

# LE CONCOURS DES RESPONSABILITES CONTRACTUELLE ET DELICTUELLE EN DROIT TURC, COMPARE AVEC LE DROIT SUISSE(\*)

par

Dr. Halük TANDOĞAN

Professeur de Droit civil à la Faculté de Droit d'Ankara.

## I — INFLUENCE DU DROIT SUISSE SUR LE DROIT TURC EN MATIERE DE RESPONSABILITE CIVILE :

La Turquie a adopté en 1925, sauf quelques modifications de détail, le Code civil suisse et les deux premières parties du Code des obligations suisse, consacrées aux dispositions générales et aux diverses espèces de contrat. C'est pourquoi la plupart des règles de la responsabilité civile en droit turc sont les mêmes qu'en droit suisse. D'ailleurs, la Cour de Cassation turque se réfère souvent dans ses arrêts à la doctrine et à la jurisprudence suisses. En effet, en vertu de l'art. 1 al. III du Code civil turc, "le juge s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence"; la Cour de Cassation turque entend par "la doctrine et la jurisprudence", non seulement celles qui sont nationales, mais aussi celles du pays d'origine de son Code civil<sup>1</sup>. L'évolution du droit suisse est ainsi suivie de près par le droit turc. Pour ne citer qu'un exemple du parallélisme que l'on constate dans l'évolution de ces deux systèmes juridiques, on peut parler du changement de jurisprudence,

---

(\*) Communication au VI<sup>e</sup> Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé (Hambourg, août 1962).

1) V. à ce sujet à titre d'exemple, les arrêts suivants d'unification de jurisprudence de la Cour de Cassation turque: 7.4.1954, E.13/K.12, Journal Officiel, No. 8757; 9.3.1955, E.22/K.2, Journal Officiel, No. 9093; 28.11.1945, S. 15, Journal Officiel, No. 6365.

survenu dans les deux pays l'un après l'autre au sujet de la nature de certains cas de responsabilité: au commencement, on considérerait aussi bien en Suisse qu'en Turquie, la responsabilité de l'employeur (art. 55 des CO turc et suisse) et celle du détenteur d'animaux (art. 56 des CO turc et suisse) comme des cas de responsabilité fondée sur la présomption de faute; plus tard, ces deux cas de responsabilité ont été transformés, d'après la jurisprudence des deux pays<sup>3</sup>, en véritables cas de responsabilité causale.

Bien que le système turc de responsabilité civile soit influencé dans une large mesure par le droit suisse, il existe certaines différences entre les deux systèmes juridiques. D'une part, en Suisse, toutes les questions se rapportant à la responsabilité civile ne sont pas exclusivement réglementées par les deux premières parties du Code des obligations. On trouve dans les lois spéciales, des règles relatives à la responsabilité civile, surtout des règles qui prévoient des cas de responsabilité dérivant du risque créé (*Gefährdungshaftung*)<sup>3</sup>. D'autre part, les trois dernières parties du Code des obligations suisse, qui n'ont pas été adoptées par le législateur turc, contiennent aussi des dispositions sur la responsabilité en matières des sociétés commerciales, du registre du commerce et des papiers - valeurs.

En droit turc, on ne trouve pas de prescriptions spéciales sur la responsabilité causale des entreprises de chemin de fer et des entreprises électriques; mais la Cour de Cassation supplée cette

---

2) V. l'arrêt d'unification de jurisprudence de la Cour de Cassation turque 27.3.1957, E.1/K.3, Revue de la Faculté de droit d'Istanbul 1958, no. 1-2, pp. 182-185. Pour l'évolution de la jurisprudence suisse v. **Karl Oftinger**: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. Zurich 1960, pp. 97, 181 - 182; **John Metzger**: La responsabilité du détenteur d'animaux, thèse de Genève 1956, pp. 86 et sv.

3) Comme les plus importants exemples de ces cas de responsabilité causale on peut citer ceux qui sont prévus par l'art. 1 de la LF du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes; l'art. 27 de la LF du 24 juin 1902 concernant les installations électriques à faible et à fort courant; les art. 58 et sv. de la LF du 19 décembre 1958 sur la circulation routière; l'art. 64 de la LF du 21 décembre 1948 sur la navigation aérienne; les art. 48 et 126 de la LF du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous le drapeau suisse.

lacune, en recourant à l'art. 58 du Code des obligations turc, qui prévoit la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'autres ouvrages. Contrairement à l'opinion établie en droit suisse, la Cour de Cassation turque<sup>4</sup> qualifie, un train composé d'une locomotive et des wagons ainsi qu'un tramway, comme un ouvrage au sens de l'art. 58 du Code des obligations; quant aux installations électriques, elles sont également considérées en droit turc comme des ouvrages<sup>5</sup>, ce qui est défendable aussi pour le droit suisse.

Ce sont les dispositions de la Loi fédérale du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles qui ont servi de modèle au législateur turc pour la réglementation de la responsabilité civile du propriétaire<sup>6</sup> des véhicules automobiles. Toutefois, les textes suisses ont subi certaines modifications; du reste, la Loi fédérale du 15 mars 1932, étant remplacée par celle du 19 décembre 1958, n'est plus en vigueur en Suisse.

A la différence du droit suisse, le droit turc distingue les opérations commerciales des opérations civiles et soumet les premières à un Code de commerce séparé du Code des obligations. Le Code de commerce a emprunté aussi une partie de ses dispositions au Code des obligations suisse, comme c'est le cas pour les articles concernant les papiers - valeurs. Les règles de responsabilité dans le domaine des sociétés commerciales sont partiellement inspirées par le Code des obligations suisse. Pour la préparation du chapitre du Code de commerce destiné à la concurrence déloyale, les juristes turcs ont pris en considération la Loi fédérale du 30 septembre 1943 sur la concurrence déloyale; notons en passant que dans la réglementation des sanctions de la concurrence déloyale, le législateur turc est allé plus loin que le législateur suisse et a accepté l'action en restitution du gain obtenu par la concurrence illicite,

---

4) 4. Chambre Civ. 31.1.1951, E.1198/K.774; 4. Chambre Civ. 18.12.1938, E.3537/K.2618. V. Halûk Tandoğan: Türk Mes'uliyet Hukuku (La responsabilité civile en droit turc), Ankara 1961, p. 188.

5) Cass. 4. Chambre Civ. 23.10.1953, E.5285/K.4370; 3. Chambre Civ. 19.3.1959, E.1842/K.1608; Tandoğan, p. 187.

6) Pour des considérations pratiques, en droit turc, ce n'est pas le "détenteur" du véhicule, mais c'est son "propriétaire" qui est tenu responsable.

action qui était prévue par le Projet de la Loi fédérale, mais écartée lors des débats au Conseil National.

Les prescriptions du Code de commerce turc relatives à la responsabilité en matière de transports terrestres comportent certaines différences vis-à-vis du droit suisse. En outre, les articles du Code de commerce concernant la responsabilité de l'armateur et du transporteur maritime ont été traduits du Code de commerce allemand. Dans un domaine qui a des relations serrées avec la responsabilité civile, dans le domaine du droit des assurances, les dispositions du Code de commerce sont assez différentes de celles qui sont contenues dans la Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance. D'autre part, les règles de compétence des tribunaux ne sont pas tout à fait les mêmes en droit suisse et en droit turc, bien qu'on ait utilisé largement les textes du Code de procédure du Canton de Neuchâtel pour l'élaboration du Code de procédure civile turc. Enfin, les règles des conflits de juridictions et de lois, qui sont en vigueur dans les deux pays ne présentent pas toujours une grande ressemblance.

Les rapports étroits qui lient le système de responsabilité civile turc au système suisse, se montrent aussi dans la position du problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle et dans les solutions à donner à ce problème; les principes étant les mêmes, seules les différences de caractère accessoire qui existent entre les deux systèmes, peuvent rendre d'un pays à l'autre l'intérêt du problème du concours plus ou moins grand dans certains cas particuliers. Les juristes turcs s'inspirent aussi dans ce domaine des théories préconisées par les auteurs suisses et des arrêts du Tribunal fédéral; par conséquent, nous ne manquerons pas de faire des références à la doctrine et à la jurisprudence suisses au cours de notre exposé. Il est intéressant de noter d'ailleurs, que c'est la première fois qu'un juriste turc a étudié d'une manière approfondie le problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit suisse<sup>6a</sup>.

---

6a) Cf. **Tahir Çağa**: Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischem Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, thèse de Zurich 1939.

## II — POSITION DU PROBLEME ET TERMINOLOGIE :

On traite, en général, les questions suivantes sous la désignation du problème du cumul ou concours des responsabilités contractuelle et délictuelle<sup>7</sup>:

1. Lorsque dans un même fait causant dommage à autrui, se réalisent à la fois les conditions de ces deux sortes de responsabilité, la victime a-t-elle choix entre l'action contractuelle et l'action délictuelle ou l'existence de la première exclut-elle la seconde?

2. Si l'on reconnaît à la victime le droit d'opter entre les deux ordres de responsabilité, est-elle obligée de se soumettre à la totalité des règles qui régissent l'un d'entre eux, ou peut-elle distraire de chaque régime de responsabilité les règles qui lui sont avantageuses et écarter celles qui ne lui conviennent pas? En d'autres termes, est-il permis au lésé "d'intenter une seule action hybride dans laquelle elle serait admise à invoquer à la fois les principes contractuels et délictuels, choisissant dans chaque régime de responsabilité les règles qui lui sont favorables?"<sup>8</sup>.

3. Tout en accordant, en principe, à la victime le droit d'opter entre les deux régimes de responsabilité, peut-on admettre que les dispositions légales ou conventionnelles, ayant pour but d'atténuer ou d'exclure la responsabilité contractuelle, étendent leurs effets à la responsabilité délictuelle, de sorte qu'elles amènent aussi l'atténuation ou l'exclusion de cette dernière? En d'autres termes, les limitations légales ou conventionnelles de la responsabilité contractuelle sont-elles valables aussi pour la responsabilité délictuelle?

4. Il existe encore une question, qui est préjudicielle au problème du cumul ou concours, mais que l'on confond parfois

7) Çağa, p.1; André Brun: Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, Paris 1931, pp. 2-5; Mazeaud - Tunc: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5e éd. Paris 1957, t.I, nos. 173-174; Roger Secrétan: Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, ZSR. N.F. 68 (1949), pp. 183-187; Arthur Jost: Zur Frage der Anspruchskonkurrenz, SJZ 44 (1948), pp. 317-318; Offinger: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2. Aufl. Zürich 1958, p. 432.

8) Mazeaud - Tunc, t. I, pp. 225-226.

avec celui-ci, c'est la question de la délimitation de deux ordres de responsabilité<sup>9</sup>.

En droit français, il est de tradition de désigner les questions formulées plus haut ou au moins une partie d'entre elles, sous le nom du "cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle". On déclare "partisans du cumul", ceux qui admettent la possibilité de la coexistence de ces deux régimes de responsabilité pour un seul et même fait générateur du dommage, et "adversaires du cumul", ceux qui refusent l'application des principes délictuels entre les contractants<sup>10</sup>. Or, comme certains auteurs français<sup>11</sup> le remarquent avec raison, les termes de "cumul" ou "non-cumul" n'expriment pas bien ce que l'on envisage dans la réalité. Même si l'on admet la coexistence de deux ordres de responsabilité, il n'est pas question de permettre au lésé d'obtenir la double réparation du même préjudice, en lui conférant la faculté d'intenter simultanément l'action contractuelle et l'action délictuelle<sup>12</sup>.

La première question posée plus haut se rapporte à l'admissibilité de "l'option", lorsque les conditions de deux espèces de responsabilité se trouvent réunies dans un même fait<sup>13</sup>. Au lieu d'option, on peut employer aussi le terme de "concours", comme on le fait en droits allemand, suisse et turc<sup>14</sup>; car, lorsqu'il y a concours d'actions, la victime peut choisir l'une d'entre elles.

Certains auteurs<sup>15</sup> estiment que, par la question citée plus haut sous chiffre 2, l'on envisage une espèce de cumul au sens propre; en effet, bien qu'il ne s'agisse pas là de la possibilité de cumuler les indemnités, on examine la possibilité de cumuler les

9) Brun, pp. 4-5. Cf. infra IV.

10) Mazeaud - Tunc, t. I, no. 174

11) Brun, p. 4; Mazeaud-Tunc, t. I. no. 174; Paul Esmein: Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité, Concours des responsabilités, conventions d'irresponsabilité. Revue trim. de droit civil 33 (1934), pp. 317 et sv., en particulier p. 340.

12) Mazeaud - Tunc, t. I. no. 174; Brun, p. 4; Tandoğan, p. 536; Secrétan, p. 186.

13) Si l'on est adversaire de l'option, on peut parler de "l'incompatibilité" de deux ordres de responsabilité ou de "l'exclusion" de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle.

14) En droit français, Esmein (p. 340) préconise l'emploi de l'expression "concours".

moyens de droit puisés à chacun de deux régimes de responsabilité. Mais à notre avis, il n'existe pas là non plus un véritable cumul; on est plutôt en présence d'un "mélange" des côtés avantageux des principes contractuels et délictuels.

La troisième question est une question d'option, si la responsabilité contractuelle existe encore d'une manière atténuée; mais lorsque par suite d'une clause de non-responsabilité, l'action contractuelle n'existe plus, il est difficile de parler d'une option ou d'un concours d'actions; il s'agit alors seulement de savoir si la clause excluant l'action contractuelle produira le même effet sur l'action délictuelle; c'est une question de "l'exclusion" de la responsabilité délictuelle par les règles régissant le rapport contractuel.

Comme une autre question de terminologie, il faut encore remarquer que l'on entend par la responsabilité délictuelle, non seulement les cas de responsabilité fautive, mais aussi ceux de responsabilité causale; il vaudrait peut-être mieux parler du concours des responsabilités contractuelle et *extra-contractuelle*<sup>16</sup>.

### III — INTERET DU PROBLEME EN DROIT TURC:

En droit turc, comme dans d'autres systèmes juridiques, le grand intérêt pratique, que présente le problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, provient du fait que les conditions d'existence, les effets et la mise en jeu procédurale de deux responsabilités ne sont pas les mêmes à tous égards. En raison de différences qui existent entre les deux ordres de responsabilité, il se révèle plus avantageux pour la victime d'invoquer, dans tel cas les principes contractuels et dans tel autre cas, les règles délictuelles. Essayons de faire brièvement la comparaison entre les deux espèces de responsabilité et de démontrer les côtés avantageux de chacune<sup>17</sup>:

15) Secrétan, pp. 186-187.

16) Cf. Oftinger, Bd. I, p. 432. Le Tribunal fédéral emploie aussi le terme de responsabilité extra-contractuelle: "... so bestehen der vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzanspruch nebeneinander, im Sinne einer sogenannten Anspruchskonkurrenz" (RO 64 II 259).

17) Cf. Tandoğan, pp. 532-535; Çağa, pp. 14-40; Secrétan, pp. 187-189; Jost, pp. 318-319; Oftinger, pp. 438-442.

### 1. Charge de la preuve concernant la faute; preuve libératoire.

Le demandeur en dommages - intérêts n'a pas à prouver la faute de son adversaire, si la responsabilité contractuelle est en jeu; car, le fait de l'inexécution du contrat entraîne la présomption que cette inexécution est fautive (CO art. 96). Tandis que c'est à la victime de l'acte illicite qu'il appartient de prouver la faute de l'auteur (CO art. 41). Au point de vue de la charge de preuve, la victime a donc intérêt à placer son action sur le terrain contractuel, lorsque la violation du contrat constitue en même temps un acte illicite fautif. Mais dans les cas où se trouvent réunies les conditions d'une responsabilité dérivant d'une faute contractuelle et celles d'une responsabilité extracontractuelle qui est indépendante d'une faute, il est préférable pour le lésé de rester sur le terrain extracontractuel; car son co-contractant peut se libérer de sa responsabilité contractuelle en établissant qu'aucune faute ne lui est imputable; par contre, il lui est plus difficile d'apporter la preuve libératoire dans les cas de responsabilité causale; dans certains de ceux-ci<sup>18</sup>, afin de se libérer de la responsabilité, il est permis d'établir qu'on a pris les soins objectivement commandés par les circonstances pour détourner le dommage<sup>19</sup>; mais dans d'autres<sup>20</sup>, la preuve libératoire est limitée aux faits qui entraînent la rupture du lien de causalité, comme la faute propre de la victime, la force majeure et la faute d'un tiers<sup>21</sup>.

### 2. Appréciation de la faute.

La faute contractuelle s'apprécie parfois avec moins de rigueur

18) Responsabilité de l'employeur (CO art. 55), responsabilité du détenteur d'un animal (CO art. 56).

19) Il ne s'agit pas ici de détruire la présomption d'une faute; l'employeur est responsable même s'il a été empêché sans sa faute de prendre les mesures objectivement commandées par les circonstances; par exemple, s'il n'est pas capable de discernement, ou si étant donné l'importance de l'exploitation il n'a pas à prendre lui-même les mesures requises.

20) Responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'autres ouvrages (CO art. 58); responsabilité du propriétaire d'un véhicule automobile (Loi no. 6085 sur la circulation routière, art. 50).

21) Cf. pour la distinction que l'on fait en droit suisse entre Entlastungsgründe et Befreiungsgründe, **Oftinger**, Bd. II. 1, pp. 152-153.



que la faute délictuelle. Il en est ainsi notamment, "lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur" (CO art. 98 al. I)<sup>22</sup>. Il suffit dans certains contrats que le débiteur apporte à l'exécution de ses obligations la diligence et les soins qu'il consacre habituellement à ses propres affaires (p. ex. CO art. 258 al. I). Dans plusieurs contrats, en déterminant la mesure de la diligence qui incombe au débiteur, il y a lieu de tenir compte des aptitudes et qualités de celui-ci, que son co-contractant connaissait ou aurait dû connaître (CO art. 321 III; art. 390 al. I; art. 5.8 al. II; CCom. art. 320). Enfin, il existe des cas où le débiteur contractuel n'est pas responsable de sa faute légère. Tandis que dans la responsabilité délictuelle, le critère de la négligence est objectif<sup>23</sup> et l'auteur répond même de sa négligence légère; toutefois la légèreté de la faute est considérée sous certaines conditions, comme une cause de réduction de l'indemnité (CO art. 43 al. I).

### 3. Clauses de non-responsabilité et clauses de responsabilité atténuée.

En droit turc, les clauses excluant ou limitant la responsabilité contractuelle ne sont valables, en principe, que dans la mesure où elles exonèrent le débiteur de sa responsabilité découlant d'une négligence légère. Il est permis même au débiteur d'écarter totalement la responsabilité dérivant du fait de ses auxiliaires. Si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le juge peut déclarer la nullité des clauses qui libèrent le débiteur à l'avance de la responsabilité découlant de sa faute légère ou de la faute grave et du dol de ses auxiliaires (CO art. 99 et art. 100 al. 2). Ces dispositions correspondent aux art. 100 et 101 al. II-III du CO suisse; mais l'art. 766 du CCom. turc va beaucoup plus loin que l'art. 455 du CO suisse et prescrit la nullité de toutes sortes

---

22) Il aurait été plus exact aussi dans la responsabilité contractuelle, comme dans la responsabilité délictuelle de considérer le caractère bénévole de l'affaire, non comme une raison d'appréciation moins stricte de la faute, mais comme une cause de réduction de l'indemnité. Cf. **Hans Rudolf Barth**: Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, thèse de Zürich 1958, p. 116.

23) Cf. **Tandogan**, pp. 50-54; **Oftinger**, Bd. I, pp. 124 et sv.

de clauses excluant ou atténuant la responsabilité du transporteur, même dans les cas où il n'est pas question d'une entreprise de transport dont l'exploitation est subordonnée à l'autorisation de l'Etat. La validité des clauses de non - responsabilité insérées dans les contrats de transport maritime est également soumise à de nombreuses restrictions.

Il est plus difficile de concevoir, à première vue, la possibilité de stipuler des clauses d'irresponsabilité dans le domaine délictuel; car la responsabilité délictuelle naît, en général, entre tiers, entre personnes qui n'ont pas eu de relations antérieures, qui ne se connaissent même pas. Il est vrai que "l'homme ne peut prévoir tous les dommages qu'il est susceptible de causer et encore moins connaître à l'avance toutes les futures victimes de ces dommages"<sup>24</sup>. Mais comme Mazeaud - Tunc<sup>25</sup> le remarquent avec raison, "il est même dans le domaine délictuel certains dommages qu'un homme prudent peut prévoir; il est des cas où l'homme prudent sait fort bien quelles personnes sont plus particulièrement menacées; c'est à ces victimes éventuelles qu'il proposera, en échange de tel ou tel avantage, de le décharger de la responsabilité délictuelle qu'il serait susceptible d'encourir à leur égard; ainsi pourra être consentie une clause de non - responsabilité délictuelle". En droit turc, la question de la validité des clauses d'irresponsabilité dans le domaine extra-contractuel n'est traitée d'une manière expresse que dans un seul cas: d'après l'art. 50 al. IV de la Loi sur la circulation routière, toute convention qui exclut ou restreint la responsabilité du propriétaire d'une véhicule automobile est nulle<sup>26</sup>. En dehors de ce cas, la validité des clauses excluant ou limitant la responsabilité extra - contractuelle doit être appréciée<sup>27</sup>, en appliquant par analogie les dispositions légales relatives à la validité de clauses semblables en matière contractuelle et en tenant compte des restric-

24) Mazeaud - Tunc, t. III, no. 2567, p. 725.

25) Mazeaud - Tunc, t. III, no. 2567, p. 726.

26) En Suisse, les lois spéciales qui statuent une responsabilité dérivant du risque créé (V. supra note 3), prévoient aussi la nullité des conventions destinées à exclure ou à atténuer cette responsabilité. Cf. *Oftringer*, Bd. I. pp. 413 - 414.

27) Cf. pour le droit suisse *Oftringer*, Bd. I, pp. 412 - 417.

tions générales de la liberté des conventions (CO art. 19 - 20), parmi lesquelles existent aussi les restrictions relevant de l'ordre public.

Cependant, les clauses stipulées expressément afin de limiter la responsabilité délictuelle ont un intérêt secondaire pour nous; ce qui importe pour notre étude, c'est surtout le point de savoir si, une clause, excluant ou atténuant la responsabilité contractuelle du débiteur pour un certain fait, peut s'étendre aussi sur la responsabilité délictuelle qu'aurait entraînée le même fait.

#### 4. Responsabilité du fait des auxiliaires.

Cette responsabilité est réglée différemment dans les domaines contractuel et délictuel. La notion d'auxiliaire est plus étendue dans la responsabilité contractuelle; en matière de contrats, toute personne, à laquelle le débiteur a confié le soin d'exécuter son obligation, est considérée comme auxiliaire, même si elle ne se trouve pas dans un rapport de subordination avec lui; tandis qu'en matière extra - contractuelle, l'existence d'un tel rapport est nécessaire pour la responsabilité du fait d'autrui<sup>28</sup>. D'autre part, dans le domaine extra - contractuel, l'employeur peut se libérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire; une preuve libératoire de cette nature n'est pas admise en matière contractuelle. Selon l'opinion dominante en Suisse<sup>29</sup>, il ne faut pas rendre le débiteur responsable d'un acte de l'auxiliaire, lorsqu'il prouve que cet acte, commis par lui - même, ne constituerait pas une faute contractuelle et ne l'obligerait pas à payer des dommages - intérêts; mais en droit turc, la majorité de la doctrine et la Cour

28) Cf. les art. 55 et 100 du CO. V. aussi **Tandoğan**, pp. 436 - 437; **Andreas von Tuhr**; Partie générale du Code fédérale des obligations, tr. **Torenté et Thilo**, 2. éd., Lausanne 1933, § 70 notes 10 - 11.

29) **Oftinger**, Bd. II, 1, § 18 note 60; **Peter Portmann**: Organ und Hillfsperson im Haftpflichtrecht, thèse de Berne 1958, pp. 50 - 51; **Barth**, pp. 137 - 138; **Oser - Schönenberger**: Das Obligationenrecht, 1. Teil, 2. Aufl. Zürich 1929, art. 101, no. 12. Le Tribunal Fédéral: RO 82 II 533; 80 II 253; 70 II 221; 53 II 240; 46 II 130.

de Cassation n'envisagent pas<sup>30</sup> la possibilité d'une telle preuve libératoire, preuve de l'inexistence d'une faute fictive du débiteur.

5. Solidarité entre les coresponsables; action contre les instigateurs et complices.

En matière délictuelle, lorsque plusieurs ont causé un dommage par leur faute commune, ils sont tenus solidairement de le réparer sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice (CO art. 50 al. I). Par contre, la solidarité ne se présume pas entre les codébiteurs qui sont responsables de la violation d'un contrat (CO art. 141); en outre, on ne peut pas diriger une action contractuelle contre les personnes qui ont incité le débiteur à violer le contrat ou qui lui ont prêté assistance dans ce but. L'action délictuelle paraît donc plus avantageuse pour obtenir une condamnation solidaire des coresponsables, ainsi que pour pouvoir agir contre les complices et les instigateurs. Toutefois en droit turc, à la différence du droit suisse, l'importance de la règle d'après laquelle la solidarité ne se présume pas dans les obligations contractuelles, est réduite; car, dans les affaires commerciales c'est le contraire qui est prévu par la loi (CCom. art. 7). D'autre part, en droit turc aussi bien qu'en droit suisse, il est possible d'intenter contre les instigateurs ou complices qui ont coopéré à la faute contractuelle une action délictuelle fondée sur l'art. 41 al. II du CO<sup>31</sup> ou sur certaines dispositions concernant la concurrence déloyale (CCom. art. 57 chiff. 6 - 7).

30) **Saymen - Elbir**: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1958, p. 424, 721 - 723; Chambres réunies de la Cour de Cassation turque, 30.5.1940, no. 27, Journal Officiel, no. 4522, cf. par contre **Tandoğan** pp. 444-446.

31) En vertu de l'art. 41 al. II du CO, "celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer"; or, on considère, selon les circonstances, l'instigation ou la complicité à commettre une faute contractuelle, comme un fait contraire aux mœurs. Cf. **Offtinger**, Bd. I, p. 440; **Oser - Schönenberger**, rem. prél. à l'art. 41 no. 10; **Çağa**, pp. 15-16, 103; **Tandoğan**, p. 28; **Cahit Davran**: Ahlâka aykırılık sebebiyle mes'uliyet (BK. md. 41 f. II üzerinde bir inceleme), Revue du Barreau d'İstanbul 1955, p. 272. Le Tribunal Fédéral RO 50 II 380.

### 6. Exigibilité.

Les créances de dommages - intérêts dérivant de la violation d'un contrat ne deviennent en général pas exigibles, avant l'exigibilité de la créance originaire tendant à l'exécution, créance qu'elles remplacent ou à laquelle elles s'ajoutent<sup>32</sup>; pour demander l'indemnité, le créancier doit attendre le moment précis où l'exécution aurait dû s'opérer, même si celle-ci s'est avérée impossible antérieurement<sup>33</sup>. Tandis que les créances d'indemnité résultant d'un acte illicite sont exigibles aussitôt qu'elles sont nées. Il peut exister ainsi des cas où l'on peut intenter l'action délictuelle, au lieu d'attendre le moment où la créance d'indemnité contractuelle deviendra exigible<sup>34</sup>.

### 7. Etendue des dommages - intérêts.

En droit turc, il n'existe pas une disposition similaire à l'art. 1150 du CC français, qui dispose que sauf le cas où le débiteur a commis un dol, celui-ci n'est tenu de réparer que le dommage qu'il était en mesure de prévoir au moment où il a passé le contrat. D'après le système turc, aussi bien en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, le devoir de réparation s'étend également au dommage imprévisible, à condition qu'il existe un lien de causalité adéquate entre celui-ci et le fait dont on est responsable.

En vertu de l'art. 98 al. II du CO, "les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux actes qui constituent la violation d'un contrat"<sup>35</sup>. L'étendue

32) Les créances de dommages - intérêts dérivant d'une faute contractuelle positive (*Positive Vertragverletzung*) peuvent, dans certains cas, être exigibles avant la créance principale originaire.

33) Cf. von Tuhr, p. 502; Oftinger, Bd. I. p. 438; Çağa, p. 25.

34) Çağa (p. 25) cite comme exemple, les contrats concernant la cession de l'usage d'une chose, dans lesquels l'obligation de restitution ne devient exigible qu'au moment où le rapport contractuel prend fin; si pendant la durée du contrat le débiteur endommage l'objet qu'on lui a remis, le créancier peut demander des dommages - intérêts en vertu des dispositions relatives aux actes illicites, sans attendre la fin du rapport contractuel.

35) L'art. 53 al. III du CO suisse, qui correspond à l'art. 98 al. II du CO turc, statue que "les règles relatives à la responsabilité dérivant

des dommages - intérêts est déterminée donc dans les deux ordres de la responsabilité de la même manière. Seulement dans certains cas de responsabilité contractuelle, le montant des dommages - intérêts ne peut pas dépasser la valeur objective de la chose ou certaines limites maximums fixées par la loi. La question se pose alors de savoir si ces limites se reflètent aussi sur la responsabilité délictuelle.

Dans un seul cas de responsabilité extra - contractuelle, la loi fixe d'avance le plafond des dommages - intérêts: le propriétaire d'un véhicule automobile ne peut pas être tenu responsable pour un montant supérieur aux limites fixées pour les sommes assurées dans l'assurance obligatoire (art. 50 al. IV de la Loi sur la circulation routière); mais les dispositions générales étant réservées, la victime peut, pour la partie non - couverte de son dommage, se prévaloir des articles 41 et sv. du CO ou elle peut, au cas échéant, intenter une action contractuelle.

#### 8. Réparation du dommage moral; action des personnes privées de leur soutien.

En droit turc, la possibilité de réclamer une indemnité à titre de réparation morale n'est pas limitée au domaine délictuel. Selon la jurisprudence de la Cour de Cassation<sup>36</sup>, le créancier lésé dans ses intérêts personnels par une violation du contrat peut, en cas de gravité particulière de la faute et du préjudice, exiger du débiteur une réparation morale, qui consiste généralement en une somme d'argent; d'autre part, si en violant le contrat, le débiteur cause la mort du créancier ou lui occasionne une lésion corporelle, le juge peut en tenant compte des circonstances particulières, allouer au

---

d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle"; selon le texte en allemand du même alinéa "les dispositions sur l'étendue de la responsabilité dérivant des actes illicites, s'appliquent par analogie au comportement contraire au contrat". Entre ces trois textes, c'est celui qui est rédigé en turc, qui admet dans la plus large mesure l'application par analogie des règles délictuelles à la responsabilité contractuelle. Cf. infra le texte relatif à la note 36a.

36) 4. Chambre Civ. 7.3.1957, E. 329/K. 1165; 6.3.1958, E. 8762; 7.1.1958, E. 3168/K. 101; 10.5.1958, E. 1235/K. 3121; V. Tandoğan, p. 424 notes 51 - 52.

créancier victime de lésions corporelles ou en cas de mort à ses proches une indemnité équitable à titre de réparation morale. La Cour de Cassation applique ainsi par analogie, les articles 49 et 47 du CO concernant la réparation du préjudice moral en matière d'actes illicites aux cas où il s'agit de l'inexécution des obligations contractuelles. Cette jurisprudence se fonde sur l'art. 98 al. II du CO qui, comme nous l'avons déjà souligné<sup>36a</sup>, ne limite pas l'application par analogie, seulement à la détermination de l'étendue de deux sortes de responsabilité; par conséquent, il a été plus facile pour la Cour de Cassation de motiver sa jurisprudence que pour le Tribunal fédéral qui est de même avis<sup>37</sup> sur la réparation morale en matière contractuelle. La victime pouvant obtenir une réparation morale aussi bien sur le terrain délictuel que sur le terrain contractuel, de ce point de vue une option entre les deux ordres de responsabilité ne présente pas d'intérêt pratique.

Selon l'opinion dominante en droit suisse<sup>38</sup>, lorsque la violation du contrat entraîne la mort du créancier, les personnes qui ont été ainsi privées de leur soutien n'ont pas le droit de former une action en dommages - intérêts, basée sur le contrat; elles ne peuvent que se prévaloir de l'art. 45 al. III du CO suisse, si l'inexécution du contrat constitue en même temps un acte illicite. On voit qu'en droit suisse, l'action délictuelle se montre, pour les personnes qui ont perdu leur soutien, plus avantageuse que l'action contractuelle. Tandis qu'en droit turc, le législateur a admis en principe que les personnes privées de leur soutien ont la faculté de réclamer des dommages - intérêts sur la base du contrat; ce principe a trouvé son expression dans certains articles concernant le contrat de transport des personnes et le contrat de travail<sup>39</sup>. On peut déduire des explica-

36a) Cf. supra note 35.

37) RO 51 11 483. Cf. von Tuhr, § 68, note 71.

38) Cf. von Tuhr, § 68, note 59; Hans Marti. Der Versorgerschaden, Aarau 1942, pp. 83 - 84; Konrad Fehr: Der Versorgerschaden, Aarau 1942, pp. 34 - 36; H. Becker: Obligationenrecht, 1. Abt., 2. Aufl., art. 45, no. 3.

39) V. l'art. 806 al. II; l'art. 1130 al. I du Code de commerce et l'al. II ajouté à l'art. 332 du CO par la Loi d'application du Code de commerce. L'art. 332 du CO turc correspond à l'art. 339 du CO suisse. En vertu de l'al. II ajouté à l'art. 332 du CO turc, "si l'employeur ne se conforme pas à l'alinéa précédent (c'est-à-dire s'il ne prend pas les mesures de sécurité

tions contenues dans l'Exposé des motifs du Code de Commerce turc<sup>40</sup>, qu'il est possible d'étendre aux autres contrats le principe exprimé dans les articles en question. En reconnaissant de cette façon une action de nature contractuelle aux personnes privées de leur soutien, on supprime encore une différence qui existait entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

#### 9. Subrogation ou recours de l'assureur.

En vertu de l'art. 72 al. I de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance, l'assureur n'est subrogé à l'assuré dans les prétentions qu'il a contre les tiers responsables du dommage, que s'il s'agit des prétentions dérivant d'actes illicites; la subrogation n'est pas admise pour les prétentions découlant de la responsabilité contractuelle. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence suisses<sup>41</sup>, en se fondant sur l'art. 51 al. I du CO, accordent à l'assureur un droit de recours contre un tiers qui répond du dommage seulement en vertu d'un contrat; mais ce droit de recours n'est reconnu qu'en cas de faute grave du tiers, si l'équité l'exige ou à raison de circonstances exceptionnelles. Tandis qu'en droit turc, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence de l'indemnité payée, dans toute prétention appartenant à l'assuré, qu'elle soit de nature délictuelle ou contractuelle (CCom. art. 1301 al. I et art. 1361 al. I). Contrairement au droit suisse<sup>42</sup> en droit turc, ici non plus, le fait de placer l'action en dommages - intérêts sur le terrain délictuel ou sur le terrain contractuel n'entraîne pas des conséquences différentes.

---

prévues par l'alinéa précédent) et cause ainsi la mort de l'employé, l'action en indemnité des personnes qui sont privées du soutien de l'employé sera soumise aux règles régissant la responsabilité contractuelle".

40) Cf. **Elbir**: Gerekeceli - Notlu Sistematiik Türk Ticaret Kanunu, 2. éd. İstanbul 1958, pp. 171 - 172, 248.

41) Cf. **Walter Yung**: Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat, Recueil de travaux publié par la Faculté de Droit de Genève à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des Juristes à Genève, du 4 au 6 octobre 1952, pp. 215-262; **Oftinger**, Bd. I, pp. 326-327.

42) Cf. **Yung**, p. 239.



## 10. Prescription.

Le problème du concours de l'action contractuelle et de l'action délictuelle peut avoir un grand intérêt pratique, en raison du fait que chacune de ces actions est soumise aux délais de prescription différents. En général, la prescription de l'action contractuelle est plus longue que celle de l'action délictuelle<sup>43</sup>; car, la première de ces actions est soumise, en principe, à la prescription ordinaire de dix ans (CO art. 125), tandis que la seconde se prescrit par un an (CO art. 60 al. I). Mais pour certaines actions en indemnité contractuelles, il est institué des délais de prescription plus courts; notamment, les actions de dommages-intérêts résultant des contrats de société, de mandat, de commission, d'agence et de courtage se prescrivent par cinq ans<sup>44</sup>; dans le contrat de transport, il est même prévu une prescription d'un an, à moins qu'il n'existe une faute grave ou un dommage personnel (CCom. art. 767 al. V et art. 815). Par contre, la courte prescription de l'action délictuelle ne commençant à courir que dès la connaissance du dommage et de son auteur, l'action contractuelle peut se prescrire plus tôt que l'action fondée sur un acte illicite, lorsque le dommage parvient tard à la connaissance de la victime<sup>45</sup>. En outre, si l'acte illicite est en même temps punissable, l'action délictuelle peut être soumise à un délai de prescription qui dépasse dix ans<sup>46</sup>. Comme on le

---

43) En droit français, au contraire, c'est l'action délictuelle qui, en général, se prescrit plus tard que l'action contractuelle. Cf. **Brun**, pp. 85-88. D'autre part, en droit turc il n'est pas permis aux contractants d'abréger conventionnellement le délai de prescription de dix ans (CO art. 127), tandis qu'en droit français les conventions abrégant la durée de la prescription de l'action contractuelle sont valables. Cf. **Mazeaud-Tunc**, t. I. p. 240; **Brun**, pp. 86-87; **von Tuhr**, pp. 606-607.

44) CO art. 126 ch. 4. Cette disposition a été ajoutée à l'art. 126 par la Loi d'application du Code de commerce; l'art. 128 du CO suisse qui correspond à l'art. 126 du CO turc ne contient pas une pareille disposition.

45) Cf. **von Tuhr**, § 68 note 94.

46) En droit français, au contraire, lorsque le délit civil constitue en même temps une infraction pénale, la prescription de l'action publique modifie la prescription de l'action civile, en la rendant plus courte. Cf. **Brun**, pp. 85-86.

constate, du point de vue de la prescription, ce n'est pas toujours l'action contractuelle qui est plus favorable pour la victime.

#### 11. Compétence judiciaire.

Les règles de compétence judiciaire comportent certaines différences suivant que la victime place son action sur le terrain délictuel ou contractuel. En droit turc, au point de vue de la compétence d'attribution, dans certains cas, l'action en dommages - intérêts doit être portée devant un tribunal de commerce, lorsqu'elle est fondée sur les règles contractuelles, tandis que le tribunal civil est compétent pour en connaître lorsqu'elle est basée sur les règles délictuelles. D'ailleurs, c'est cette question de compétence d'attribution entre les tribunaux de commerce et les tribunaux civils qui a permis à la Cour de Cassation turque, de se prononcer à maintes reprises<sup>47</sup> en faveur de l'admission du concours des actions contractuelle et délictuelle.

Quant à la compétence territoriale, la règle générale d'après laquelle le tribunal du lieu du domicile du défendeur est compétent (Code de procédure civile, art. 9), vaut pour tous les deux ordres de responsabilité. Mais en dehors de cette règle, en se plaçant sur le terrain délictuel, la victime pourra saisir le tribunal du lieu où a été commis l'acte fautif (Code de procédure civile art. 21) et en tirera grand avantage si c'est le tribunal de son domicile; elle n'aura pas cette faculté en matière de responsabilité contractuelle. Par contre, il est permis à la victime d'introduire son action en dommages - intérêts contractuelle, devant le tribunal du lieu d'exécution ou du lieu de conclusion du contrat, à condition que dans le dernier de ces cas le défendeur ou son mandataire se trouve dans le lieu en question au moment où le procès est intenté (Code de procédure civile art. 10). En outre, le contrat peut contenir une clause attributive de compétence qui est favorable à la victime, ce qui ne serait pas en général possible en matière délictuelle.

---

47) Chambres civiles réunies, 23.11.1955, E. 4-89/K. 86; 3.5.1953, E. 177-29/K. 39; Chambre commerciale 18.5.1953, E. 53-5903/K. 2659; cf. Tandoğan, p. 535 note 37.

## 12. Conflits de lois.

Quand le procès contient un élément étranger, la question de savoir si c'est la loi turque ou la loi étrangère qui est applicable, dépend de la nature de la responsabilité. Selon l'opinion qui semble dominer en droit turc<sup>48</sup>, l'action, née d'un acte illicite, sera soumise à la loi du lieu où l'acte a été commis, tandis que la loi applicable à la violation d'un contrat se déterminera d'après le principe de l'autonomie de la volonté: ce sera le plus souvent la loi du lieu d'exécution.

## IV — CONDITIONS D'EXISTENCE DU CONCOURS DES RESPONSABILITES :

La jurisprudence<sup>49</sup> et la doctrine<sup>50</sup> suisses, ont tâché de préciser les conditions d'existence du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle; les explications qu'elles ont données à ce sujet méritent d'être prises en considération aussi en droit turc. Il ressort par la définition même du concours de deux ordres de responsabilité, que les conditions de chacun doivent se réaliser dans un même fait générateur du dommage. Le concours ne nécessite donc pas des conditions spéciales, mais implique seulement la réunion des conditions propres à chacune des deux sortes de responsabilité. Parmi les éléments constitutifs de celles-ci, le dommage et le lien de causalité sont identiques; bien que l'appréciation de la faute diffère parfois d'une responsabilité à l'autre, souvent la faute contractuelle constitue aussi une faute délictuelle<sup>51</sup>, lorsqu'elle se rapporte à l'illicéité dans le sens des art. 41 et sv. du CO. Ce qui importe pour le concours des responsabilités, c'est surtout la réunion, dans un même fait, de la violation d'une obligation contractuelle et de la violation d'un devoir général imposé par l'ordre juridique.

48) Cf. **Osman Berki**: Devletler Hususî Hukuku, 3e éd., Ankara 1959, pp. 490 et sv.; **Turhan Esener**: Devletler Hususî Hukukunda irade-nin muhtariyeti prensibi (Principe de l'autonomie de la volonté en DİP), Revue de la Faculté de droit d'Ankara XI (1954), No. 1-2, pp. 478-513.

49) Cf. Arrêt du Tribunal Fédéral, RO 64 II 258/260.

50) Cf. **Oftinger**, Bd. I, pp. 435-437; **Secrétan**, pp. 191-193; **Çaga**, pp. 2-14.

51) Cf. **Oftinger**, Bd. I, p. 436.

Examinons maintenant de plus près les conditions importantes du concours, telles qu'elles sont précisées par les juristes suisses<sup>52</sup>:

### 1. Violation d'un contrat.

Pour que le problème du concours des responsabilités puisse se poser, il faut qu'il existe un contrat valable entre la victime et la personne responsable. Mais déjà dans le cas où il est question d'une action en dommages-intérêts fondée sur la culpa in contrahendo, si l'on admet la nature contractuelle de cette action<sup>53</sup>, le problème du concours peut surgir<sup>54</sup>, sans qu'un contrat existe<sup>55</sup> ou soit valable<sup>56</sup>.

D'autre part, du seul fait de l'existence d'un contrat valable entre deux personnes, il ne faut pas déduire que tous les dommages causés par l'un des contractants à l'autre reposent sur une violation d'un engagement contractuel. Il doit exister un rapport juridique entre le fait générateur du dommage et l'exécution d'un devoir contractuel. Selon l'avis d'Oftinger<sup>57</sup>, le dommage causé doit être le résultat typique de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Ainsi par exemple, si, dans la rue, le locataire écrase

52) Cf. pour le droit turc, Tandoğan, pp. 528-532.

53) La Cour de Cassation turque (Chambre com. 8.11.1952, E. 5901/K. 4846, Tandoğan, p. 404 note 43), le Tribunal fédéral suisse (RO 77 II 135) et certains auteurs (von Tuhr, § 24, note 86, § 46, note 3; Becker, art. 26 nos. 1 et 3; Barth, pp. 13-14) admettent la nature contractuelle de l'action dérivant de culpa in contrahendo. Mais il y aussi un certain nombre d'auteurs (entre autres Oser-Schönenberger, art. 26, no. 13; Max Keller: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, thèse de Zürich 1948, pp. 101-104, 301-302) qui sont d'avis contraire.

54) Il est possible toutefois de soutenir que si l'on admet la nature contractuelle de l'action basée sur la culpa in contrahendo, il ne reste plus de place pour l'action délictuelle.

55) Si les pourparlers n'aboutissent pas à la conclusion d'un contrat et que cet échec cause à l'une des parties un préjudice qui est imputable à la faute de l'autre, il peut être question d'une culpa in contrahendo bien qu'il n'existe pas un contrat.

56) Par exemple, lorsque l'une des parties connaît l'existence d'un vice qui entraînerait la nullité du contrat et n'attire pas l'attention de l'autre partie sur cet état de fait que celle-ci ignore.

57) Bd. I, p. 435.

par hasard avec son automobile le propriétaire de la maison où il habite, on ne peut pas soutenir qu'il existe un rapport entre l'acte du locataire et les obligations qui lui sont imposées par le contrat de bail. Mais il y a des cas limites où il est plus difficile de décider de l'inexistence d'un rapport juridique entre le fait générateur du dommage et le contrat; si par exemple, un plombier venant effectuer une soudure cause un incendie, on peut qualifier sa responsabilité comme contractuelle, mais que décider s'il casse un objet d'art par maladresse<sup>58</sup>? En tout cas, il ne faut pas se contenter d'un lien de fait<sup>59</sup>, d'un rapport purement extérieur de lieu ou de temps entre le fait générateur du dommage et l'exécution d'une obligation contractuelle. A notre avis, on peut recourir ici avec grande utilité aux critères préconisés à l'occasion de l'application de l'art. 55 du CO, pour déterminer si le dommage causé par l'employé se trouve en rapport avec l'exécution de son travail. Comme à l'art. 55 du CO on doit rechercher ici aussi, un rapport fonctionnel (einen funktionellen Zusammenhang)<sup>60</sup>, un rapport de finalité entre le fait générateur du dommage et l'exécution des obligations contractuelles; par exemple, lorsque le chauffeur d'un taxi vole le porte-monnaie de son client, son acte n'aura pas de rapport fonctionnel avec l'exécution du contrat de transport, mais lorsque le pilote d'un avion loué pour le transport de barres en or en soustrait une partie, son acte constituera la violation du contrat<sup>61</sup>.

Dans la jurisprudence des pays occidentaux on voit la tendance à élargir le domaine des obligations contractuelles, en faisant rentrer dans le contenu du contrat certaines obligations de sécurité ou certaines obligations accessoires tirées des règles de la bonne foi, en vue de protéger le lésé<sup>62</sup>. En droit turc, ce n'est pas la jurisprudence,

58) Cf. **Mazeaud-Tunc**, T. I, no. 145 note 1.

59) Par exemple, si un locataire frappe son propriétaire au cours d'une discussion relative au bail, il n'existe qu'un lien de fait entre l'acte du locataire et le contrat. Cf. **Mazeaud-Tunc**, t. I, no. 149.

60) Cf. **Oftinger**, Bd. II, 1, p. 145.

61) Cf. l'arrêt du Tribunal Fédéral, RO 85 II 269.

62) Cf. à ce sujet pour le droit français **Mazeaud-Tunc**, t. I, nos. 150 et sv.; pour le droit suisse **Oftinger**, Bd. I, p. 435, note 37; **Patry**, ZBJV 93, pp. 55 et sv.; pour le droit allemand: **Çağa**, pp. 3 et sv.

mais c'est le législateur qui a consacré certaines obligations de sécurité dans les contrats de travail et de transport des personnes<sup>63</sup>. Comme *Offtinger*<sup>64</sup> remarque avec raison, les tribunaux doivent se montrer plus réservés dans l'admission des obligations accessoires fictives; car, la tendance contraire conduit facilement à l'élargissement du contenu du contrat d'une manière imprévisible et arbitraire.

## 2. Violation d'un devoir général imposé par l'ordre juridique.

La deuxième condition importante pour l'apparition du problème du concours des responsabilités est l'illicéité (absolue)<sup>65</sup> du fait générateur du dommage; ce fait, considéré en soi seul, abstraction faite de son caractère anti - contractuel<sup>66</sup>, doit constituer simultanément une violation d'un devoir général imposé par l'ordre juridique. L'illicéité dans le sens des art. 41 et sv. du CO<sup>67</sup>, consiste dans la transgression d'une norme impérative qui a pour but de protéger directement les biens juridiques déterminés ou le patrimoine en général, contre certaines manières de se conduire. Les normes de conduite (*Verhaltensnormen*), dont la violation constitue l'illicéité, se présentent souvent sous la forme de normes conférant des droits subjectifs absolus (comme les droits réels, droits de personnalité, etc.) et défendent aux tiers de porter atteinte aux biens juridiques déterminés qui constituent l'objet de ces droits; mais parfois, sans instituer des droits subjectifs, elles se contentent d'interdire certains comportements nuisibles à autrui (comme les

63) Cf. CO art. 332; CCom. art. 806.

64) Bd. I, p. 435, note 37.

65) Cf. *von Tuhr* (p. 324) qui parle des actes **relativement** contraires au droit lorsqu'il s'agit de la violation du contrat.

66) Il n'est pas très exact de dire "abstraction faite du rapport contractuel" (p. ex *von Tuhr* - p. 506 - emploie cette expression); car, souvent c'est l'existence du rapport contractuel qui permet au responsable d'entrer en contact avec la victime ou la chose lui appartenant. Cf. *Çağa*, p. 13.

67) Pour la notion de l'illicéité au sens des art. 41 et sv., cf. entre plusieurs autres: *Offtinger*, Bd. I, pp. 109 et sv.; *von Tuhr*, § 46; *Ernst Käuzig*: Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. I des schweiz. Obligationenrechts, Bern 1939; *Hans Merz*. Die widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem. ZBJV 91 bis, pp. 306 et sv.; *Tandoğan*, pp. 17 et sv.

règles de la bonne foi, ou la règle de droit non-écrit selon laquelle on ne doit pas mettre en danger sans nécessité la vie et les biens d'autrui).

En principe, les droits relatifs, les créances notamment, n'imposent pas un devoir général; ils permettent au créancier de réclamer un certain comportement, d'une personne déterminée, du débiteur. Par conséquent, l'inexécution d'une convention ne constitue pas, en soi, un acte illicite; elle engage la responsabilité contractuelle du débiteur, et, en règle générale, cette responsabilité seulement<sup>68</sup>. Il en est ainsi lorsque le locataire ne paye pas son loyer ou le mandataire ne se conforme pas aux instructions du mandant. Pour que le problème du concours se pose, il est nécessaire donc que l'inexécution du contrat implique aussi la violation d'un droit absolu ou la transgression d'une norme défendant certaines manières de se conduire. Ainsi, lorsque la violation du contrat entraîne en même temps la mort du créancier ou lui fait subir des lésions corporelles, la condition de l'illicéité se réalise également, à moins qu'il n'existe un fait qui enlève à l'acte son caractère illicite (comme légitime défense, cas de nécessité.). En cas de dommage causé aux choses (Sachschaden) et d'autres dommages pécuniaires (sonstiger Schaden)<sup>69</sup>, il n'est pas toujours facile de décider si l'on peut parler de l'illicéité à côté de la violation du contrat; par exemple, l'usure anormale de la chose louée 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<sup>70</sup>. Lorsque la violation du contrat entraîne un dommage pécuniaire qui ne concerne ni la vie et la santé du créancier, ni une chose lui appartenant, la question de savoir si cette violation contractuelle a en même temps le caractère d'un acte illicite, sera résolue souvent d'après les règles de la bonne foi.

Dans la pratique, on rencontre le concours de deux ordres de responsabilité, surtout en matières de responsabilité de médecins, d'accidents du travail, de contrats de bail et d'entreprise. Mais la

68) Cf. au sujet de cette classification de diverses sortes de dommage: *Oftinger*, Bd. I, pp. 46-47.

70) Cf. *Secrétan*, pp. 192-193; *Oftinger*, Bd. I. p. 437.

violation des contrats les plus divers peut donner lieu en même temps à la responsabilité délictuelle<sup>71</sup>.

Les tribunaux ont tendance à élargir aussi le domaine des actes illicites en établissant de nouveaux devoirs généraux fondés sur le droit non - écrit. Ainsi par exemple la fabrication ou la réparation défectueuse d'objets usuels est considérée illicite, lorsque les défauts peuvent compromettre la santé ou la vie des personnes qui utilisent ces objets conformément à leur destination<sup>72</sup>. D'autre part, bien qu'en principe les droits relatifs ne soient pas protégés contre les tiers, on qualifie, selon les circonstances, la participation des tiers à la violation d'un contrat, comme contraire aux règles de la bonne foi ou aux moeurs<sup>73</sup>; de cette façon, on permet au lésé d'agir contre les tiers en question, en se fondant sur les alinéas I ou II de l'art. 41 du CO.

D'une part, l'élargissement du contenu du contrat par l'admission des obligations de sécurité et des obligations accessoires tirées des règles de la bonne foi; d'autre part, l'extension du cercle des actes illicites par le recours aux règles de droit non - écrit, surtout à la règle selon laquelle on ne doit pas mettre en danger sans nécessité la vie et les biens d'autrui<sup>74</sup>, ce sont deux faits qui augmentent la possibilité du concours de deux ordres de responsabilité.

Il est permis de faire encore une constatation sur les domaines respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle: il faut bien délimiter les domaines en question avant de résoudre le problème du concours<sup>75</sup>; il existe, en effet, des cas qui sont régis exclusivement par l'un de deux ordres de responsabilité; dans ces cas, le problème du concours ne peut pas se poser.

71) Cf. pour la jurisprudence de la Cour de Cassation turque, les arrêts cités supra à la note 47; pour la jurisprudence du Tribunal fédéral: Secrétan, pp. 193-196; Oftinger, Bd. I, § 13, notes 29, 31-36.

72) Tribunal Fédéral, RO 64 II 260.

73) Cf. Secrétan, pp. 197-198.

74) V. pour les arrêts de la Cour de Cassation turque qui sont fondés sur cette règle: Tandoğan, p. 15, notes 12-13

75) Cf. supra note 9 et Brun, nos 125 et 348.



## V — SOLUTION DU PROBLEME :

## 1. Exposé critique de la théorie de l'incompatibilité ou de l'exclusion.

La théorie selon laquelle la responsabilité délictuelle ne peut pas jouer entre les contractants, la théorie de l'incompatibilité<sup>76</sup>, a trouvé très peu de défenseurs en droits suisse et turc. Il est vrai toutefois que ce sont des auteurs, dont les ouvrages ont fait autorité dans les deux pays en matière de droit des obligations, qui ont soutenu la théorie en question<sup>77</sup>. Selon l'avis de von Tuhr<sup>78</sup> "il est... plus simple et plus clair... d'admettre que la faute contractuelle est soumise en première ligne aux dispositions les plus spéciales, à savoir à celles qui régissent le contrat; les dispositions relatives aux actes illicites s'appliquent seulement s'il n'existe entre les parties aucun rapport contractuel ou s'il n'est plus possible d'exercer l'action découlant du rapport contractuel".

Examinons maintenant de plus près les arguments invoqués par von Tuhr en faveur de sa théorie:

a) A l'instar d'autres juristes allemands<sup>79</sup>, défenseurs de la thèse de l'incompatibilité, von Tuhr<sup>80</sup> prend comme point de départ la nature de *lex specialis* que présentent les dispositions régissant la responsabilité contractuelle; selon lui, ces règles spéciales excluent l'application des règles plus générales concernant les actes illicites.

Cependant, comme Çaga<sup>81</sup> le démontre fort bien, il n'existe pas de relation de règle générale - règle spéciale entre les dispositions concernant les actes illicites et celles qui se rapportent à la responsabilité contractuelle; en effet, pour l'existence d'une telle relation, la règle générale doit renfermer tous les cas envisagés par

76) Cf. supra note 13.

77) En droit suisse c'est von Tuhr (pp. 506-507) qui défend la thèse de l'incompatibilité. En droit turc Esat Arsebük (Borçlar Hukuku, 3e éd. Ankara 1950, pp. 782 et sv.) a adhéré à la théorie de von Tuhr.

78) P. 507.

79) Cf. les auteurs cités par Çaga aux pp. 48 et sv.

80) P. 507.

81) Pp. 134-161.

la règle spéciale et de plus, cette dernière doit poser certaines conditions qui ne sont pas prévues par la règle générale. Or, comme nous l'avons souligné plus haut<sup>82</sup>, bien qu'il se trouve un terrain commun aux deux ordres de responsabilité, on constate aussi l'existence des domaines propres à chacun; en d'autres termes, il y a des violations du contrat qui n'entrent pas dans le domaine de responsabilité délictuelle.

D'ailleurs, même si l'on affirme la nature de règle spéciale des dispositions relatives à la responsabilité contractuelle, ces règles spéciales doivent avoir pour but d'exclure l'application des règles générales concernant les actes illicites; car, lorsqu'une règle spéciale n'a pas un tel but exclusif, il est possible d'appliquer à côté de celle-ci d'une façon facultative ou complémentaire aussi la règle générale<sup>83</sup>. Or, il importe de rechercher si les règles relatives au contrat ont *toujours* le but d'exclure la responsabilité délictuelle. On arrive ainsi au deuxième argument des partisans de la thèse d'incompatibilité, à l'argument tiré de l'autonomie de la volonté, de la force obligatoire des conventions<sup>84</sup>.

b) Au sujet de l'influence du régime contractuel sur la responsabilité délictuelle, von Tuhr<sup>85</sup> déclare ce qui suit: "On devra également apprécier la faute délictuelle avec moins de rigueur, quand l'action ex delicto concourt avec la faute contractuelle; sinon l'art. 99 Il n'aurait plus aucune portée pratique. D'après les règles de la bonne foi, la renonciation du créancier à la responsabilité en cas de faute légère s'interprétera également en ce sens que la renonciation s'étend non seulement à l'action contractuelle, mais aussi à l'action délictuelle fondée sur les mêmes faits. Il me paraît dès lors inutile de maintenir l'idée de deux actions concurrentes". Les auteurs français qui se targuent de la force obligatoire des conventions s'expriment aussi en des termes semblables<sup>86</sup>: "Si

82) Cf. supra texte relatif à la note 68.

83) Cf. Çağa, pp. 149 et sv.

84) C'est un argument invoqué surtout par les auteurs français: Cf. **Mazeaud-Tunc**, t. I, no. 192; **Brun**, no. 102.

85) Pp. 506-507.

86) Cf. **Mazeaud-Tunc**, t. I p. 250 et les auteurs cités par lui à la note 3 relative au no. 192.

le contrat ou la loi... prévoient que l'inexécution de l'obligation n'engagera pas la responsabilité du débiteur (clause ou disposition de non-responsabilité) ou ne l'engagera que dans une certaine mesure (clause ou disposition de responsabilité limitée) ou seulement pendant un certain temps (prescription abrégée), comment permettre au créancier d'échapper à pareille stipulation?"

A l'inverse de certains auteurs français<sup>87</sup> qui invoquent le caractère d'ordre public des règles de la responsabilité délictuelle, nous ne nions pas que cette responsabilité peut être écartée ou limitée par la volonté des contractants. Mais à notre avis, il ne s'agit ici que d'une question d'interprétation des dispositions légales ou conventionnelles excluant ou atténuant la responsabilité contractuelle; l'existence seule de pareilles dispositions n'implique *pas toujours* qu'elles s'étendent aussi à la responsabilité délictuelle; il faut, dans chaque cas particulier, rechercher si le but poursuivi par le législateur ou par les contractants est de supprimer ou de limiter également la responsabilité délictuelle. L'extension des règles contractuelles au domaine délictuel ne nous paraît pas incompatible avec la théorie du concours d'actions; car, il ne ressort *pas toujours* de cette interprétation que les règles contractuelles écartent aussi la responsabilité<sup>88</sup>. En outre, dans les cas où il est question seulement de limiter la responsabilité délictuelle en tenant compte des dispositions contractuelles, la responsabilité sera limitée, mais gardera son caractère délictuel.

c) von Tuhr<sup>89</sup> trouve l'action *ex contractu* plus avantageuse pour le demandeur que l'action *ex delicto*. Il lui semble que<sup>90</sup> "la seule raison pratique d'admettre le concours de deux actions, l'une fondée sur le contrat et l'autre sur le délit, a maintenant disparu", puisque "le CO révisé permet d'accorder une réparation morale sur la base du droit contractuel", ce qui n'était pas possible autrefois.

Il est difficile de partager cette opinion de von Tuhr; car

87) Cf. les auteurs cités par Mazeaud-Tunc, à la note 4 relative au no 192.

88) Cf. Čađa, pp. 102-103, 206 et sv.

89) P. 506.

90) P. 507, texte relatif aux notes 102 a et 103.

comme nous l'avons démontré plus haut<sup>91</sup>, l'action délictuelle peut être encore plus favorable à plusieurs égards pour le demandeur que l'action contractuelle.

L'un des nombreux avantages que présente la théorie du concours d'actions, est qu'elle permet à la victime d'agir contre les tiers qui ont participé comme instigateur ou complice à la violation du contrat; cet avantage est nié par von Tuhr qui déclare que<sup>92</sup> "la complicité ou l'instigation à commettre une faute contractuelle peuvent très bien être considérées comme tombant sous le coup de l'art. 41 II, et qu'il n'est nullement nécessaire d'admettre que la façon d'agir du débiteur contractuel implique aussi un acte illicite". Mais, comme Oser - Schönenberger<sup>93</sup> remarquent avec raison, on ne peut se fonder toujours sur l'art. 41 al. II du CO; car, celui-ci exige l'intention de nuire à autrui, condition qui ne se réalise pas dans tous les cas de complicité<sup>94</sup>.

d) Un autre argument fourni par von Tuhr<sup>95</sup> contre l'idée de concours d'actions est le suivant: "Dans l'action délictuelle, le demandeur ne pourra se dispenser d'indiquer les circonstances dans lesquelles le défendeur est entré en contact avec la chose, c'est-à-dire de mentionner, le cas échéant, un rapport contractuel relatif à la chose".

A notre avis, lorsque le demandeur allègue le rapport contractuel comme un *fait* justifiant son action délictuelle, cette allégation ne transforme pas celle-ci en une action contractuelle; par conséquent, dans des cas pareils, il n'est pas question de l'exclusion de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle.

e) Çağa<sup>96</sup> reproche à von Tuhr de ne pas être conséquent dans sa théorie. En effet, von Tuhr<sup>97</sup> affirme qu'on peut former une demande délictuelle, s'il n'est pas possible d'exercer l'action

91) Cf. supra III.

92) § 68, note 104.

93) Rem. préliminaire 20 aux art. 41 et sv.

94) Cf. aussi Çağa, p. 103; Secrétan, p. 198.

95) P. 507, texte relatif à la note 99.

96) Pp. 104-106.

97) Cf. supra note 78.

contractuelle, ainsi par exemple lorsque cette dernière est prescrite. Or, si les règles contractuelles en leur qualité de règles spéciales excluent l'application des principes délictuels, cette exclusion doit montrer ses effets aussi en matière de prescription.

En outre, selon von Tuhr<sup>98</sup> "le tiers lésé par la faute contractuelle n'a d'action contre le débiteur que si cette faute constitue à son égard un acte illicite; si, p. ex., la faute contractuelle entraîne la mort du créancier, les ayants causes pourront exercer contre le débiteur les actions découlant du délit que constitue l'homicide, art. 45 III". Or, von Tuhr refuse, d'une part, tout caractère délictuel à un fait dans lequel les conditions de la violation d'un contrat et d'un acte illicite se trouvent réunies; il admet, d'autre part, la coexistence d'une violation de contrat et d'un acte illicite, lorsqu'il s'agit d'accorder une action en dommages - intérêts aux personnes privées de leur soutien.

Enfin, von Tuhr<sup>99</sup> reconnaît la possibilité du concours d'une obligation de réparer dérivant d'une faute contractuelle avec la responsabilité causale incombant au propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage, et avec celle qui incombe au détenteur d'un animal; il justifie son opinion en déclarant que "la responsabilité découle ici de deux états de fait différents". Comme Çağa<sup>100</sup> le démontre clairement, il est difficile d'expliquer cette différence de traitement selon qu'il s'agit d'actes illicites fautifs ou des cas de responsabilité extra - contractuelle indépendants d'une faute; car, les actes illicites fautifs ont aussi certains éléments constitutifs différents de la violation du contrat.

## 2. Réfutation de la théorie du mélange des moyens de droit.

La théorie selon laquelle la victime a la faculté d'emprunter à chacun de deux régimes de responsabilité ses avantages et d'écarter les règles qui la gênent dans l'un, pour lui substituer celles qui la favorisent dans l'autre, la théorie du mélange des moyens de droit,

98) § 68, note 101.

99) P. 508, le texte relatif aux notes 105-106.

100) Pp. 105-106.

est soutenue en droit suisse par Secrétan<sup>101</sup>; même selon cet auteur, c'est la théorie admise par le Tribunal fédéral et par la majorité de la doctrine suisse<sup>102</sup>. Reprenons certains passages de l'étude de Secrétan, qui répète à plusieurs endroits, que le droit suisse admet le cumul des moyens de droit :

“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<sup>103</sup>... 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 cela 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 CO) et, en même temps, se prévaloir de la *longue prescription* des droits créés par le contrat (127 CO)<sup>104</sup>... Le droit suisse admet le concours d'actions sous sa forme la plus accentuée, le *cumul*<sup>105</sup>... 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

101) Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, ZSR, N. F. 68 (1949) pp. 186-187, 191, 201-203. Cette étude a été traduite en turc (tr. par. E. Tüzemen: İsviçre Hukukunda akdî mes'uliyetle haksız fiilden mütevellid mes'uliyetin telâhuku, La Revue Judiciaire, 1950, pp. 417 et sv.); mais elle n'a pas trouvé d'approbation parmi les auteurs turcs; au contraire, Çağa (Akde muhalif hareketlerle haksız fiilin aynı hâdisede içtima, içtimai, İleri Hukuk, 1945, No. 5, p. 8) avait déjà pris clairement position contre la thèse du mélange.

102) "... 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". Secrétan, p. 191.

103) Secrétan, p. 186.

104) Secrétan, p. 201.

105) Secrétan, p. 202.

sous la forme aggravée de la responsabilité du fait des choses ou des animaux<sup>106</sup>”.

Tâchons de soumettre à une analyse critique les idées énoncées par Secrétan à l'appui de sa thèse :

a) Secrétan<sup>107</sup> écrit qu'on "peut signaler des cas — jugés par le Tribunal fédéral — dans lesquels le demandeur n'a obtenu le plein octroi de dommages - intérêts que grâce au cumul des deux genres de responsabilités". Il cite à titre d'exemple l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, le 25 mai 1938, dans l'affaire "Ulrich c. J. Grunders Erben"<sup>108</sup>. Secrétan<sup>109</sup> affirme en les termes suivants, que le Tribunal fédéral a permis, dans cet arrêt, au demandeur de cumuler les avantages de chacun de deux ordres de responsabilité: "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”.

Mais si l'on examine attentivement l'arrêt en question, on est obligé de faire les constatations suivantes, qui ne confirment pas tout à fait le point de vue de Secrétan :

aa) Dans le texte de l'arrêt publié dans le Recueil Officiel, on ne trouve aucune phrase relative à *la condamnation solidaire* de plusieurs responsables, *en leur qualité d'auteurs d'un acte illicite*; il ne s'agit que de condamner la défenderesse, la maison J. Grunder's Erben, simplement à une somme de fr. s. 3000.

bb) L'arrêt en question se rapporte à un cas<sup>110</sup> où l'on est en présence du concours d'une responsabilité contractuelle dérivant de l'exécution défectueuse d'un contrat d'entreprise (CO art. 368)

106) Secrétan, p. 203.

107) P. 187.

108) RO 64 II 254 ou JdT, 1939, I, pp. 42 et sv. Il est probable que M. Secrétan ait cité par erreur l'arrêt du 25 mai 1938 au lieu de l'arrêt du 22 mars 1945 (RO 71 II 115). Cf. infra note 112a.

109) P. 187, note 7.

110) Un monteur de lignes téléphoniques donne à réparer à un sellier la sangle qui permet de s'attacher aux poteaux sur lesquels il doit grimper; mais la sangle, mal réparée par un ouvrier du sellier, se déchire lors de son emploi par le monteur, qui tombe d'un poteau et se blesse grièvement.

avec la responsabilité de l'employeur (CO art. 55). Par conséquent, il n'est pas question du *renversement (contractuel) du fardeau de la preuve*; car, il n'est pas nécessaire de prouver la faute de l'employeur ou de l'employé, lorsqu'on se prévaut de l'art. 55 du CO. Au surplus, une faute (*zusätzliche Verschulden*) de l'employeur avait été établie; car, on avait prouvé<sup>111</sup> qu'il avait remis à son ouvrier du matériel de mauvaise qualité<sup>112</sup>), dont l'emploi peut mettre en danger la vie d'autrui.

cc) Dans l'arrêt cité, on ne fait aucune mention d'une responsabilité solidaire de l'employé et de l'employeur; même dans l'hypothèse où tous les deux étaient condamnés à réparer le dommage on pourrait discuter l'existence d'une solidarité parfaite entre eux, dérivant de leur faute commune au sens de l'art. 50 du CO. Du reste, il ressort de l'arrêt, qu'en employant le matériel de mauvaise qualité, l'employé a agi aussi d'une manière fautive; même si l'on admettait que l'employeur et l'employé ont causé le dommage par leur faute commune, on ne pourrait parler d'un renversement contractuel du fardeau de la preuve concernant la faute.

En résumé, dans l'arrêt en question, la solidarité des auteurs d'un acte illicite et le reversement contractuel du fardeau de la preuve concernant la faute, ne se trouvent pas réunis. D'ailleurs, Secrétan ne cite pas d'autres arrêts du Tribunal fédéral qui justifieraient son point de vue. Dans la plupart des arrêts cités par l'auteur, le Tribunal fédéral parle expressément du concours d'actions, mais dans aucun il ne fait mention du cumul ou du mélange des moyens<sup>112a</sup>. Dans la doctrine non plus, on ne rencontre pas des

111) Cf. RO 64 II p. 262.

112) Le cuir utilisé était de deuxième qualité et impropre à l'emploi qui en a été fait.

112a) Bien que le TF déclare dans l'un de ses arrêts (RO 71 II 115, cons. 4) que "les moyens tirés des art. 41 et sv. et des art. 97 et sv. CO ne s'excluent pas en l'espèce et aucune disposition légale ne s'oppose à leur cumul", il ne veut pas par là entendre comme M. Secrétan, que les moyens tirés de chacun des deux ordres de responsabilité peuvent être combinés; le TF emploie le terme de cumul (comme en droit français) dans le sens du concours, et non dans le sens du mélange des moyens. Le Tribunal paraît avoir l'intention d'exprimer que l'existence de la responsabilité contractuelle n'empêche pas l'application des règles



juristes qui défendent la thèse du mélange; la majorité de la doctrine suisse se prononce seulement en faveur du concours d'actions<sup>113</sup>.

b) Secrétan<sup>114</sup> ne voit pas "d'objections logiques" à la solution qu'il préconise.

Toutefois, il nous semble qu'il est difficile de concilier la théorie du mélange des moyens avec les exigences de la logique juridique. En effet, en instituant deux ordres de responsabilité, le législateur a réglementé chacun comme constituant un tout indivisible<sup>115</sup>; autrement, il n'y aurait aucune raison de prévoir deux espèces différentes de responsabilité: on pouvait statuer un seul régime qui comporte tout ce qu'il y a d'avantageux pour la victime dans chacun de deux ordres de responsabilité. C'est pourquoi certains auteurs français<sup>116</sup> voient dans le mélange des moyens, "un véritable facteur d'anarchie juridique à rejeter sans aucune réserve". Mazeaud - Tunc<sup>117</sup> écrivent que "la possibilité d'une telle action délictuelle - contractuelle est trop contraire aux principes pour qu'on y ait jamais sérieusement songé". Même les partisans français du cumul refusent à la victime cette action qu'ils considèrent "vraiment choquante"<sup>118</sup>.

D'ailleurs, l'admission d'une seule action hybride, est contraire à la construction du concours de deux actions, construction approuvée, en principe, par Secrétan lui-même.

c) Le cumul des moyens paraît à Secrétan<sup>119</sup>, le seul système qui peut "dans nombre d'hypothèses, assurer à la victime la pleine réparation du dommage".

---

de la responsabilité délictuelle; autrement dit, il ne nous semble pas qu'il admette le cumul des côtés avantageux de chaque ordre de responsabilité.

113) Cf. les auteurs cités infra à la note 121.

114) P. 202.

115) Lorsque nous admettons que (V. infra d) dans certains cas l'atténuation de la responsabilité contractuelle peut s'étendre à la responsabilité délictuelle, nous ne nous trouvons pas en contradiction avec l'idée que nous soutenons ici; car, dans les cas en question, il s'agit de l'interprétation de la volonté du législateur ou des contractants.

116) Cf. Brun, p. 380.

117) T. I, p. 226.

118) Cf. Brun, p. 137.

119) Pp. 202-203.

A notre avis, lorsqu'on réglemente la responsabilité civile, il ne faut pas prendre en considération seulement l'intérêt de la victime à être protégée, on doit aussi tenir compte des intérêts légitimes de la personne responsable; or, le système du mélange est inéquitable de ce point de vue; car, dans ce système, "tout moyen de défense est interdit au défendeur au procès; il ne peut se prévaloir d'aucune des règles qui lui seraient secourables dans l'un ou l'autre régime; le demandeur en revanche, a tous les droits: il peut se comporter alternativement comme un contractant et comme un tiers; veut-il faire déclarer son adversaire en faute? Il fera figure de contractant. S'aperçoit-il qu'en cette qualité l'indemnité sera faible ou même nulle, il change de masque, devient un tiers et triomphe ainsi de tous les obstacles"<sup>120</sup>.

L'analyse critique de la théorie du mélange nous conduit ainsi à rejeter celle-ci et à déclarer que même si l'on admet le concours d'actions, la victime doit opter en bloc entre les deux ordres de responsabilité. Ou si elle se prévaut concurremment de deux ordres le juge doit appliquer en bloc l'un de ceux-ci; le juge peut prononcer son jugement aussi sur la base de deux responsabilités, à condition toutefois que le résultat ne diffère pas si l'on choisit l'une seule de celles-ci.

### 3. Admission de la théorie du concours d'actions.

a) Concours de l'action contractuelle avec l'action fondée sur un acte illicite fautif.

Selon l'opinion dominante en droit suisse<sup>121</sup> et en droit turc<sup>122</sup>, lorsque, dans un même fait générateur du dommage, les

120) Brun, pp. 280-281.

121) Cf. Oftinger, Bd. I, pp. 433-434; Jost, p. 317; Çağa, pp. 123 et sv.; Oser-Schönenberger, rem. prélim. à l'art. 41, nos. 15 et sv.; Becker, rem. prélim. à l'art. 41 no. I et les autres auteurs cités par Oftinger, Bd. I, § 13, note 29. Le Tribunal fédéral dans RO 71 II 214; 71 II 115; 70 II 215; 67 II 136; 64 II 258; 61 II 228; 57 II 66; 51 II 582; 50 II 378; 37 II 9; 35 II 424; 26 II 106.

122) Saymen-Elbir, pp. 387-388; Tandoğan, p. 537; Çağa, İleri Hukuk, 1945, no. 5, pp. 6-9; Senai Olgaç, Kazai ve ilmi içtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, t. I. İstanbul 1959, p. 917. La Cour de Cassation turque, 4e Chambre Civ. 22.6.1945, E. 1711/K. 1489. İleri Hukuk 1945, no.

conditions de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle dérivant d'une faute se trouvent réunies, la victime a, en principe, deux actions concurrentes<sup>123</sup>, l'une régie par les règles contractuelles et l'autre par les principes délictuels. Toutes les deux actions sont dirigées vers le même but et contre la même personne; chacune de celles-ci est destinée à permettre à la victime d'obtenir la réparation d'un seul et même dommage; par conséquent, dans la mesure où l'une des actions s'éteint par l'exécution ou par un autre fait qui désintéresse le créancier, l'autre prend aussi fin. En dehors de cela, chacune des actions est indépendante de l'autre et régie par les règles qui lui sont propres. La victime peut opter entre les deux actions; lorsqu'elle fait son choix, elle est soumise à la totalité des dispositions qui se rapportent à l'action qu'elle a préférée; le choix doit donc se faire en bloc entre les deux ordres de responsabilité; il n'est pas permis de réunir en une seule action hybride les côtés avantageux de chaque ordre.

Il est à souligner que, la victime *peut* opter entre les deux responsabilités; mais elle *n'est pas obligée* de faire son choix lorsqu'elle intente le procès. Elle peut fonder sa demande sur la base de deux responsabilités et se protège ainsi contre le danger du rejet de l'action basée sur l'une seule des responsabilités. Le juge peut également prononcer un jugement, concurremment sur la base de deux responsabilités, lorsque le résultat ne diffère pas selon la responsabilité choisie; mais il ne peut pas approuver la demande en empruntant un élément qui manque dans l'une des responsabilités à l'autre ou bien il n'a pas le droit de mélanger les côtés avantageux de chaque responsabilité.

Çağa<sup>124</sup> considère le concours d'actions comme un résultat

5. p. 22 (concours de l'action basée sur la violation du contrat de bail avec l'action délictuelle); Chambres civ. réunies 3.5.1953, E. 177-29/K. 39, Recueil de jurisprudence turque (RJT) v. 8, no. 1471; Chambre com. 18.5.1953, E. 5903/K. 2659, RJT. v. 8, no. 1472 (violation du contrat de travail par l'employé, violation qui constitue en même temps un acte illicite); Chambres civ. réunies, 23.11.1955, E. 4-89/K. 8. RJT. v. 11, no. 200.

123) Sur la notion du concours d'actions cf. von Tuhr, § 5; Oettinger, Bd. I, pp. 302 et sv., 433-434; Çağa, pp. 181-182.

124) Pp. 123-125.

nécessaire du principe de causalité juridique; selon lui, puisque les conditions de deux ordres de responsabilité sont réalisées dans le même fait, il est logique et naturel que ce fait déclenche les effets prévus par les deux ordres. Par contre, Oftinger<sup>125</sup> écrit, à juste titre, que l'affirmation de Çağa constitue une *petitio principii*; la question de savoir si la théorie du concours ou une autre solution est exacte, n'est pas une question de déduction logique, mais une question d'appréciation fondée sur un jugement de valeur.

Or, la théorie du concours balance les intérêts de la victime et de la personne responsable d'une manière équitable. D'une part, elle ne prive pas la victime de la protection des règles délictuelles<sup>126</sup> comme la théorie de l'incompatibilité; d'autre part, elle ne protège pas non plus le lésé d'une façon exagérée, en refusant à la personne responsable tout moyen de défense, comme le font les partisans de la théorie du mélange<sup>127</sup>.

D'ailleurs, la situation juridique des parties ne sera pas moins claire lorsqu'on admet la théorie du concours, au lieu de la théorie de l'incompatibilité<sup>128</sup>; une fois le choix de la victime opéré, les rapports réciproques des parties seront déterminés avec assez de clarté.

Enfin, la théorie du concours ne nie pas toute influence du rapport contractuel sur la responsabilité délictuelle; mais elle y voit un problème d'interprétation de la volonté du législateur ou des contractants<sup>129</sup>.

125) Bd. I, p. 434, note 29.

126) En effet, pourquoi la victime doit-elle être privée de la protection des règles délictuelles, lorsqu'au devoir général imposé par l'ordre juridique, vient s'ajouter encore un devoir contractuel? Cf. Çağa, pp. 179-180.

127) Cf. supra le texte relatif à la note 120.

128) Selon von Tuhr (p. 507) la théorie de l'exclusion est plus simple et plus claire.

129) Cf. infra (d).

130) Oftinger, Bd. I, p. 433; Çağa, p. 105; Secrétan, pp. 199-200; Jost, p. 320; Becker, rem. prélim. aux art. 41 et sv., nos. 1 et 7; Oser - Schönenberger, rem. prélim. à l'art. 41, no. 19; même von Tuhr (p. 508) (cf. supra le texte relatif à la note 99); en droit turc: Tandoğan, p. 537.

b) Concours de l'action contractuelle avec une action dérivant d'une responsabilité causale prévue par le CO ou par le CC.

Les auteurs suisses et turcs<sup>130</sup> ainsi que le Tribunal fédéral<sup>131</sup> et la Cour de Cassation turque<sup>132</sup> sont presque unanimes à admettre le concours de l'action contractuelle avec une action dérivant d'une responsabilité causale instituée par le CO ou par le CC (CO art. 55, 56, 58; CC turc art. 320, 656 - CC suisse art. 333, 679). Comme le Tribunal fédéral<sup>133</sup> le déclare à propos de la responsabilité du propriétaire du bâtiment, les prescriptions du CO et du CC instituant une responsabilité causale "sont d'une portée générale, leurs effets ne sauraient être exclus ou amoindris par l'existence de rapports contractuels entre parties"<sup>134</sup>; sinon, ces prescriptions manqueraient leur but<sup>135</sup>. Seulement, certains auteurs estiment que l'application de l'art. 100 exclut celle de l'art. 55 du CO<sup>136</sup>.

c) Concours de l'action contractuelle avec une action dérivant d'une responsabilité causale prévue par une loi spéciale.

D'après l'opinion d'Offtinger<sup>138</sup>, la plupart des lois spéciales qui instituent une responsabilité causale réglementent d'une manière exclusive la réparation du dommage causé par l'exploitation de certaines entreprises et choses, sans faire une distinction selon qu'il existe ou non un rapport contractuel entre la victime et la personne responsable; par conséquent, lorsqu'un tel cas de responsabilité

131) RO 16, 559/560; 23, 1679; 64 II 261; 35 II 93; 60 II 342.

132) 4. Chambre civ. 31.1.1951, E. 1198/K. 774, RJT, v. 5, no. 237 (concours de l'action fondée sur le contrat de transport avec l'action basée sur l'art. 58, le train étant considéré comme un ouvrage au sens de l'art. 58, cf. supra note 4); contre le concours: 4. Chambre civ. 12.10.1950, E. 3566/K. 4779, RJT, v. 3, no. 580 (la responsabilité contractuelle de l'employeur contre son employé, fondée sur l'art. 332 du CO (art. 339 du CO suisse) exclut sa responsabilité découlant de l'art. 58 du CO).

133) RO 60 II 341.

134) Cf. toutefois infra le texte relatif à la note 146.

135) RO 15, 638; Jost, p. 320; Secrétan, p. 200.

136) Dans ce sens Oser-Schönenberger, art. 55, no. 12; von Tuhr, § 49, note 4; en droit turc; Saymen-Elbir, pp. 389 et 417.

137) Çaga (pp. 111-115) et Jost (pp. 320-321) sont de même avis.

138) Bd. I, p. 433, le texte relatif aux notes 22 et 23.

se présente, il n'est plus possible de se prévaloir des art. 41 sv. ainsi que des art. 97 et sv. du CO suisse<sup>139</sup>.

A notre avis, en droit turc, les lois spéciales instituant des cas de responsabilité causale n'excluent pas l'application des règles générales contenues dans le CO. L'art. 50 al. V de de la Loi sur la circulation routière renvoie aux dispositions générales pour la responsabilité concernant les dommages dont la réparation n'est pas prévue par la loi en question; mais nous trouvons équitable que la victime puisse intenter une action aussi pour les dommages prévus par la Loi sur la circulation routière, s'il n'est plus possible d'intenter une action conformément à l'art. 50 de ladite loi; par exemple, la personne qui, transportée par un véhicule automobile, subit un accident, doit pouvoir former une demande en se fondant sur le contrat de transport, lorsque son action basée sur l'art. 50 de la Loi sur la circulation routière est déjà prescrite par l'écoulement de deux ans, délai de prescription établi par cette loi<sup>140</sup>.

d) Influence du rapport contractuel sur la responsabilité délictuelle.

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises<sup>141</sup>, le rapport contractuel qui existe entre la victime et la personne tenue responsable du dommage, peut exercer une certaine influence sur la responsabilité délictuelle de cette personne. En effet, dans certains cas, l'existence du contrat exprime le consentement de la victime à l'acte de l'auteur du dommage et enlève à cet acte son caractère illicite<sup>142</sup>.

D'autre part, il ressort de l'interprétation de certaines dispositions légales ou conventionnelles atténuant ou excluant la responsabilité contractuelle, que l'intention du législateur ou des contractants est aussi d'atténuer ou d'exclure la responsabilité délictuelle. Nous avons démontré plus haut<sup>143</sup>, que le fait d'étendre ainsi l'adoucissement de la responsabilité contractuelle à la responsabilité

139) Çağa (p. 179) est d'avis contraire.

140) Cf. Tandoğan, pp. 537-538.

141) Cf. supra le texte relatif aux notes 88 et 129 ainsi que la note 115.

142) Cf. Çağa, pp. 182-188; Tandoğan, pp. 31-32.

143) Cf. supra notes 115 et 88.

délictuelle, n'est pas contraire au principe du concours d'actions<sup>144</sup>. Seulement, nous sommes d'avis qu'il ne faut pas affirmer à l'avance que toutes les dispositions allégeant ou supprimant la responsabilité contractuelle produiront toujours le même effet également sur la responsabilité aquilienne; nous pensons même qu'il n'est pas exact de reconnaître une présomption en faveur de l'extension des dispositions en question à la responsabilité délictuelle<sup>145</sup>. Il faut, dans chaque cas particulier, rechercher si le législateur ou les contractants, en établissant la disposition qui écarte ou atténue la responsabilité contractuelle, visaient en même temps la suppression ou l'atténuation de la responsabilité délictuelle. En outre, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'une clause de non-responsabilité écarte également la responsabilité extracontractuelle indépendante de la faute<sup>146</sup>, si tel était le but des parties en stipulant cette clause.

---

144) De même avis Çağa, pp. 181, et sv.

145) **Oftinger** (p. 439) semble incliner en faveur d'une telle présomption. Cf. aussi **Jost**, p. 318. D'un avis semblable au nôtre, mais pour le droit allemand: **Rolf Dietz**: *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Bonn und Köln 1934, pp. 239-240, 334.

146) De même avis Çağa, p. 210; **Oftinger**, Bd. I, p. 439; **Becker**, no. 4 avant l'art. 41; d'avis contraire: **Oser - Schönenberger**, rem. prélim. 19 à l'art. 41.