



Chapitre de livre

1998

Published version

Open Access

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

---

## Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle : une histoire ambiguë

---

Winiger, Bénédicte

### How to cite

WINIGER, Bénédicte. Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle : une histoire ambiguë. In: Pacte, convention, contrat : Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin. Dufour, Alfred, Winiger, Bénédicte ... [et al.] (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1998. p. 161–174. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23674>

# Les effets de la responsabilité contractuelle et délictuelle: une histoire ambiguë

Bénédict WINIGER

Depuis 1988, une commission d'étude travaille à la révision totale du droit de la responsabilité civile du Code des Obligations suisse. L'art. 2 de l'avant-projet propose indubitablement des modifications majeures du régime en place. Il fixe comme règle que les dispositions de la responsabilité délictuelle s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle<sup>1</sup>. En même temps, il réserve un régime spécifique notamment aux cas d'inexécution et d'exécution tardive. D'où vient cette norme hétérogène qui, si un jour elle devait entrer en vigueur, éjecterait du CO du moins partiellement le principe fondamental de la séparation des effets des deux formes de responsabilité<sup>2</sup>?

Dans son rapport de 1991 au chef du département fédéral de justice et police<sup>3</sup>, la commission d'étude se référait notamment à un article de Peter Jäggi qui remettait en question le bien-fondé de la distinction que la doctrine fait entre responsabilité contractuelle et extra-contractuelle<sup>4</sup>. Les ambiguïtés dénoncées par Jäggi ont des racines historiques profondes qui remontent, comme nous essayerons de le montrer en quelques traits, au droit romain et nourriront encore le droit civil européen et certaines codifications nationales.

---

<sup>1</sup> B. Champ d'application, I. Responsabilité entre cocontractants

Art. 2 *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les dispositions spécifiques à certaines espèces de contrats instituant un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée.*

<sup>2</sup> Notons bien que déjà l'art. 99 al. 3 du CO actuel renvoie, pour les effets de la faute contractuelle, par analogie à la responsabilité pour actes illicites.

<sup>3</sup> *Rapport de la commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile*, août 1991, 74ss.

<sup>4</sup> Peter JÄGGI, «Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung», in: *Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, 181-197, 183; plus récemment concernant la réforme du droit de la responsabilité civile, *Revue de Droit Suisse* 116,1,4, 1997, où les professeurs Pierre TERCIER, Gilles PETITPIERRE, Heinrich HONSELL, Peter GAUCH et Franz WERRO analysent des aspects particuliers de l'avant-projet.

En droit romain, la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle découle en principe de la technique juridique même. Celui qui est lié par un contrat, par exemple une *emptio/venditio*, dispose d'une *actio empti* ou *venditi* pour faire valoir ses prétentions. En revanche, celui qui a subi un dommage en absence de tout contrat est au bénéfice d'une action spéciale. Par exemple, celui dont on a blessé un esclave ou détérioré tout autre bien peut intenter une *actio legis Aquiliae*<sup>5</sup>.

Cependant, dans la jurisprudence romaine, ce principe souffre d'exceptions. L'artisan qui, par inexpérience, a brisé un calice qu'il aurait dû transformer pour un client répond malgré le rapport contractuel aussi de l'a° *legis Aquiliae*<sup>6</sup>. De même, une sage-femme qui administre à une esclave un médicament mortel peut être poursuivie avec une a° *legis Aquiliae*<sup>7</sup>. Ou encore, le locataire dont les esclaves ont incendié l'objet loué répond envers le bailleur soit *ex locato*, soit de *lege Aquilia*<sup>8</sup>.

En d'autres termes, si le droit romain attribue aux différents types de contrats<sup>9</sup> et aux différents dommages extra-contractuels<sup>10</sup> des actions spéciales, la jurisprudence a abandonné, dans certains cas, ce principe simple et a accordé notamment des moyens juridiques extra-contractuels pour sanctionner des manquements à l'exécution d'un contrat.

En droit continental, cette extension des sanctions délictuelles au domaine contractuel connaîtra une réception nuancée qui variera selon les périodes historiques et les auteurs. Nous savons que, notamment, les juristes de l'*usus modernus* appliquaient l'a° *legis Aquiliae* à toute forme de dommage infligé fautivement, sans se soucier d'éventuels rapports contractuels entre les parties<sup>11</sup>.

Une étape importante dans la formulation de la responsabilité moderne a été marquée par Hugo Grotius<sup>12</sup> qui reprit, modifia et clarifia les taxinomies

<sup>5</sup> Cf. Bénédicte WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine*, Bâle 1997, 151ss.

<sup>6</sup> Ulp. D. 9,2,27,29; par contre aussi Ulp. D. 19,2,13,5.

<sup>7</sup> Lab./Ulp. D. 9,2,9pr; cf. pour une a° *ad exemplum Aquiliae* contre un médecin qui a soigné avec négligence un patient, Ulp. Coll. 12,7,7.

<sup>8</sup> Proc./Ulp. D. 9,2,27,11.

<sup>9</sup> Les a° *locati* ou *conducti* en cas de *locatio/conductio*, les a° *mandati* et *mandati contraria* pour les contrats de mandat, etc.

<sup>10</sup> P. ex. l'a° *iniuriarum* en cas d'atteinte à l'honneur, etc.

<sup>11</sup> Cf. Horst KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, Köln etc. 1958, 110ss; aussi Reinhard ZIMMERMANN, *The law of Obligations*, München 1993, 1024.

<sup>12</sup> Cf. Robert FEENSTRA, «Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadenersatz bei Tötung und Körperverletzung», in: Robert FEENSTRA/Reinhard ZIMMERMANN (éd.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin 1992, 429-454.

romaines des obligations. Selon Gaius, toute obligation naît d'un contrat ou d'un délit<sup>13</sup>. Justinien, qui développe les catégories gaiennes, les divise en quatre groupes: *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio* et *quasi ex maleficio*<sup>14</sup>. Grotius complète les deux catégories principales par une troisième, la loi, et distinguera entre obligations contractuelles et délictuelles: «(...) ce qui nous est dû soit en vertu d'un pacte, soit par un méfait; soit par la loi (...)»<sup>15</sup>. Cette distinction nette apparaît également au début du chap. 17 du livre 2, où Grotius reprend brièvement sa taxinomie en *pactio*, *maleficio* et *lex*: «Les pactes ont été assez traités. Venons-en maintenant à ce qui est naturellement dû par un méfait»<sup>16</sup>. En d'autres termes, il traite séparément et dans des chapitres différents des rapports contractuels et délictuels et de leurs conséquences respectives.

Son analyse des contrats, consacrée largement au principe général de l'égalité des prestations<sup>17</sup>, n'approfondit pas la problématique de l'inexécution du contrat et des moyens juridiques qui en découlent pour le lésé. En revanche, c'est davantage sa discussion de la responsabilité extra-contractuelle qui retient notre attention. C'est elle qui jette les bases pour la responsabilité délictuelle moderne. Le titre du chap. 17, «Du dommage infligé sans droit, et de l'obligation qui en naît»<sup>18</sup>, renvoie d'emblée au *damnum iniuria datum* qui formait déjà le noyau conceptuel de la responsabilité aquilienne romaine. Grotius reprend du moins partiellement la terminologie antique, mais la complète notamment par la notion de *maleficio*, à laquelle il confère une fonction centrale qu'elle n'occupe pas dans la *lex Aquilia*. Mais surtout, il dispose les termes dans un nouvel ordre:

«Nous appelons méfait toute faute commise soit par un acte, soit par une abstention, et qui se trouve en conflit avec ce que les hommes doivent faire de manière générale ou en raison de certaines qualités. D'une telle faute naît naturellement une obligation de réparer le dommage qu'on a infligé.»<sup>19</sup>

<sup>13</sup> Gai. 3,88.

<sup>14</sup> Inst. 3,13. Pour les obligations *quasi ex delicto*, voir Reiner HOCHSTEIN, *Obligations quasi ex delicto*, Stuttgart etc. 1971.

<sup>15</sup> «*id quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio; sive ex lege, ...*», Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis* 2,1,2,1.

<sup>16</sup> «*De pactionibus satis tractatum. Veniamus ad id, quod ex maleficio naturaliter debetur*», GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,1.

<sup>17</sup> GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,12,8ss.

<sup>18</sup> «*De damno per iniuriam dato, et obligatione quae inde oritur.*»

<sup>19</sup> «*Maleficio hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis*

Premièrement, Grotius construit ici une hiérarchie normative. Le *maleficium* naît de la violation d'un devoir: *quod (...) homines (...) facere debent*. A son tour, le devoir de l'homme découle d'un ordre naturel: *obligatio naturaliter oritur*. L'unique sanction est le rachat du tort infligé: *ut id resarciatur*.

Deuxièmement, la base légale diffère ici fondamentalement de celle du droit romain. Avec le terme *iniuria*, la *lex Aquilia* s'appuyait sur un ordre général de droit positif. En remplaçant ce fondement par un principe de droit naturel, Grotius fait du dommage infligé sans droit une atteinte à l'ordre naturel et, en dernier lieu, une violation de l'ordre divin, traitée, *nota bene*, comme une infraction *sui generis*. Ainsi, la responsabilité délictuelle suivra ses propres règles, différentes de celles de la responsabilité contractuelle.

Remarquons toutefois que la norme proposée par Grotius, bien que réservée en principe aux dommages extra-contractuels, est formulée de manière si générale que, prise à la lettre, elle pourrait s'appliquer sans difficultés aux dommages contractuels. Sur ce point, elle s'apparente au *damnum iniuria datum* romain dont la teneur large préfigure une clause générale de responsabilité, sans distinguer entre délit et contrat.

La solution de Grotius s'inscrit à la fois dans la continuité et marque une rupture avec le droit romain. Si elle renforce la distinction entre les conséquences juridiques pour dommages contractuels et délictuels, elle donne au dédommagement pour *maleficium* un nouveau fondement qui génère un *devoir* et, de ce fait, ouvrira la responsabilité à des arguments d'ordre philosophique et théologique.

Ce sont surtout Pufendorf et Wolff qui prolongent et étendent ces fondements philosophiques, mais en modifient les structures. Dans son *De Jure Naturae et Gentium*, Pufendorf fonde la responsabilité non pas sur le *suum cuique tribuere* auquel Grotius fait allusion<sup>20</sup>, mais sur le *neminem laedere*: «*Que personne ne lèse autrui et, s'il lui inflige un dommage, qu'il le répare*»<sup>21</sup>, et précise que toute forme de dommage y est soumise: «*si une lésion a été faite à quelqu'un, et si un dommage a été infligé d'une quelconque manière*»<sup>22</sup>. Il subordonne même explicitement les dommages contractuels et

---

*facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*», GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,1. FEENSTRA, *Deliktsrecht*, (n. 12) voit dans ce passage la première clause générale de responsabilité délictuelle, 428s.

<sup>20</sup> Notamment GROTIUS, *De jure belli* (n. 15), 2,17,2.

<sup>21</sup> «*Ut ne quis alterum laedat, utque, si quod damnum alteri dederit, id reparat*», SAMUEL PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 3,1,1.

<sup>22</sup> «*si cui abs aliquo laesio sit illata, damnumque datum ullo modo, ...*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,2.

délictuels au *neminem laedere*: «(...) toute lésion, altération, diminution (...); (...) soit aussi une omission ou altération d'une quelconque prestation, à laquelle un autre est tenu envers nous par une obligation parfaite»<sup>23</sup>.

Dans son interprétation, Pufendorf donne au *neminem laedere* une large portée philosophique. Il en fait un principe général qui dépasse le cadre strict du droit pour s'appliquer à tout acte de l'homme. En même temps et alors qu'elle est toujours mentionnée, la distinction entre atteintes contractuelles ou délictuelles est reléguée sur un arrière-plan. Même leur sanction est unifiée – par le principe de dédommagement –, puisque l'auteur du dommage est dans tous les cas tenu de réparer le tort infligé.

Dans *De officio Hominis et Civis*, Pufendorf reproduit la même structure. Le premier et le plus général des devoirs des hommes entre eux est le *nequis alterum laedat*<sup>24</sup>. A nouveau, ce principe s'applique aussi bien au domaine généralement extra-contractuel de la vie, du corps et de la liberté de l'autre qu'aux obligations conventionnelles: «Ce devoir ne protège pas seulement ce qui revient à quelqu'un par la nature, comme la vie, le corps, les membre, la pudeur et la liberté; mais aussi ce qui est réclamé par quelque disposition et convention humaine»<sup>25</sup>. Quant à la sanction du dommage infligé, Pufendorf reprend textuellement la formulation du *De Jure Naturae*<sup>26</sup> qui, nous l'avons vu, prévoit une disposition unifiée de dédommagement.

Aussi pour la définition du dommage, il traite de la même manière les domaines contractuel et délictuel. En effet, à côté des torts typiquement délictuels comme *laesio*, il énumère *corruptio* et *diminutio*, mais aussi les dommages qui découlent d'un rapport contractuel par «omission et dénégation d'une quelconque prestation qu'un autre est tenu de nous faire sur la base d'une obligation»<sup>27</sup>.

Comme Pufendorf, Wolff saisit la responsabilité juridique surtout sous un angle philosophique. Procédant systématiquement par définitions et déductions, il conçoit d'abord la *laesio* comme une atteinte à la perfection d'une

<sup>23</sup> «(...) *omnem laesionem, corruptionem, diminutionem* (...); (...) *sive denique omissionem aut denegationem alicujus praestationis, quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere tenebatur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,3.

<sup>24</sup> Samuel PUFENDORF, *De Officio Hominis & Civis juxta Legem Naturalem*, 1,6,2.

<sup>25</sup> «*Hoc ipso autem officio velut muniuntur non illa tantum, quae per ipsam naturam alicui adsunt; uti est vita, corpus, membra, pudicitia, libertas; sed & quaecunque instituto aliquo atque conventionione humana sunt quaesita*», PUFENDORF, *De Officio* (n. 24), 1,6,3.

<sup>26</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,2.

<sup>27</sup> «*omissionem ac denegationem alicujus praestationis, quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere tenebatur*», PUFENDORF, *De Jure Naturae* (n. 21), 3,1,3.

personne ou de ses biens<sup>28</sup>. Il en déduit successivement l'obligation de ne pas léser autrui: *obligatio alterum non laedendi perfecta est*<sup>29</sup> et stipule une *obligatio tribuendi unicuique jus suum*<sup>30</sup>. De cette dernière, Wolff fait une conséquence négative de la première. Violer le droit d'autrui serait une *laesio*, d'où l'obligation de concéder à chacun son droit.

A son tour, l'*obligatio alterum non laedendi* est transformée en un *devoir*: *Nemo alteri damnum dare debet*<sup>31</sup>. Le fait de causer un dommage étant une *laesio*<sup>32</sup> et, par définition, une atteinte à la perfection, nul ne doit causer un dommage à autrui. Finalement, il définit pour toute forme de dommage une conséquence juridique unique qui, depuis le droit romain déjà, était la réparation du dommage: «*Tout dommage infligé dolosivement ou par faute doit être réparé*»<sup>33</sup>.

A l'instar de Pufendorf, Wolff a changé de perspective pour aborder le problème de la responsabilité. Toute sa démarche néglige ou rend même superflue la distinction des sanctions selon l'origine contractuelle ou délictuelle du dommage. Au centre de sa préoccupation se trouve la perfection de la création. Pour la sauvegarder, l'homme doit éviter de porter atteinte à l'ordre naturel et, le cas échéant, il sera contraint de réparer le mal infligé. Dans cette perspective surtout philosophique, la nature juridique du dommage importe peu. Wolff le souligne du reste avec le *damnum omne (...) resarciendum*<sup>34</sup> dont le *omne* vise toute forme de dommage, sans distinction juridique de ses origines.

La perfection comme but ultime détermine aussi l'autre grande ligne tracée par Wolff. Dans le chapitre *De Obligationibus & Juribus ex dominio oriundis*<sup>35</sup>, il analyse aussi bien les droits du propriétaire, que les obligations qui en découlent pour les tiers. Les deux n'étant que les deux faces de la même médaille, la responsabilité devient avant tout un moyen de protection de la propriété.

Avec ces deux éléments, protection de la propriété et perfection, il définit le rapport entre droit et métaphysique et relie les deux ordres indissociablement.

<sup>28</sup> Christian WOLFF, *Jus Naturae methodo scientifica pertractatum*, Halae Magdeburgicae 1740-1748, 1, §§ 669, 670.

<sup>29</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 1, § 915.

<sup>30</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 1, § 922.

<sup>31</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 533.

<sup>32</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 532.

<sup>33</sup> «*Damnum omne dolo vel culpa datum est resarciendum*», WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 580; cf. aussi § 618.

<sup>34</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, § 580.

<sup>35</sup> WOLFF, *Jus Naturae* (n. 28) 2, chap. 3.

Les catégories juridiques du contractuel et extra-contractuel s'effacent, peut-être à défaut d'un critère de distinction par rapport à l'objectif poursuivi.

L'héritage de Grotius ne se distribue pas seulement du côté des philosophes-juristes. Une autre ligne, plus juridique, se dégage notamment dans la tradition française. Domat surtout reprend la séparation entre la responsabilité contractuelle et délictuelle et la raffine. Il distingue clairement entre *Des Engagements volontaires & mutuels par les Conventions*<sup>36</sup> et les *Engagements qui se forment sans convention*<sup>37</sup>, traités successivement et séparément dans les deux premiers livres de ses *Loix civiles*.

Si Grotius était le premier à formuler une clause générale de responsabilité délictuelle<sup>38</sup>, Domat a le mérite de formuler une clause générale de responsabilité contractuelle:

*«En toutes conventions, c'est le second effet des engagements, que celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages & intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution, ou du retardement, & les circonstances. Et s'il y a lieu de résoudre la convention, elle sera résoluë avec les peines qui en devront suivre contre celui qui aura manqué d'exécuter son engagement.»*<sup>39</sup>

Evidemment, il justifie ici sa position par différents passages du Digeste<sup>40</sup>, mais en extrait une norme générale, selon laquelle toute convention<sup>41</sup> renferme, outre les droits et obligations stipulés par les parties, le droit de chacune de se faire dédommager en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution.

La norme générale est complétée par des dispositions particulières, propres aux différents types de contrats. La demeure en cas d'un contrat de vente, par exemple, est réglée dans une disposition spéciale:

*«Si le vendeur est en demeure de délivrer la chose venduë au jour & au lieu où la délivrance devait être faite; il sera tenu des dommages & intérêts de l'acheteur, selon les règles qui suivent.»*<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Jean DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, part. 1, liv. 1.

<sup>37</sup> DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), part. 1, liv. 2.

<sup>38</sup> Cf. FEENSTRA, *Das Deliktsrecht*, n. 12.

<sup>39</sup> DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), liv. 1, tit. 1, sect. 3, 4.

<sup>40</sup> Paul. D. 19,5,5,1; Ulp. D. 21,1,29,2, etc.

<sup>41</sup> Pour la signification du terme «convention» selon Domat: «*Ce mot de convention est un nom général, qui comprend toute sorte de contrats, traitez, & pactes de toute nature.*» DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), liv. 1, tit. 1, sect. 1,1.

<sup>42</sup> DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), liv. 1, tit. 2, sect. 2,16.

Aussi la responsabilité délictuelle reçoit une structure qui tend déjà vers les codifications à venir. Séparée explicitement de la responsabilité contractuelle<sup>43</sup>, elle est abordée en quatre sections, consacrées successivement (I) aux dommages par défenestration ou par d'autres objets tombant d'une maison, (II) aux dommages causés par des animaux, (III) aux périls et dommages provenant de maisons et (IV) aux autres espèces de dommages causés par des fautes. Dans chacune des quatre sections, Domat règle en détail, et souvent sous forme de normes générales, l'étendue de la responsabilité et les sanctions civiles ou pénales qui menacent le responsable.

Cependant, même s'il prétend à une séparation claire entre responsabilité contractuelle et délictuelle, Domat ne s'y tient pas rigoureusement. Dans la section IV, consacrée aux *autres espèces de dommages causés par des fautes* (responsabilité délictuelle), il aborde, par exemple, les conséquences de l'inexécution du contrat, au cas où la chose est endommagée ou détruite, alors qu'elle se trouvait encore entre les mains du vendeur en demeure. Comme déjà les juristes romains, il subordonne parfois des cas de responsabilité contractuelle aux critères de responsabilité délictuelle, et cela malgré un système qui, en principe, sépare les deux domaines.

Pothier, autre grand représentant de la tradition française, reprend et combine surtout des éléments de Justinien et de Grotius: «*Les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits; quelquefois la loi ou l'équité seule.*»<sup>44</sup>

De Justinien, il emprunte les quatre catégories de contrats et délits et de Grotius la loi comme source des obligations, tout en distinguant entre loi positive et naturelle. Dans le passage cité, l'expression *quelquefois la loi ou l'équité seule* se réfère probablement au *droit positif* qui peut, apparemment à titre supplétif, générer ponctuellement une obligation. Dans la suite du texte, le droit positif est explicitement subordonné au droit naturel: «*La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations: car si les contrats, délits ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute*»<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Domat distingue trois sortes de fautes: celles qui résultent 1. d'un crime ou délit, 2. d'un manquement à une obligation contractuelle et 3. celles sans rapport avec une convention. Dans ce chapitre, il dit traiter seulement du dernier groupe, cf. DOMAT, *Loix civiles* (n. 36), liv. 2, tit. 8.

<sup>44</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité des Obligations*, 1,1, Paris 1761.

<sup>45</sup> POTHIER, *Traité* (n. 44), 1,1,2,§ 3.

Conformément à la hiérarchie normative mise en place par les jusnaturalistes, il fonde le droit naturel sur des principes généraux, en l'occurrence les principes romains *honeste vivere* et *neminem laedere*, et lui subordonne l'ensemble de l'ordre juridique positif.

Unifiée, la conséquence juridique pour violations contractuelles et délictuelles est toujours le dédommagement. Pothier y consacre un chapitre à part, intitulé *Des dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du rapport apporté à leur exécution*<sup>46</sup>, où il traite de toutes les formes d'obligations, sans distinguer entre leurs origines contractuelles ou délictuelles. Toutefois, les cas concrets abordés relèvent du contrat.

A son tour, Pothier modifie les catégories juridiques léguées par la tradition:

*«Dans les contrats, c'est le consentement des contractants qui produit l'obligation; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats; parce que, sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats.»*<sup>47</sup>.

La distinction entre obligations consensuelles et non-consensuelles découle directement de sa théorie du contrat. Classifié comme une espèce de convention ou pacte, le contrat est défini par *«le consentement de deux ou plusieurs personnes»*<sup>48</sup>. Notion centrale du contrat, le consentement distingue le contrat de toute autre forme d'obligations qui peuvent découler, notamment, du droit positif ou même des règles générales de droit naturel.

En choisissant le critère du *consentement*, Pothier isole les contrats et range les quasi-contrats, ensemble avec les délits et quasi-délits, du côté des *«autres causes des obligations»*<sup>49</sup>. Dès lors, la ligne de séparation ne passe plus entre contrats et délits, mais entre les actes consensuels et les autres actes générateurs d'obligations. De ce fait, le domaine contractuel reçoit une acception restrictive, limitée selon les causes juridiques qui produisent l'obligation<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Des dommages et intérêts résultant soit de l'inexécution des obligations, soit du rapport apporté à leur exécution, POTHIER, *Traité* (n. 44), 1,2,3.

<sup>47</sup> POTHIER, *Traité* (n. 44), 1,1,2,§1.

<sup>48</sup> POTHIER, *Traité* (n. 44), 1,1,1,§1.

<sup>49</sup> POTHIER, *Traité* (n. 44), 1,1,2.

<sup>50</sup> Jusqu'à nos jours, la doctrine maintient une séparation conceptuelle stricte entre, d'une part, contrats et, d'autre part, quasi-contrats, délits et quasi-délits. Les premiers naissent de la volonté des parties, alors que les seconds sont imposés par le législateur; cf. Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD/André TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, Paris 1965, 111ss.

Les codificateurs du Code Civil Français (CCF) reprendront la quadruple division en contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits, mais les agenceront différemment. Si les contrats<sup>51</sup> restent séparés des quasi-contrats<sup>52</sup>, les délits et quasi-délits sont réunis dans le même chapitre<sup>53</sup>. A la différence de la clause générale de responsabilité contractuelle de Domat<sup>54</sup> qui vise toute forme de manquement aux obligations contractuelles, les art. 1146ss CCF sont formulés de manière plus restreinte et envisagent des cas de figure plus ponctuels. En revanche, pour la responsabilité délictuelle, l'art. 1382<sup>55</sup> formule une clause générale, dont nous avons déjà rencontré une ébauche chez Grotius<sup>56</sup>.

En d'autres termes, le CCF revient à une séparation plus claire des responsabilités contractuelle et délictuelle. Les art. 1146-1154 règlent la responsabilité contractuelle, les art. 1371-1381 celle des quasi-contrats et les art. 1382-1386 celle des délits et quasi-délits. Cette tripartition, évidemment inspirée des catégories de Justinien<sup>57</sup>, en simplifie l'articulation et regroupe les délits et quasi-délits sous les mêmes dispositions<sup>58</sup>.

Mais, ce n'est pas seulement la tradition française qui marquera les codifications. L'autre tradition, celle des philosophes Pufendorf et Wolff, se prolonge dans le § 1295,1 de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) autrichien:

*«Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.»*

Ici, le critère juridique déterminant n'est pas l'origine du dommage. Une fois de plus, la distinction contrat/délit cède devant d'autres catégories. L'ABGB met sur le premier plan le principe de *dédommagement* qu'il fait dépendre de

<sup>51</sup> Code Civil Français (CCF), art. 1146-1155.

<sup>52</sup> CCF, art. 1371-1381.

<sup>53</sup> CCF, art. 1382-1386.

<sup>54</sup> *Supra*.

<sup>55</sup> CCF, Art. 1382 *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

<sup>56</sup> Cf. *supra*.

<sup>57</sup> Cf. *supra*.

<sup>58</sup> La distinction marquée entre responsabilité contractuelle et délictuelle se trouve toutefois atténuée par la doctrine française: Notamment MAZEAUD et TUNC, *Traité* (n. 50), 103, admettent qu'il n'y a pas de différences fondamentales, mais seulement accessoires, entre la responsabilité contractuelle et délictuelle.

la *faute* de l'auteur et soumet les responsabilités contractuelle et délictuelle aux mêmes règles.

Bien sûr, la teneur de l'art. 1295 ne s'est pas imposée d'emblée. Le projet (dit Ur-Entwurf) avait prévu des dispositions distinctes pour la responsabilité contractuelle et délictuelle. Selon l'art. 442<sup>59</sup>, imprégné encore du style à la fois normatif et explicatif des premiers travaux préparatoires aux codifications, le contractant doit l'assiduité commandée par l'engagement pris. Celui qui viole «par mégarde» un devoir contractuel répond de son acte. Le paragraphe suivant, § 443 du projet<sup>60</sup>, est consacré aux dommages délictuels. Le législateur y protège en plus le lésé qui n'est pas au bénéficiaire d'un contrat, si l'auteur a agi intentionnellement ou par inadvertance. Lors de la première lecture, le rapporteur de la commission observa que différents paragraphes du projet, dont les §§ 442 et 443, stipulent le même principe de la responsabilité pour faute. Pour éviter d'inutiles répétitions, il proposa, en substance, un seul article général qui règle la question de la faute en cas de dommage, complété de simples renvois dans les différentes matières concernées, dont notamment le droit contractuel<sup>61</sup>. Le texte modifié qu'il soumit est déjà très proche de l'actuel § 1295 ABGB et consacre le principe d'une sanction unifiée pour des dommages contractuels et délictuels:

*«Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens zu fordern, welchen er ihm aus Verschulden zugefügt hat; der Schade mag aus Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag widerrechtlich verursacht worden sein.»*<sup>62</sup>

Dans un seul point, la commission n'a pas suivi la proposition du rapporteur et a introduit une modification qui, par rapport à la tradition aquilienne, représente un changement important. Pour éviter une autre répétition, elle dé-

<sup>59</sup> § 442 *«Bei allen gleich anfangs zweiseitig verbindlichen Verträgen will keiner der contrahierenden Theile etwas verschenken. Sie erwarten gleiche Vortheile voneinander, und sind dazu berechtigt. Jeder verpflichtet sich zum gehörigen Fleisse: Wer diese Pflicht nicht erfüllt, begeht ein Versehen, und verantwortet es.»*, in: Julius OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I*, Wien 1889, reprint Glashütten 1976, p. CXXX.

<sup>60</sup> § 443 *«Auch für Verletzungen, welche ohne Beziehung auf einen Vertrag vorsätzlich oder aus Versehen zugefügt werden, gebührt dem Verletzten ein angemessener Ersatz, und zwar ohne Rücksicht, ob der Verletzer dießfalls noch bestraft werde oder nicht.»*, in: OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) I, p. CXXXs.

<sup>61</sup> OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 185s.

<sup>62</sup> OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 185.

cida de biffer le terme «*widerrechtlich*»<sup>63</sup> et se dissocia entièrement de la tradition de la responsabilité objective du *damnum iniuria datum*, pour verser, comme le CCF, dans la responsabilité subjective pure du *damnum culpa datum*.

Le projet du Code des Obligations suisse de 1877, ainsi que l'ancien Code des Obligations (aCO) de 1883 et le Code des Obligations suisse (CO) de 1911 ont subi l'influence à la fois du CCF et de l'ABGB. Du CCF, l'art. 84,1 du projet, l'art. 50 aCO et l'art. 41,1 CO reprennent surtout la concision et le style rédactionnel, mais aussi des éléments constitutifs comme le dommage, la causalité et le principe de réparation qui, nous l'avons vu, caractérisent également l'ABGB. Ce dernier a pu exercer une influence – indirecte selon Bucher<sup>64</sup> – à travers le *Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern* (CGBB) de 1826-1831.

Cependant, ni le CGBB, ni le CO ne reprennent de la législation autrichienne la clause qui soumet la responsabilité contractuelle aux règles de la responsabilité délictuelle. Tout au contraire, un projet de 1871 prévoit, à son art. 90,2, que l'inexécution d'un contrat ne tombe pas sous la responsabilité délictuelle<sup>65</sup>. Toutefois, par la suite on laissera tomber cette disposition. Dans son message, le Conseil fédéral soulignera d'ailleurs l'influence française sur le projet soumis à l'Assemblée Fédérale<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> OFNER, Ur-Entwurf (n. 59) II, § 3, pp. 186.

<sup>64</sup> Eugen BUCHER, «Der Einfluss des französischen Code civil auf das Obligationenrecht», in: Pio CARONI (éd.), *Das Obligationenrecht. 1883-1983*, Bern etc. 1984, 139-176, 162s.; pour l'histoire des codifications cantonales, seulement Ferdinand ELSENER, «Geschichtliche Grundlegung, Rechtsschulen und kantonale Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch», in: Max GUTZWILLER et al. (éd.), *Schweizerisches Privatrecht I, Geschichte und Geltungsbereich*, Basel etc. 1969, 1-237.

<sup>65</sup> «Die widerrechtliche Nichterfüllung eines Vertrages gehört nicht zu den unerlaubten Handlungen dieses Titels», «Schweizerisches Obligationenrecht, Entwurf», art. 90,2, Dossier *Von Wyss I, Entwurf zum Obligationenrecht (Münz.) 1871*, (Bibliothèque du Tribunal Fédéral).

<sup>66</sup> *Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée Fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial*, du 27 novembre 1879, p. 24. Notons en marge que les influences, au 19<sup>e</sup> siècle, sur la genèse des futurs art. 41ss CO ne concernaient pas seulement la séparation des responsabilités contractuelle et délictuelle, mais surtout les notions d'illicéité et de faute. A la grande différence du CCF mais aussi du CGBB, les différents projets [notamment les projets datant de: 1871 («Münz.»), art. 90 (cf. n. 65); 1875, art. 84; 1877, art. 81,1; 1879, art. 56 et sa nouvelle rédaction française de 1879, art. 56] et les art. 50 aCO et 41,1 CO ne mentionnent pas la faute. A la place de cette dernière, ils mettent la notion d'illicéité, à l'instar notamment de l'art. 211 du *Dresdener Entwurf* de 1866. C'est seulement dans les articles suivants que l'illicéité est complétée par des dispositions sur la faute. Une forme intermédiaire qui fait le lien entre les deux vagues de codifications se trouve dans le

L'évolution brièvement esquissée du droit romain aux CCF et ABGB montre, à partir d'un modèle de base qui est le *damnum iniuria datum*, un grand nombre de variantes de responsabilité civile, composées d'une multitude d'aspects singuliers, sans cesse recomposés et enrichis à travers les différentes époques successives. Comme déjà le législateur suisse du CO de 1911, la commission de révision instituée en 1989 a, consciemment ou non, combiné un certain nombre d'éléments déjà présents dans les différentes traditions juridiques, tout en introduisant des éléments novateurs.

L'art. 2 de l'avant-projet suisse de 1989, qui unifie les dispositions pour la responsabilité contractuelle et délictuelle, trouve, nous l'avons vu, un précurseur dans l'art. 1295 ABGB. La genèse de cet article a montré que le législateur autrichien a en réalité agi de manière cohérente. Il constatait que le modèle de faute appliqué dans les domaines contractuel et délictuel était toujours le même. D'où la conséquence logique de formuler une seule norme générale de responsabilité pour faute, applicable indifféremment aux dommages liés à un contrat ou un délit. Dans ce sens, la proposition de l'avant-projet suisse d'appliquer les mêmes dispositions aux contrats et délits peut être logiquement consistante et, en même temps, compatible avec une des variantes de la tradition européenne de la responsabilité civile. Ce n'est pas ici l'endroit pour analyser si, d'un point de vue systématique, l'unification est exécutée de manière satisfaisante dans l'ensemble de l'avant-projet<sup>67</sup>.

L'autre point saillant de l'art. 2, la scission entre, d'une part, la responsabilité contractuelle/délictuelle en général et, d'autre part, la responsabilité pour inexécution et exécution tardive, trouve un lointain et vague parallèle dans le CCF qui sépare responsabilité contractuelle et quasi contractuelle, et, plus loin encore, chez Pothier qui en avait fourni le modèle. Cependant, l'art. 2 de l'avant-projet innove par la manière d'opérer cette séparation. Le critère de distinction utilisé ne relève plus des grandes catégories juridiques comme

---

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich de 1855. Johann Caspar Bluntschli y maintient la notion de la faute des CCF et ABGB, mais la complète, dans le § 1834, par celle d'illicéité [«*Wer einem Andern, zwar nicht in doloser Absicht (§ 1832), aber in widerrechtlicher Weise und durch Verschulden Schaden an seinem Körper oder an seinen Sachen zufügt, wird zum Ersatze verpflichtet.*»]. Cette solution se rapproche de la tradition pandectiste, inspirée, elle, surtout du modèle romain initial du *damnum iniuria datum*. Conceptuellement, ce sera surtout le projet du BGB, rédigé en première lecture en 1888, qui ressemblera au CO et qui, à la différence du BGB de 1900, stipule aussi une clause générale de responsabilité, typique pour la tradition pré-pandectiste.

<sup>67</sup> A ce propos cf. Peter GAUCH, «Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung», *Revue de Droit Suisse* (n. 4), 315-341.

contrat/délict, consentement, etc., mais de notions juridiques subordonnées traitant de quelques formes particulières d'inexécution du contrat.

D'un point de vue systématique, la distinction entre les différentes formes de manquement à l'exécution d'un contrat n'est bien sûre pas nouvelle. Dans le régime actuel, le législateur et la jurisprudence en règlent déjà certains cas de figures<sup>68</sup>. Mais la loi actuelle les traite, de manière cohérente, comme diverses formes d'inexécution, sans donner des dimensions catégorielles à des distinctions certes nécessaires, mais de rang inférieur.

D'un point de vue historique, les deux régimes distincts, dans l'art. 2, introduisent un nouveau clivage à l'intérieur de la responsabilité contractuelle même<sup>69</sup>. Evidemment, les catégories historiquement fondées n'ont pas de valeur en soi et le législateur est libre de les respecter ou de les abolir. Cependant, ce sont elles qui relient le nouveau droit à l'ancien et qui facilitent la transition de l'un à l'autre. Par ailleurs, les disloquer risquerait aussi d'isoler le nouveau droit sur le plan international.

En conclusion, l'avant-projet est fortement ancré dans la tradition juridique du *damnum iniuria datum* et du *damnum culpa datum* et renforce même, contrairement à l'air du temps, la distinction entre responsabilité objective et subjective. La première partie de l'art. 2 s'insère dans une tradition juridique claire qui respecte les grandes lignes de la responsabilité civile traditionnelle. En revanche, la seconde partie de l'art. 2 se trouve en porte-à-faux avec la logique d'unification des deux formes de responsabilité. Si le principe de soumettre la responsabilité contractuelle et délictuelle au même régime constitue un des traits majeurs – et historiquement fondés – de l'architecture de l'avant-projet, les exceptions prévues pour l'inexécution et l'exécution tardive en brisent les perspectives et rompent en même temps avec la tradition juridique européenne.

---

<sup>68</sup> Cf. notamment art. 97, 102s. CO.

<sup>69</sup> Cf. aussi GAUCH, *Vereinheitlichung* (n. 67), 338.