement, à l'encontre du droit français, *l'option*, voire même *le cumul* lorsque l'inexécution du contrat constitue en même temps «*la violation d'un principe général de l'ordre légal*». Cette notion ne recouvre qu'une partie du domaine des délits. Le Tribunal fédéral donne de l'acte illicite justifiant le cumul des responsabilités une définition assez étroite. Ce qui lui permet, dans ces limites restreintes, d'admettre alors presque sans réserve le concours des deux ordres de responsabilités.

8. C'est dans l'arrêt du 25 mai 1938 (R.O. 64 II 254 = J.d.T. 1939 I 42) que le Tribunal fédéral s'est expliqué avec quelques détails sur les conditions d'admission du cumul:

«Les cas où un état de fait constitue simultanément l'inexécution d'un contrat et un acte illicite sont relativement rares. Il faut pour cela qu'on se trouve en présence de la violation, non seulement d'un engagement contractuel, mais aussi d'un principe général de l'ordre légal... Ce n'est qu'alors que l'acte est illicite au sens des articles 41 et suivants du C.O. On peut donc se demander si le fait que la défenderesse a réparé d'une façon défectueuse la sangle du demandeur a porté atteinte à un principe général de l'ordre légal.

»La réparation défectueuse de cette sangle a mis en jeu la vie de celui qui devait s'en servir. Mais la loi ne défend pas tout acte qui met en danger les biens juridiques d'autrui. L'ordre légal admet d'innombrables activités et situations qui peuvent mettre des tiers en danger. Qu'on pense, par exemple, à la conduite d'une automobile, à la construction d'une maison, à la détention d'un chien, etc. Dans ces cas, les membres de la communauté juridique doivent

compter avec ces activités dangereuses, autant qu'elles sont inévitables; dans cette mesure, elles ne sont pas illicites; celui qui crée un état dangereux a simplement le devoir d'en limiter les effets dans la mesure du possible; il existe pour cela des prescriptions particulières dans certains domaines, par exemple en matière de circulation automobile.

»En revanche, il en est autrement lorsque le danger n'est pas la conséquence nécessaire d'un acte admis par l'ordre légal. Il n'y a alors pas de motif pour justifier ce danger envers la communauté. C'est dès lors une exigence de l'ordre légal qu'on ne doit pas mettre en danger sans nécessité la vie et les biens d'autrui. Celui qui crée de tels dangers agit d'une façon illicite... Ce principe est aussi, applicable à la fabrication ou la réparation défectueuse d'objets usuels lorsque les défauts peuvent compromettre la santé ou la vie des personnes qui utilisent ces objets conformément à leur destination. La création de tels dangers n'est pas justifiée par une nécessité quelconque de la vie journalière; l'exécution rationnelle de l'ouvrage exige au contraire qu'on évite les défauts qui, à l'usage, pourraient causer un dommage. Par une exécution ou réparation défectueuse, l'entrepreneur ne viole pas seulement ses engagements résultant du contrat d'entreprise: il viole aussi un principe général de cet ordre légal qui protège les biens vitaux mis en danger.»

(Traduction)

La doctrine a, de son côté, précisé les conditions d'existence du concours des responsabilités⁹.

Il faut, d'une part, qu'il y ait *illicéité*, soit violation d'un devoir général imposé par l'ordre juridique. Par conséquent, la question du cumul ne se posera même pas si l'on a à faire exclusivement au non-accomplissement d'une obligation conventionnelle. Ainsi, le fait de *ne pas payer ses dettes*, celui de *ne pas restituer l'objet déposé*, n'engagent que la responsabilité contractuelle; ils ne constituent pas en même temps des délits. En revanche, si, par la violation du contrat, le défendeur a causé *la mort* de celui envers lequel il s'était engagé ou s'il lui a infligé des *lésions corporelles*, il sera coupable d'un acte illicite en plus de l'acte anticontractuel. Les *dommages* frappant la chose d'autrui constituent souvent des cas-limite, à l'égard desquels il est malaisé de prendre parti. L'usure anormale de la chose louée

⁹ Oftinger, Schweiz. Haftpflichtrecht, I, p. 362-364.

n'engagera que la responsabilité contractuelle du preneur; tandis qu'il pourra y avoir, en outre, responsabilité délictuelle si le locataire a, intentionnellement ou par négligence, détruit ou détérioré l'objet.

D'autre part, la doctrine rappelle que, pour que se pose la question du cumul, il faut naturellement que *le dommage subi soit en rapport avec les obligations contractuelles*. Elle estime, par exemple, qu'on ne saurait considérer comme une violation du contrat de transport le fait que le chauffeur de taxi vous a volé ou injurié. Il n'y a là, pour la doctrine suisse, qu'un acte illicite extracontractuel.

9. Parcourons à grands pas *la jurisprudence suisse*.

Les contrats les plus divers ont été jugés de nature, par leur violation, à occasionner des délits: la vente, le contrat de travail, le contrat d'entreprise, le mandat, le contrat d'auberge ou celui de spectacle, enfin le contrat de société. D'autre part, l'existence d'un délit a été admise dans diverses éventualités où l'inexécution du contrat avait causé *la mort* du partenaire ou avait fait subir à celui-ci des *lésions corporelles*. La plupart des arrêts admettant le concours d'actions se rapportent à des atteintes à la vie ou à la santé de la partie adverse. Mais il est encore d'autres cas où le délit a été admis à côté de l'inexécution du contrat; ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'il y a avait eu délit lors de certains *dommages causés aux choses* ou d'infraction à la règle générale de loyauté en affaires qui interdit de mettre dans le commerce des ouvrages d'or portant une fausse indication de titre.

a) La jurisprudence sur le concours d'actions a été alimentée notamment par des procès en *responsabilité de médecins* et par des prétentions déduites d'*accidents du travail*. En droit suisse, si la responsabilité du médecin a d'abord été fondée sur le contrat de travail et, ensuite, sur le contrat de mandat, elle a cependant toujours été tenue pour *contractuelle*. Car il s'agit, en cas de faute, d'une violation de l'accord de volontés intervenu et selon lequel, contre

promesse d'honoraires, le docteur s'était engagé vis-à-vis de son client à lui donner des soins diligents, conformes aux règles de l'art. Mais si, par faute, le médecin manque à ce devoir et si, comme conséquence, le malade vient à décéder, les proches auxquels cette mort a enlevé leur soutien seraient privés de tout recours contre le responsable, si l'on devait s'en tenir à la pure théorie contractuelle. Car la convention ne confère de droits qu'aux parties, et la famille du malade n'a pas été, en général, partie au contrat passé avec le médecin. C'est pour remédier à cette injustice que, depuis 1892, le Tribunal fédéral déclare: le médecin qui, par sa négligence, porte atteinte à la vie, à la santé ou à l'intégrité corporelle du malade, ne fait pas que laisser inexécutées ses obligations contractuelles: il viole également le postulat général de l'ordre juridique qui protège la vie et la santé du citoyen contre toutes atteintes portées intentionnellement ou par négligence ou imprudence. De telles atteintes sont interdites à chacun, même au médecin¹⁰. Privés de leur soutien par un acte illicite, les parents du mort ont, dès lors, qualité, en vertu de l'art. 45, al. 3 C.O., pour réclamer au médecin une indemnité équitable. Cette jurisprudence a été, dans la suite, étendue aux simples lésions corporelles causées fautivement par un traitement médical.

b) Une autre source importante de cumul des responsabilités est constituée par les accidents ayant frappé des employés ou ouvriers, à la suite de l'omission par le patron des «mesures de sécurité propres à écarter les risques de l'exploitation». Ces mesures sont imposées à l'employeur par l'article 339 C.O., au chapitre du contrat de travail. Les considérations émises à propos de la responsabilité du médecin valent également ici; le souci de la réparation due

¹⁰ 8 décembre 1892, M c. B, R.O. 18, p. 858 = J.d.T. 1893, p. 128, et 10 juin 1892, Dormann c. Hochstrasser, R.O. 18, p. 336 = J.d.T. 1892, p. 465. — Voir, dans la suite, en particulier: 29 février 1908, Koch c. Weber, R.O. 34 II 32 = J.d.T. 1908 I 354; — 14 juin 1938, Schwarzenbach c. N, R.O. 64 II 200 = J.d.T. 1938 I 567.

aux proches du défunt a joué dans ce domaine un rôle identique¹¹. Le Tribunal fédéral a donc admis que l'inobservation de l'art. 339 par le maître constitue en même temps une violation d'un principe général de l'ordre juridique, celui qui interdit de porter atteinte sans nécessité à l'intégrité corporelle d'autrui.

c) Bien d'autres cas de concours d'actions peuvent être relevés dans la jurisprudence suisse:

— Concours de l'action contractuelle dérivant d'une réparation mal faite (*contrat d'entreprise*) avec l'action délictuelle pour *lésions corporelles causées* par l'objet¹²;

— Concours de l'action délictuelle née des *blessures* subies, avec l'action du locataire contre le bailleur obligé contractuellement de *maintenir la chose louée en bon état*¹³;

— Concours de l'action que le *contrat dit d'auberge* donne au client, si un *jeu dangereux* toléré par l'hôtelier cause une blessure à ce client — avec l'action en réparation du *délit* imputé aux coupables, mais auquel le patron est considéré comme ayant participé par son attitude passive¹⁴;

— Concours de l'action contractuelle dirigée contre l'*entrepreneur de spectacle* (il s'agissait d'un feu d'artifice) du fait de l'omission de *mesures de précautions*, avec l'*action délictuelle* ouverte par l'accident¹⁵;

— Enfin, deux cas de *dommages pécuniaires* et non plus corporels: Il s'agit, dans l'une des affaires, de la vente d'une montre portant une *fausse indication du titre de l'or*. Le juge

¹¹ 24 février 1900, Knecht c. Eigenmann, R.O. 26 II 103 = J.d.T. 1901 I 87; — 2 juillet 1909, Marsteller c. Cardinaux, R.O. 35 II 421; — 4 février 1931, Maire c. Pittard, R.O. 57 II 61; — 21 mai 1946, Eugster c. Holzverzuckerungs AG., R.O. 72 II 311 = J.d.T. 1947 I 139.

¹² Arrêt cité à la note 2.

¹³ 16 octobre 1934, Décosterd c. Breisch-David, R.O. 60 II 341 = J.d.T. 1935 I 238.

¹⁴ 22 mai 1945, Schneider et Rey c. Hayoz, R.O. 71 II 107 = J.d.T. 1945 I 446.

¹⁵ 24 octobre 1944. — Kursaal de Berne c. Kappeler, R.O. 70 II 215 = J.d.T. 1945 I 41.

a admis le cumul de l'action contractuelle née de la *garantie des défauts* de la chose vendue avec une action en réparation d'un *délit*, ce délit consistant dans l'infraction à la règle générale de loyauté en affaires qui interdit de mettre dans le commerce des métaux précieux portant un titre inexact¹⁶. L'autre cas consiste dans le cumul, contre la même personne, de l'action contractuelle en *responsabilité des administrateurs* de société anonyme avec l'action délictuelle donnée à celui qui a été trompé par un *faux bilan*¹⁷.

d) Il faut noter que le Tribunal fédéral a admis le concours de l'action contractuelle, conditionnée par l'existence d'une faute du débiteur, avec une action en responsabilité du chef des choses que l'on a sous sa garde, savoir la responsabilité aggravée du détenteur d'un *animal* (art. 56 C.O.)¹⁸ et la responsabilité du propriétaire d'un *bâtiment* ou autre ouvrage mal construit ou mal entretenu (art. 58 C.O.)¹⁹. Nous reviendrons en terminant sur ce problème particulier.

Notion étroite de l'acte illicite

10. On voit donc combien large est, en Suisse, le champ d'application du cumul. Mais il faut revenir ici sur une observation jetée plus haut en passant (*supra*, N° 7).

A l'inverse des juridictions françaises, le Tribunal fédéral admet libéralement l'option entre les deux responsabilités, et même le cumul des actions. Mais, d'autre part, *il donne de l'acte illicite une définition restrictive*. Seule constitue un acte illicite «la violation fautive d'un principe général de l'ordre légal», et nous avons vu par la lecture d'un fragment d'arrêt que l'autorité judiciaire suisse circonscrit étroitement cette notion (*supra*, N° 8). En particulier, *l'inexécution*

¹⁶ 21 mai 1941, Worms c. Fabrique Juvenia, R.O. 67 II 132.

¹⁷ 25 septembre 1935, Weill c. E. et S., R.O. 61 II 228 = J.d.T. 1936 I 84.

¹⁸ 24 février 1900, Knecht c. Eigenmann, R.O. 26 II 103 = J.d.T. 1901 I 87.

¹⁹ 2 juillet 1909, Marsteller c. Cardinaux, R.O. 35 II 421; — 16 octobre 1934, Décosterd c. Breisch-David, R.O. 60 II 341 = J.d.T. 1935 I 238.

d'une convention ne constitue pas, en soi, un acte illicite; elle engage la responsabilité contractuelle du débiteur, et, en principe, cette responsabilité seulement. Ainsi, il a été jugé que le fait pour le mandataire de *négliger certaines instructions de son commettant* se ramène au non-accomplissement d'une obligation contractuelle et ne constitue pas, au sens propre, un acte illicite²⁰. De même, la résolution d'une société de *ne pas continuer à payer sa dette* engage la responsabilité contractuelle de l'association, mais non sa responsabilité délictuelle, ni celle de ses membres²¹.

Cette jurisprudence a naturellement pour effet de diminuer les cas de concours et d'exclure, en principe, celui-ci dans les relations d'affaires. Le Tribunal fédéral a, dès lors, pu, en revanche, admettre largement le cumul lorsqu'il se trouve en présence d'une infraction aux devoirs contractuels constitutive, simultanément, d'un acte illicite au sens propre (décès causé par un traitement négligent du médecin, mort de l'employé par suite de l'omission de mesures de sécurité, etc.).

11. Mais, par un choc en retour, l'adoption d'une notion étroite de l'acte illicite a rendu délicate la solution du *problème de l'instigateur et du complice*.

En effet, le rapport de droit conventionnel n'oblige que le débiteur; il ne saurait lier les tiers. Comme, d'autre part, l'inexécution du contrat ne constitue pas un acte illicite (voir N° 10), on ne saurait, logiquement, concevoir qu'un tiers participe à la violation des engagements du débiteur; car il ne peut y avoir instigation ou complicité s'il n'y a pas eu délit²². Le fait de pousser le débiteur à violer le contrat ou de lui prêter assistance dans ce but (par exemple le fait de prendre sciemment à son service un employé qui, ainsi, viole une clause d'interdiction de concurrence, le fait pour

²⁰ 27 janvier 1948, Widmer c. Fischer, R.O. 74 II 23 = J.d.T. 1948 I 354; — 27 avril 1937, Heller c. Walther, R.O. 63 II 86 = J.d.T. 1937 I 554.

²¹ 27 avril 1937, voir note précédente.

²² Arrêt du 27 avril 1937, voir note 20.

un détaillant non syndiqué d'obtenir d'un fabriquant qu'au mépris de ses engagements, il lui livre des marchandises), ne constitue donc pas, en soi, un acte illicite. Juger autrement serait conférer une portée absolue au droit simplement relatif qui découle du contrat²³. Il est vrai que ce qui est, en principe, licite peut devenir illicite parce que contraire, dans les circonstances particulières du cas, aux règles de *la bonne foi*. On aura alors à faire au dommage causé intentionnellement à autrui par des faits contraires, non au droit, mais aux *mœurs*, dommage dont l'art. 41, al. 2 C.O. impose la réparation²⁴. Il n'en reste pas moins que les conditions d'application de ce dernier texte ne seront pas toujours remplies, puisqu'il exige l'intention du tiers de causer un dommage au créancier contractuel²⁵. C'est pourquoi l'on estime généralement, avec le Tribunal fédéral²⁶, que le moyen le plus sûr d'atteindre celui qui a coopéré, comme instigateur ou comme complice, à la violation des engagements pris, consisterait à admettre le concours de l'acte illicite et de la faute contractuelle. On voit donc l'intérêt que peut présenter, à cet égard encore, le problème du concours ou du cumul.

Exclusion du concours

12. La loi peut cependant exclure le cumul dans certaines hypothèses. Il faut examiner chaque fois si le législateur n'a pas entendu régler la responsabilité exclusivement

²³ 19 octobre 1927, Blank-Mollet c. Thomas, R.O. 53 II 321. 8 nov. 1926, Schweiger et Horn c. Araks-Tchamkerten & Cie, R.O. 52 II 370 = J. d. T. 1927 I 258; — 19 janv. 1937, Escher, R.O. 63 II 18 = J. d. T. 1937 I 338.

²⁴ Ibidem et von Tuhr, Partie générale du Code des obligations, § 68 V.

²⁵ Cf. Oser-Schönenberger, Commentaire du C.O., introduction aux art. 41 et ss., rem. 20.

²⁶ 15 octobre 1924, Commune de Kloten c. Altorfer, R.O. 50 II 375, et Oftinger, op. cit., I, p. 367. Voir aussi, Ch. Ph. Mercier, Faut-il admettre l'existence du *Jus ad rem* en droit civil suisse? (thèse Lausanne 1929) et la loi féd. du 30 sept. 1943 sur la concurrence déloyale.

d'après le droit contractuel. Ce n'est qu'à défaut d'une telle intention que le cumul sera possible²⁷. Ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas admis de responsabilité délictuelle dans le cas de la perte d'objets de valeur que le règlement des chemins de fer n'accepte pas comme bagages et de la disparition desquels la Compagnie n'était, dès lors, pas responsable²⁸. De même, il a considéré qu'en cas de vente d'une chose défectueuse, l'absence de vérification (201), non seulement entraîne l'acceptation tacite de la marchandise, mais exclut tout concours de responsabilités et ne laisse pas place à une action délictuelle²⁹.

Concours avec une responsabilité délictuelle aggravée

13. Examinons maintenant les solutions du droit suisse applicables dans l'hypothèse d'une *responsabilité délictuelle aggravée*. Ainsi, aux termes de l'art. 56 C.O., «En cas de dommage causé par un *animal*, la personne qui le détient est responsable, si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire» (cf. art. 1385 C.C. français). D'autre part, l'art. 58 dispose que «Le propriétaire d'un *bâtiment* ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien» (cf. 1386 C.C. français). Le premier de ces textes consacre donc, quant à la faute, un renversement du fardeau de la preuve; le second article établit une responsabilité indépendante de toute faute.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire que, même dans ce cas, le concours est possible, de la responsabilité délictuelle aggravée et de la responsabilité contractuelle. La première n'est pas éliminée par la circonstance qu'il existe un contrat; sinon, les textes établissant la

²⁷ 21 mai 1941, Worms c. Fabrique Juvenia, R.O. 67 II 132.

²⁸ 20 janvier 1911, de Meuron c. chemin de fer Berne-Neuchâtel, R.O. 37 II 1.

²⁹ 21 mai 1941, voir note 27. Cet arrêt n'est pas conciliable avec la décision citée sous note 2.

responsabilité renforcée manqueraient leur but³⁰. Par conséquent, en dépit de l'existence d'un contrat de louage de services ou d'un bail, *le propriétaire* n'encourt pas moins la responsabilité (délictuelle) spéciale de l'article 58 si *l'ascenseur* défectueux a causé un accident et entraîné la mort de l'employé, si *l'absence d'éclairage* des escaliers a provoqué une chute du locataire ou si la rupture d'une *conduite d'eau* a amené une inondation³¹. La responsabilité légale du propriétaire d'un bâtiment défectueux constitue «une prescription d'une portée générale, dont les effets ne sauraient être exclus ou amoindris par l'existence de rapports contractuels entre parties; il est même vraisemblable — ajoute le Tribunal fédéral — que son application la plus fréquente aura précisément lieu en pareil cas». On peut en dire autant de la responsabilité du détenteur d'*animaux*³².

Observons toutefois que, le choix du terrain d'attaque appartenant au lésé, ce choix aboutira à la mise en jeu de celle des responsabilités qui offre au créancier le plus d'avantages, et à l'absorption de la responsabilité la plus douce dans la responsabilité la plus rigoureuse.

Becker (loc. cit.) concède cependant que les parties peuvent, par une clause expresse, écarter d'avance la responsabilité du fait des choses ou des animaux que l'on a sous sa garde. Il admet même, dans certaines hypothèses, une renonciation tacite des parties à invoquer cette responsabilité, par exemple en cas de cession gratuite de l'usage d'un animal.

Concours avec une responsabilité contractuelle atténuée

14. Enfin, nous nous demanderons ce qu'il en est dans le *cas, inverse, où la responsabilité contractuelle est adoucie*. Qui

³⁰ Becker, Commentaire du C.O., 2^e éd., introduction aux art. 41 et ss., rem. 1 et 7; — Oser-Schönenberger, op. cit., rem. 19; — von Tuhr, op. cit., § 68 V.

³¹ 2 juillet 1909, Marsteller c. Cardinaux, R.O. 35 II 421; — 16 octobre 1934, Décosterd c. Breisch-David, R.O. 60 II 341 = J.d.T. 1935 I 238; — 28 octobre 1889, Morel c. Hilfiker, R.O. 15, p. 631.

³² 24 février 1900, Knecht c. Eigenmann, R.O. 26 II 103 = J.d.T. 1901 I 87.

l'emportera, de cette dernière ou de l'action délictuelle plus rigoureuse ?

a) L'atténuation de la responsabilité contractuelle peut résulter directement *de la loi*. Par exemple, aux termes de l'article 248, al. 1 C.O., «*Le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu'en cas de dol ou de négligence grave*». L'art. 420, al. 2, relatif à *celui qui a géré l'affaire d'autrui sans mandat*, dispose: «Sa responsabilité doit toutefois être appréciée avec moins de rigueur quand il a géré l'affaire du maître pour prévenir un dommage dont ce dernier était menacé.» Plus généralement, d'ailleurs, la responsabilité de celui qui est tenu en vertu du contrat «s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur» (art. 99, al. 2).

Nous avons déjà évoqué ce problème en *droit français* (*supra*, N° 6). MM. H. et L. Mazeaud disent: L'option, dans ce cas, tombe; seule est admissible l'action contractuelle. «A quoi servirait-il au législateur de décider (art. 1150) que, sauf clause contraire, le débiteur (contractuel) ne répondra que des dommages prévisibles si, en invoquant l'art. 1382, le créancier pouvait obtenir réparation, même des dommages imprévisibles ?»

Tout en restant fidèle à la doctrine du concours, le droit suisse, lui, aboutit néanmoins, par une autre voie, à un résultat assez semblable à celui du droit français: le créancier continue, en principe, à jouir de la *faculté de cumuler*, si celui lui est utile, les possibilités que lui ouvre l'action délictuelle avec les avantages de l'action contractuelle. Il pourra, par exemple, invoquer *la solidarité* de ceux qui ont causé ensemble un dommage extracontractuel (50 C.O.) et, en même temps, se prévaloir de la *longue prescription* des droits créés par le contrat (127 C.O.). Ceci à une exception près, cependant: la limitation légale de la responsabilité contractuelle *réagit sur l'action délictuelle* et conduit, dans l'autre compartiment, à une *limitation correspondante*;

sinon, la disposition édictée pour l'éventualité du contrat resterait lettre morte³³.

b) La solution est la même dans le cas, non plus d'un texte de loi, mais d'une *limitation contractuelle* de la responsabilité des parties. Selon l'art. 100, al. 1 C.O., toute clause est nulle qui libérerait d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourt en cas de *dol* ou de *faute grave*. *A contrario*, sous deux réserves sans importance ici, il est licite, en droit suisse, de convenir avec sa partie adverse, par une clause expresse, que celle-ci n'aura pas d'action en réparation du dommage causé par une *faute légère*.

Cette renonciation partielle aux droits qui, légalement, dérivent du contrat étendra ses effets à la responsabilité délictuelle, la limitant dans la même mesure, pourvu que telle ait bien été l'intention des parties. Mais on pourra, en thèse générale, *présumer pareille intention*, le lésé demeurant admis à rapporter la contre-preuve³⁴. Bien que par un raisonnement différent, on aboutit, ainsi, sur ce point particulier, à une solution qui, pratiquement, rejoint presque celle de la doctrine française, basée sur la suppression de l'option et sur l'application obligatoire, dans ce cas, du droit du contrat³⁵.

Conclusion

15. Héritier, sur ce point comme sur tant d'autres, du droit romain et du droit commun dont il a fortement subi l'influence, le droit suisse admet le concours d'actions sous sa forme la plus accentuée, *le cumul*. Notre jurisprudence accepte qu'un certain état de fait puisse avoir le caractère d'un délit en même temps que l'auteur de ce délit manque à ses obligations contractuelles. Nous ne voyons pas à cela d'objections logiques; et le cumul nous paraît seul pouvoir, dans nombre d'hypothèses, assurer à la victime la *pleine*

³³ Oser-Schönenberger, loc. cit., rem. 18; Becker, loc. cit., rem. 4; von Tuhr, loc. cit.; Oftinger, loc. cit., p. 367.

³⁴ Voir les auteurs cités à la note 33.

³⁵ Mazeaud, N° 196, 197; Savatier, N° 153.

réparation du dommage. Le cumul ne doit cependant être admis que lorsqu'on se trouve vraiment en présence d'un acte illicite: la violation d'obligations contractuelles n'engage, en principe, que la responsabilité contractuelle. Mais, lorsqu'il y a eu acte illicite, les moyens offerts par le droit des conventions pourront être combinés, pour le plus grand profit de la victime, avec les voies qu'ouvre à celle-ci la responsabilité aquilienne, même sous la forme aggravée de la responsabilité du fait des choses ou des animaux. Et, lorsque, au contraire, le législateur a institué une responsabilité contractuelle moins rigoureuse, ou que les parties ont régulièrement convenu de tempérer cette responsabilité, l'adoucissement se communiquera à la responsabilité délictuelle.

