

Johan Droz

La substitution dans le contrat de mandat

Faculté de droit
de Genève

Schulthess
EDITIONS ROMANDES



GG
Collection
Genevoise



Faculté de droit de Genève

Johan Droz

La substitution dans le contrat de mandat

Thèse n° 787 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

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

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

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

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008

ISBN 978-3-7255-5739-4 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
ISSN Collection Genevoise: 1661–8963

www.schulthess.com

A mes parents

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Luc Thévenoz, ainsi que les deux membres du jury de la Faculté de droit de l'Université de Genève, les Professeurs Christine Chappuis et Gilles Petitpierre.

Difficile d'imaginer des personnalités plus pointues et complémentaires pour l'accompagnement d'un juriste en construction. On ne peut que quitter cet environnement avec le regret de ne pas avoir profité suffisamment d'une telle opportunité. Qu'ils soient ici vivement remerciés de leur disponibilité et de leurs conseils aussi positivement critiques que précieux.

Mes remerciements vont également au Professeur Franz Werro pour avoir accepté de lire ce texte et apporté un regard extérieur lors de la soutenance.

Nombreuses sont les personnes que j'aurais aimé nommément remercier, tant les troisième, quatrième et cinquième étages du bâtiment Unimail à Genève comptent de professeurs, assistants et secrétaires attachants et disponibles. Les remerciements relatifs à une thèse qui se voulait courte doivent l'être également. J'espère que toutes ces personnes savent à quel point je les apprécie et combien leur présence fut importante tout au long de mon assistantat.

Parmi celles-ci, deux ont fait preuve d'un courage exemplaire en partageant mon bureau pendant de nombreux mois, Ersilia et Frédéric. Leur soutien a été sans faille, mon amitié l'est également.

A eux s'ajoutent évidemment Joëlle et Olivier. Souvent confrontés à des questions juridiques aussi inattendues que tirées par les cheveux, ils ont su me faire croire que l'ennui ne les guettait pas. Leurs relectures partielles et leur amitié ont été précieuses.

Cette thèse doit également beaucoup à Sandrine et Aurélien. Je ne trouverai pas les mots pour leur dire la sincérité de mes remerciements. Comme les personnes remerciées précédemment, ils sont ou seront prochainement Dr. en droit et disposent d'énormes qualités humaines. Leur amitié m'est tout simplement indispensable.

Enfin, mais avant tout, mes remerciements vont à Nicole et à mes parents. Cette thèse n'aurait pas vu le jour sans eux.

Nicole a su m'apporter le courage dont j'avais besoin dans une dernière ligne droite, parfois difficile. Sa gentillesse et son affection ont été sans limite. Elle a également su, par une relecture partielle, apporter le regard critique d'une praticienne récente du droit. Je lui en serai éternellement reconnaissant.

Quant à mes parents, c'est d'un amour et d'une présence infaillibles de trente longues années que je dois les remercier. Toujours attentifs, ils ont su me faire perpétuellement confiance et me guider sans rien m'imposer. Ma mère a par

ailleurs relu entièrement cette thèse pour y apporter les corrections orthographiques et grammaticales nécessaires. Cette thèse leur doit beaucoup à tous les deux et leur est logiquement dédiée.

Sommaire

Table des matières.....	XI
Bibliographie.....	XVII
Autres sources publiées	XXV
Table des abréviations.....	XXVII
Introduction	1
Première partie : Le contexte et les enjeux de la substitution.....	5
Chapitre I : Le contexte.....	7
Chapitre II : Les enjeux.....	19
Deuxième partie : L'analyse de l'article 399 CO	27
Chapitre III : L'analyse littérale.....	29
Chapitre IV : L'analyse systématique.....	35
Chapitre V : L'analyse historique et comparative	39
Chapitre VI : L'analyse téléologique	49
Troisième partie : La substitution	71
Chapitre VII : La considération des enjeux pour les parties	73
Chapitre VIII : L'inadéquation de certains critères	79
Chapitre IX : Les conditions de la substitution.....	89
Quatrième partie : L'autorisation et la justification de la substitution.....	121
Chapitre X : L'obligation de s'exécuter personnellement	123
Chapitre XI : L'autorisation de se substituer	127
Chapitre XII : La justification de la substitution par l'intérêt poursuivi	139
Cinquième partie : Le régime de la substitution	145
Chapitre XIII : Les relations entre mandataire et substitut	147
Chapitre XIV : Les relations entre mandant et substitut.....	161
Chapitre XV : Les relations entre mandant et mandataire	193
Sixième partie : L'extension de la notion de substitution	213
Chapitre XVI : La nature du rapport de base.....	215
Chapitre XVII : La nature du sous-contrat.....	225
Chapitre XVIII : Les modalités de la représentation du mandant.....	231
Conclusions.....	235
Index	239

Table des matières

Bibliographie.....	XVII
Autres sources publiées	XXV
Table des abréviations.....	XXVII
Introduction	1
Première partie : Le contexte et les enjeux de la substitution	5
Chapitre I : Le contexte.....	7
A. Le cadre législatif.....	7
B. Le contrat de mandat proprement dit	8
C. La substitution en doctrine et en jurisprudence.....	12
1. La définition	12
2. Son rapport avec la notion d'auxiliaire (art. 101 al. 1 CO)	13
D. Les conséquences juridiques de l'article 399 CO	14
1. La responsabilité du mandataire.....	14
2. Les droits du mandant contre le substitut.....	16
Chapitre II : Les enjeux.....	19
A. La distinction entre la qualification et les types de substitution	19
B. Le champ d'application de l'article 399 CO	21
1. Le rapport contractuel liant créancier et débiteur principaux.....	22
2. L'activité déléguée au tiers.....	23
3. Les modalités d'intervention du tiers	24
Deuxième partie : L'analyse de l'article 399 CO	27
Chapitre III : L'analyse littérale.....	29
A. Le sens commun.....	30
1. La version française.....	30
2. La version allemande.....	30
3. La version italienne	31
B. Le sens juridique	31
C. Synthèse	33
Chapitre IV : L'analyse systématique.....	35
A. Les liens avec l'article 398 CO en général.....	35
B. Les liens avec l'article 398 alinéa 3 CO.....	36
C. Synthèse	36
Chapitre V : L'analyse historique et comparative	39
A. Les éléments historiques	40
1. Le Code des obligations du 14 juin 1881	40
2. Le Code des obligations du 30 mars 1911.....	42
3. La volonté du législateur historique	43
a. Les travaux préparatoires.....	43
b. L'interprétation donnée au 19 ^{ème} et au début du 20 ^{ème} siècles.....	43
B. Les éléments comparatifs	44

1. Le Dresdener Entwurf et le Bürgerliches Gesetzbuch	45
2. Le Privatrechtliches Gesetzbuch zurichois.....	46
3. Le Code civil français.....	47
4. L'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch autrichien	47
C. Synthèse	48
Chapitre VI : L'analyse téléologique.....	49
A. La dérogation au principe de la relativité des conventions	51
1. Le principe et ses dérogations	51
2. La justification de l'article 399 alinéa 3 CO	52
B. La dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO	55
1. La justification historique.....	55
a. L'historique de la responsabilité contractuelle pour les tiers	56
b. Les enseignements	58
i. Une dérogation récente	58
ii. Une dérogation applicable aux prestations de services.....	59
2. La justification contemporaine	61
a. Les caractéristiques du contrat de mandat proprement dit	61
i. L'obligation de moyens	61
ii. La gratuité du mandat	62
iii. L'article 404 alinéa 1 CO.....	63
b. L'indépendance du substitut	65
c. L'intérêt poursuivi	65
d. L'article 399 alinéa 3 CO	66
e. L'article 101 alinéa 2 CO	67
C. Synthèse	67
Troisième partie : La substitution	71
Chapitre VII : La considération des enjeux pour les parties	73
A. La substitution par opposition au contrat direct	73
B. La substitution par opposition à l'utilisation d'un auxiliaire ordinaire.....	74
C. Synthèse et conséquences	76
Chapitre VIII : L'inadéquation de certains critères	79
A. L'intérêt poursuivi par la substitution.....	79
1. La jurisprudence et la doctrine	80
2. Notre critique.....	83
B. L'importance qualitative de l'obligation déléguée	87
C. Synthèse	88
Chapitre IX : Les conditions de la substitution.....	89
A. Un rapport de base soumis aux règles du mandat proprement dit	89
B. Une prestation du tiers globalement promise par le mandataire	91
1. En général.....	92
2. Une prestation non exclue par les parties	94
3. Quelques questions soulevées en doctrine et en jurisprudence	95
a. L'importance qualitative et quantitative de la délégation.....	95
b. L'identité des obligations promises	96
C. Une prestation du tiers principalement destinée au mandant.....	97

1. Une prestation positive.....	97
2. Une prestation destinée au mandant.....	98
D. L'indépendance du tiers	100
1. Les développements en jurisprudence et en doctrine.....	101
2. Les raisons d'être du critère de l'indépendance	102
a. L'article 399 alinéa 2 CO	103
b. L'article 399 alinéa 3 CO	104
3. Les critères de l'indépendance	107
a. Le tiers n'est pas l'organe du mandataire	107
b. Le tiers n'est pas l'employé du mandataire	108
c. Le tiers n'est pas l'auxiliaire du mandataire (art. 55 al. 1 CO)	109
4. Synthèse.....	111
E. L'intervention du tiers à l'initiative du mandataire.....	112
1. Les hypothèses principales.....	113
2. Les cas particuliers	114
a. Le mandataire remplacé en ses locaux	114
b. La requête d'un auxiliaire ou d'un substitut	116
c. Le tiers imposé par le mandant.....	117
F. Synthèse	117
Quatrième partie : L'autorisation et la justification de la substitution.....	121
Chapitre X : L'obligation de s'exécuter personnellement	123
A. En général.....	123
B. Dans les contrats soumis à l'article 398 alinéa 3 CO.....	124
Chapitre XI : L'autorisation de se substituer.....	127
A. L'accord du mandant.....	127
1. La forme de l'accord	127
2. Le moment de l'accord.....	129
3. Les modalités de l'accord.....	129
4. La révocation de l'accord	130
B. Un usage.....	130
1. La pratique est reconnaissable.....	132
2. La pratique a pour but de sauvegarder les intérêts du mandant	133
C. Les circonstances	133
D. Synthèse	136
Chapitre XII : La justification de la substitution par l'intérêt poursuivi	139
A. L'absence d'intérêt économique du mandataire	140
B. L'intention de confier l'activité à un spécialiste	141
C. Synthèse	143
Cinquième partie : Le régime de la substitution	145
Chapitre XIII : Les relations entre mandataire et substitut	147
A. Les droits du mandataire contre le substitut.....	147
1. L'exécution du sous-mandat et la mise en demeure du substitut	148
2. Le droit de donner des instructions	148
3. La reddition de compte et la restitution.....	149

4. La cession légale	151
5. Le droit de renoncer à l'exécution du sous-mandat et d'y mettre un terme ..	152
6. Les dommages-intérêts	152
B. Les droits du substitut contre le mandataire.....	154
1. Les honoraires, les frais et la libération des obligations.....	154
2. Le droit de mettre fin au sous-contrat	155
3. Le droit de connaître sa qualité de substitut	156
4. La possibilité de représenter le mandant	156
5. Les dommages-intérêts	157
Chapitre XIV : Les relations entre mandant et substitut	161
A. Le contexte	161
1. L'absence de relation contractuelle	161
2. L'absence, en principe, de prétentions contractuelles	162
3. Les fondements exceptionnels de prétentions réciproques	163
B. L'article 399 alinéa 3 CO	165
1. La nature de l'article 399 alinéa 3 CO	166
a. Un cas de stipulation pour autrui ?	166
b. Une cession légale ?.....	168
c. Un rapport d'obligations unilatéral.....	168
2. L'étendue des prétentions.....	169
a. Le sous-contrat comme fondement matériel des prétentions	170
b. Le mandat principal comme limite aux prétentions	170
c. Les exceptions et objections du substitut.....	171
i. La nullité, l'inexigibilité ou la prescription	172
ii. Les droits de rétention personnel et réel	172
iii. La libération par l'exécution.....	173
iv. La compensation	173
3. Les dérogations au régime de l'article 399 alinéa 3 CO	174
a. Un accord entre le mandataire et le substitut	175
b. Un accord entre le mandant et le mandataire.....	175
c. L'application d'un droit étranger ou la prorogation de for.....	176
4. L'article 401 alinéa 1 CO comme limite aux droits du mandant	177
C. Les droits directs du mandant	179
1. L'exécution et la demeure du substitut.....	180
2. Le droit de donner des instructions	181
3. La reddition de compte et la restitution.....	182
4. Le droit de renoncer à l'exécution et de mettre un terme au sous-contrat ...	182
D. La responsabilité du substitut.....	183
1. Le fondement de la responsabilité.....	183
a. Les théories envisagées en doctrine.....	185
i. La stipulation pour autrui.....	185
ii. La gestion d'affaires sans mandat.....	185
iii. L'effet protecteur du sous-contrat.....	186
iv. La liquidation du dommage de tiers.....	187
b. L'opinion du Tribunal fédéral	187
c. Notre point de vue	189
2. Les conditions de la responsabilité.....	190

Chapitre XV : Les relations entre mandant et mandataire	193
A. Le contexte	193
B. Les obligations du mandataire	194
1. L'exécution personnelle	194
a. En cas de transmission partielle de l'obligation	194
b. En cas de substitution non autorisée	195
c. En cas d'extinction du motif autorisant la substitution	195
d. En cas d'extinction du sous-contrat	196
2. L'obligation de diligence	196
a. Le devoir de choisir le substitut avec soin	197
b. Le devoir d'instruire le substitut avec soin	202
c. Le devoir de surveiller le substitut ?	203
d. Le devoir d'exécuter les obligations découlant du sous-contrat	204
e. Le devoir d'enjoindre le substitut de s'exécuter	205
3. L'obligation de fidélité	205
a. Le devoir de communiquer le nom et les coordonnées du substitut	206
b. Le devoir de communiquer le contenu exact du sous-mandat	207
C. La responsabilité du mandataire	208
1. En cas de substitution non autorisée	208
2. En cas de substitution induite	210
3. En cas de substitution justifiée	211
Sixième partie : L'extension de la notion de substitution	213
Chapitre XVI : La nature du rapport de base	215
A. Les contrats innommés	215
B. Les contrats soumis aux articles 394 ss CO par renvoi	216
1. Les mandats spéciaux	217
2. Le contrat de transport	217
3. Le contrat de commission-expédition	218
C. Les prestations de services soumises à d'autres réglementations	219
1. Le contrat de voyage à forfait	219
2. Le contrat de travail	220
3. La gestion d'affaires sans mandat	221
4. Les contrats d'entreprise et de dépôt	222
Chapitre XVII : La nature du sous-contrat	225
Chapitre XVIII : Les modalités de la représentation du mandant	231
Conclusions	235
Index	239

Bibliographie

- ATTENHOFFER K., « Der Gegenstand der Cession nach schweizerischem Obligationenrecht », *Revue de droit suisse* 1887, 359 ss.
- BÄCHLER Hans, *Über den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten*, thèse, Berne 1960.
- BAUMANN / DÜRR / LIEBER / MARTI / SCHNYDER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, *Einleitung* (art. 1-7 CC), 3^e éd., Zurich 1998 [ZK-AUTEUR].
- BECKER Hermann, Berner Kommentar, *Die einzelnen Vertragsverhältnisse* (art. 184-551 CO), Berne 1934.
- BÉNABENT Alain, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5^e éd., Paris 2001.
- BERTOSSA / GAILLARD / GUYET / SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987 : art. 1 à 519*, Genève 1989 [Etat au 30 mai 2006].
- BEZZOLA Andrea Giacomo, *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation* (art. 101 CO), thèse, Genève 1937.
- BILLOTTE-TONGUE Imogen, *Aspects juridiques du virement bancaire. Implications des développements informatiques*, thèse de Genève, Zurich 1992.
- BISCHOFF Jacques, « Tatsächliche Bedeutung und rechtliche Regelung des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs in der Schweiz », HADDING / SCHNEIDER (éd.), *Rechtsprobleme der Auslandsüberweisung*, Berlin 1992, 343 ss.
- BIZZOZERO Alessandro, *Le contrat de gérance de fortune*, thèse, Fribourg 1992.
- BLUNTSCHLI Johann Kaspar, *Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen*, Zurich 1855.
- BREHM Roland, Berner Kommentar, *Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen* (art. 41-61 CO), 3^e éd., Berne 2006.
- BUCHER Eugen, *Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 3^e éd., Zurich 1988.
- BÜHLER Theodor, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, *Der Werkvertrag* (art. 363–379 CO), 3^e éd., Zurich 1998.

- BURCKHARDT Carl Christoph, « Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht », *Revue de droit suisse*, 1903 469 ss.
- CERUTTI Roméo, *Der Untervertrag*, thèse, Fribourg 1990.
- CHAIX François, *Le contrat de sous-traitance en droit suisse – Limites du principe de la relativité des conventions*, thèse de Genève, Genève, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1995.
- CHAIX / MARCHAND, « Le droit direct du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant », *Droit de la construction* 1997, 71 ss.
- CHAPPUIS Christine, « Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon », CHAPPUIS / WINIGER (éd.), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 21 ss.
- DERENDINGER Peter, *Die Nicht- und nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages*, 2^e éd., Fribourg 1990.
- DERNBURG Heinrich, *Pandekten*, Tome 2, 5^e éd., Berlin 1896.
- DESCHENAUX Henri, « Le titre préliminaire du code civil », *Traité de droit privé suisse*, II/1, Fribourg 1969.
- DÜRR Charles, *Du mandat – Commentaire jurisprudentiel des art. 394 ss. du Code suisse des obligations*, Cugnasco 1972.
- ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000.
- EUGSTER Richard, *Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883*, thèse de Zurich, Weida 1926.
- FASEL Urs, *Handels- und obligationenrechtliche Materialien*, Berne, Stuttgart, Vienne 2000.
- FEIL Erich, *ABGB – Handkommentar für die Praxis*, Tome VI, Eisenstadt 1977.
- FELLMANN Walter, *Berner Kommentar, Der einfache Auftrag (art. 394–406 CO)*, Berne 1992 [BK-FELLMANN].
- « Haftung des Anwaltes für unterlassene oder fehlerhafte Datenbank-Recherchen », KOLLER / KOLLER (éd.), *Journées 2003 d'informatique juridique*, Berne 2004, 45 ss [FELLMANN (Haftung)].
- FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Tome 14, Osnabrück 1968.

- FICK / VON MORLOT, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zurich 1915.
- FONTAINE Marcel, « Le contrat d'outsourcing : analyse d'ensemble et distinction des opérations voisines », FONTAINE / PHILIPPE / DELFORGE (éd.), *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, Bruxelles 2002, 7 ss.
- FRANCKE Bernhard, *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, Aalen 1973.
- FRIEDRICH Hans-Peter, « Fragen aus dem Auftragsrecht », *Revue de la société des juristes bernois* 1955, 449 ss.
- GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / REY, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, Tome I et II, 8^e éd., Zurich 2003.
- GAUCH / SCHMID, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag* (art. 419- 424 CO), Zurich 1993.
- GAUTSCHI Georg, Berner Kommentar, *Der einfache Auftrag* (art. 394-406 CO), Berne 1971.
- GHESTIN Jacques, « Mandat et représentation civile et commerciale en droit français », LESER Hans G. (éd.), *Wege zum japanischen Recht – Festschrift für Zentaro Kitagawa*, Berlin 1992, 317 ss.
- GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9^e éd., Zurich 2000 [GUHL/AUTEUR].
- HESS Martin, « Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (SIC) », *Revue suisse de droit des affaires* 1991, 101 ss [cité : HESS (Banküberweisung)].
- « Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht ? », *recht* 1996, 144 ss [cité : HESS (Vertrauenshaftung)].
- HOFSTETTER Josef, « Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag », *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, Bâle, Stuttgart 1979, 1 ss [HOFSTETTER (1979)].
- « Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag », *Schweizerisches Privatrecht VII/6*, 2^e éd., Bâle, Genève, Munich 2000 [HOFSTETTER].
- HONSELL Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 8^e éd., Berne 2006.

- HONSELL / VOGT / GEISER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, *Zivilgesetzbuch I* (art. 1-456 CC), 3^e éd., Bâle, Genève, Munich 2006 [BaK-AUTEUR].
- HONSELL / VOGT / WIEGAND, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, *Obligationenrecht I* (art. 1-529 CO), 4^e éd., Bâle, Berne, Zurich 2007 [BaK-AUTEUR].
- HÜBNER Rudolf, *Grundzüge des deutschen Privatrechtes*, 5^e éd., Leipzig 1930.
- JAUSSI Nelli, *Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht*, thèse, Zurich 1925.
- KASER Max, *Das römische Privatrecht*, Tome 1 et 2, 2^e éd., Munich 1971.
- KLEINER / SCHMID, « Substitution im Überweisungsverkehr ? – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 24. Januar 1984 i. S. "Associazione X. e litisconsorti contro Banca C." », *Revue suisse de droit des affaires* 1985, 178 ss.
- KOLLER Alfred, *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, thèse de Fribourg, Zurich 1980 [KOLLER (Haftung)].
- « Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen », *Pratique juridique actuelle* 1992, 1483 ss [cité : KOLLER (Grundzüge)].
- KRAMER / SCHMIDLIN, Berner Kommentar, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu* (art. 1-18 CO), 3^e éd., Berne 1986 [BK-AUTEUR].
- KUNKEL / HONSELL / MAYER-MALY / SELB, *Römisches Recht*, 4^e éd., New York, Londres, Paris, Tokyo 1987 [KUNKEL/AUTEUR].
- LIVER / MEIER-HAYOZ / MERZ / JÄGGI / HUBER / FRIEDRICH / KUMMER, Berner Kommentar, *Einleitung* (art. 1-10 CC), Berne 1966 [BK-AUTEUR].
- MALAUURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd., Paris 2007.
- MALLET-BRICOUT Blandine, *La substitution de mandataire*, Paris 2000.
- MARCHAND Sylvain, « Responsabilité fondée sur la confiance : vie et mort d'un ornithorynque juridique », CHAPPUIS / WINIGER (éd.), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 163 ss.
- MITTEIS / LIEBERICH, *Deutsches Privatrecht*, 9^e éd., Munich 1981.

MORIN Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance – Etude critique des fondements d'une innovation controversée*, thèse de Genève, Genève, Bâle, Munich 2002 [MORIN (responsabilité)].

« La jurisprudence du Tribunal fédéral publiée depuis 1994 en matière de mandat », ENGEL / CHAPPUIS / MARCHAND / MORIN (éd.), *L'évolution récente du droit des obligations*, Lausanne 2004, 117 ss [MORIN (jurisprudence)].

MOSER Martin, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten – ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, thèse, Berne 1998.

MUSTAFA Mustafa Rijabe, *La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse*, thèse de Genève, Lausanne 1958.

OFTINGER / STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht – Besonderer Teil*, Tome II/1, 4^e éd., Zurich 1987.

OSER Hugo, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht* (art. 1-529 CO), Zurich 1915.

OSER / SCHÖNENBERGER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Teil* (art. 184-418 CO), 2^e éd., Zurich 1936.

PETITPIERRE Gilles, « Enfoncer une porte ouverte », CHAPPUIS / WINIGER (éd.), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, Zurich 2001, 183 ss.

PICHONNAZ / VOGENAUER, « Le "pluralisme pragmatique" du Tribunal fédéral : une méthode sans méthode ? », *Pratique juridique actuelle* 1999, 417 ss.

PIOTET Paul, *Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation) ?*, Berne 1994.

REBMANN / SÄCKER / RIXECKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (§§ 607-704), 3^e éd., Munich 1997 [MK-AUTEUR].

REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3^e éd., Zurich 2003.

ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Paris, Lausanne 1892 [ROSSEL (1892)].

Manuel du droit civil suisse, Tome 3, Lausanne 1912 [ROSSEL].

RUMMEL Peter (éd.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (§§ 1 à 1174 ABGB), 3^e éd., Vienne 2000 [RUMMEL/AUTEUR].

- SCHIBLI Erwin, *Die Entwicklung des Mandates in der Schweiz*, thèse manuscrite, Bâle 1929.
- SCHMOEKEL / RÜCKERT / ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen 2003 [HKK-AUTEUR].
- SCHNEEBERGER Thomas René, *Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten*, thèse de Berne, Berne, Francfort-sur-le-Main, New York, Paris, Vienne 1992.
- SCHNYDER Bernhard, « Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter », *Revue suisse de jurisprudence* 1955, 105 ss.
- SCHRANER Marius, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Erfüllung der Obligationen (art. 68–96 CO)*, Zurich 2000.
- SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2006.
- SPIRIG Eugen, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme (art. 164–174 CO)*, 3^e éd., Zurich 1993.
- SPIRO Karl, *Die Haftung für Erfüllungsgehilfen*, Berne 1984.
- SPRAU Hartwig, in *Beck'sche Kurz-Kommentare: Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch*, 64^e éd., Munich 2005.
- STAEHELIN Adrian, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Arbeitsvertrag (art. 319–330a CO)*, 4^e éd., Zurich 2006.
- TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2003 [TERCIER (contrats)].
- Le droit des obligations*, 3^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2004 [TERCIER (obligations)].
- THÉVENOZ / WERRO (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1–529 CO)*, Genève, Bâle, Munich 2003 [CR-AUTEUR].
- THORENS Justin, *Le dommage causé à un tiers*, thèse, Genève 1962.
- TUOR / SCHNYDER / SCHMID / RUMO-JUNGO, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2002 [TUOR/ AUTEUR].
- VON BÜREN Bruno, *Der Auftrag – Ein Beitrag Zur Systematik des Schweizerischen Arbeitsrechts*, thèse, Zurich 1944 [VON BÜREN (Auftrag)].

- Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil* (Art. 184-551), Zurich 1972 [VON BÜREN (BT)].
- VON STAUDINGER Julius (éd.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (§§ 652-740), 12^e éd., Berlin 1991 [STAUDINGER/AUTEUR].
- VON TUHR / ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome II, 3^e éd., Zurich 1974.
- WALTER Hans Peter, « Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages », *Revue de la société des juristes bernois* 1996, 273 ss.
- WEBER Rolf H., « Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz », *Mélanges Paul PIOTET*, Berne 1990, 215 ss.
- Berner Kommentar, *Die Folgen der Nichterfüllung* (art. 97-109 CO), Berne 2000.
- Berner Kommentar, (art. 110-113 CO), Berne 2002.
- Berner Kommentar, *Die Erfüllung der Obligation* (art. 68-96 CO), Berne 2005.
- WERRO Franz, *Le mandat et ses effets. Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations - Analyse critique et comparative*, Fribourg 1993 [WERRO (mandat)].
- La responsabilité civile*, Berne 2005 [WERRO (responsabilité)].
- YUNG Walter, « La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés », *Etudes et articles*, Genève 1971, 303 ss.

Autres sources publiées

Protocole der Kommission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, Dresde 1861-1866.

Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale du 27 novembre 1879 concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, FF 1880 I 115 ss.

Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, FF 1881 III 73 ss.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 3 mars 1905 concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), FF 1905 II 1 ss.

Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 1^{er} juin 1909 concernant la révision du code des obligations. (Supplément au message du 3 mars 1905), FF 1909 III 747 ss.

Message du Conseil fédéral du 15 juin 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE (Message complémentaire II au message relatif à l'Accord EEE), FF 1992 V 506 ss.

Table des abréviations

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> du 1er juin 1811
Abs.	<i>Absatz</i>
aCO	Code des obligations du 14 juin 1881, abrogé
AGVE	<i>Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide</i>
AK	<i>Appellationskammer</i>
al.	Alinéa
AppG	<i>Appellationsgericht</i>
Art.	<i>Artikel</i>
art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BaK	<i>Basler Kommentar</i>
BG	<i>Bezirksgericht</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> du 8 août 1896
BJM	<i>Basler juristische Mitteilungen</i>
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BS	Bulletin sténographique officiel de l'assemblée fédérale ou <i>Basel Stadt</i>
BT	<i>Besonderer Teil</i>
c.	Considérant
CA	Cour d'appel
CC	Code civil du 10 décembre 1907, RS 210 ou <i>Camera civile</i>
CCA	<i>Camera civile di appello</i>
CCfr	Code civil français du 21 mars 1804
CCit	<i>Codice civile italiano</i> du 16 mars 1942
CE	Conseil des Etats
CJ	Cour de Justice
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220
CR	Commentaire romand
cum	Cumulé à

éd.	Édition ou éditeur(s)
(f)	En langue française
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
GE	Genève
GVP	<i>St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis</i>
HG	<i>Handelsgericht</i>
HKK	<i>Historisch-kritische Kommentar zum BGB</i>
JdT	Journal des Tribunaux
KG	<i>Kassationsgericht</i>
LDIP	Loi sur le droit international privé, RS 291
LPGA	Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1
LPMA	Loi sur la procréation médicalement assistée, RS 810.11
LPubl	Loi sur les publications officielles, RS 170.512
LRTV	Loi sur la radio et la télévision, RS 784.40
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LVF	Loi sur les voyages à forfait, RS 944.3.
MK	<i>Münchener Kommentar</i>
n.	Note de bas de page
N	Numéro marginal
n.t.	non traduit
OG	<i>Obergericht</i>
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents, RS 832.202
OR	<i>Obligationenrecht</i> du 30 mars 1911, RS 220
p.a.	Par analogie
p. ex.	Par exemple
PKG	<i>Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden</i>
p.n.t	passage non traduit
Prof.	Professeur
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse

Rep	<i>Repertorio di Giurisprudenza Patria</i>
RJ	Recueil de Jurisprudence (disponible sur www.swisslex.ch)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
SG	<i>St-Gallen</i>
SGK BZ	<i>Enschiede des Kassationsgerichts des Kantons Sankt-Gallen</i>
SJ	Semaine judiciaire
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
TC	Tribunal de commerce
TF	Tribunal fédéral
VS	Valais
ZG	<i>Zug ou Zivilgericht</i>
ZivK	<i>Zivilkammer</i>
ZH	<i>Zürich</i>
ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

Introduction

1. Le contrat de mandat suppose traditionnellement un rapport de confiance particulier entre le mandant et le mandataire¹. L'obligation pour ce dernier de s'exécuter personnellement (art. 398 al. 3 CO) en est l'une des conséquences.
2. On constate néanmoins, dans la pratique des professions libérales² ou dans les services rendus par les institutions bancaires³ notamment, que les prestataires délèguent fréquemment l'exécution d'une partie de leur activité. D'ailleurs, le Tribunal fédéral le constate et n'exige plus de relation de confiance particulière pour qualifier le rapport contractuel de mandat⁴.
3. Qu'il soit avocat, médecin, architecte ou agent d'artistes, le mandataire⁵ est aujourd'hui amené à faire appel à des tiers, employés dans sa structure ou indépendants, et à sous-traiter une partie ou la totalité de la prestation promise.
4. Cette tendance à déléguer s'explique, d'une part, par les attentes considérables de la société à l'égard du mandataire. Ce dernier est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). S'il ne promet pas de résultat⁶, il s'engage à mettre en œuvre la

¹ ATF 101 II 102, c. 1a, JdT 1976 I 525 ; ENGEL, 478 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 18 ; HOFSTETTER, 37 s. ; BaK-WEBER, CO 394 N 3 ; CR-WERRO, CO 394 N 12. Ce rapport de confiance concerne principalement la personne du mandataire et n'est pas nécessaire à l'application des règles du contrat de mandat (ATF 117 II 387 (f), c. 2d).

² Sur l'application des articles 394 ss CO aux professions libérales, voir notamment : ATF 127 III 357, c. 1, JdT 2002 I 192 ; ATF 126 II 249 (f), c. 4b, pour l'avocat ; ATF 124 III 423 (f), c. 3a, pour le notaire qui effectue des tâches qui relèvent du droit privé ; ATF 4C.9/2005, 24 mars 2005, c. 1.2 ; ATF 4C.88/2004, 2 juin 2004, c. 2, pour le médecin ; BK-FELLMANN, CO 394 N 26 ; BK-GAUTSCHI, CO 394 N 28 ; HOFSTETTER, 5 ; BaK-WEBER, Vorb. zu CO 394-406 N 2 ; CR-WERRO, Intro. CO 394-406h N 4.

³ Sur l'application des articles 394 ss CO aux services fournis par les banques, voir notamment : pour le giro bancaire (ATF 4C.191/2004, 7 septembre 2004, c. 4.1 ; ATF 126 III 20, c. 3a/aa, JdT 2000 I 227) et pour la gestion de fortune (ATF 4C.366/2004, 4 novembre 2005, c. 3 ; ATF 124 III 155, c. 2b, JdT 1999 I 125).

⁴ ATF 124 III 363, c. 2b, JdT 1999 I 402.

⁵ Le mandataire est à comprendre ici au sens large. Il peut également s'agir d'un agent, d'un courtier, etc.

⁶ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 1.2.2 ; ATF 127 III 357, c. 1b, JdT 2002 I 192 ; ATF 127 III 328, c. 2a, JdT 2001 I 254 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 97 ss ; HOFSTETTER, 19 s. ; TERCIER (contrats), N 4577 ; BaK-WEBER, CO 394 N 29 ; CR-WERRO, CO 394 N 7.

diligence nécessaire à atteindre l'objectif fixé par le mandant⁷. Pour déterminer la norme de comportement qui s'impose au mandataire, il faut tenir compte de critères objectifs ; il est tenu d'agir comme le ferait une personne raisonnable et diligente dans les mêmes circonstances⁸.

5. Le médecin doit s'exécuter selon les règles qui sont reconnues dans la profession au moment de son intervention. Cela vaut pour le diagnostic, le choix de la méthode de traitement et le traitement proprement dit⁹. L'avocat doit posséder les connaissances juridiques nécessaires et la faculté de les utiliser au mieux dans l'intérêt de son client. Il doit connaître les lois pertinentes, les décisions judiciaires publiées, mais également les principaux ouvrages de doctrine¹⁰. Quant à l'architecte qui, au-delà de la confection des plans, conseille le propriétaire du fonds sur les matériaux de constructions, il doit en connaître les principales caractéristiques, les avantages ainsi que les risques liés à leur utilisation.

6. Le mandataire ne doit pas se lier contractuellement s'il n'est pas à même d'exécuter le service, par manque de temps ou de compétence (*Übernahmeverschulden*)¹¹. En outre, il doit se tenir au courant de l'évolution technologique¹², parfois considérable. Les domaines médical et juridique, en particulier, connaissent une véritable explosion quantitative des sources d'information. Les avancées scientifiques de la médecine sont quotidiennes ; la complexité des affaires juridiques est croissante, notamment en raison de l'internationalisation du droit et des situations de fait¹³. Aujourd'hui, le praticien doit souvent être spécialisé s'il entend exercer son activité diligemment et ne pas engager sa responsabilité. Lorsqu'il accepte l'exécution d'un service délicat, il doit disposer de connaissances pointues dans le domaine ou du moins être en mesure de le confier à un tiers compétent.

7. D'autre part, le recours à la sous-traitance, au sens large du terme, s'explique par la possibilité qu'elle offre au mandataire d'augmenter son

⁷ ATF 109 II 34 (f) c. 3a ; DERENDINGER, N 88 s. ; BK-FELLMANN, CO 394 N 99 s. ; HOFSTETTER, 19 ; TERCIER (contrats), N 4575 ss ; CR-WERRO, CO 394 N 7.

⁸ ATF 127 III 328, c. 3, JdT 2001 I 254 ; ATF 117 II 563 (f), c. 2a ; ATF 115 II 62 c. 3a, JdT 1989 I 539 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 355 ; HOFSTETTER, 126 ss ; BaK-WEBER, CO 398 N 27 ; CR-WERRO, CO 398 N 14. Sur la norme de comportement imposée au médecin, voir : ATF 130 I 337, c. 5.3, JdT 2005 I 95 ; ATF 129 II 353 (n.t.), c. 4.7 ; ATF 120 II 248, c. 2c, JdT 1995 I 559. Sur celle liée à l'activité de l'avocat, voir : ATF 127 III 357, c. 1, JdT 2002 I 192 ; ATF 117 II 563 (f), c. 2a.

⁹ TERCIER (contrats), N 4893.

¹⁰ FELLMANN (Haftung), 48. Il semble également devoir être à même de rechercher l'information sur Internet et notamment les décisions non publiées figurant sur le site du Tribunal fédéral (ATF 1P.24/2002, 21 janvier 2002, c. 1). Sur cette question, voir : FELLMANN Walter, « Haftung des Anwaltes für unterlassene oder fehlerhafte Datenbank-Recherchen », KOLLER / KOLLER (éd.), *Journées 2003 d'informatique juridique*, Berne 2004, 45 ss.

¹¹ ATF 124 III 162, c. 3b, JdT 1999 I 125 ; DERENDINGER, N 282 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 474 ; TERCIER (contrats), N 4893 ; BaK-WEBER, CO 398 N 28 ; CR-WERRO, CO 398 N 40.

¹² TERCIER (contrats), N 4893.

¹³ ATF 124 III 363, c. 2b, JdT 1999 I 402.

activité et son chiffre d'affaires. En s'attachant les services d'un tiers pour exécuter une partie de son obligation, le mandataire peut accepter plus de mandats. Un stagiaire permet à l'avocat d'éviter d'effectuer lui-même les recherches juridiques nécessaires à la gestion d'un dossier. Il peut également rédiger un projet d'acte ou remplacer son maître de stage en audience. En déléguant certaines activités, le mandataire bénéficie de temps pour d'autres affaires et d'une augmentation sensible de sa facturation.

8. Enfin, la sous-traitance limite les frais. Le cabinet d'architectes qui confie la gestion de son parc informatique à une société spécialisée évite le financement du personnel et de l'infrastructure nécessaires à cette activité. Les études d'avocats qui utilisent les services d'une centrale téléphonique répartissent les coûts qu'engendre une permanence de ce type.

9. L'importance quantitative de la sous-traitance dans le contrat de mandat génère d'intéressantes questions juridiques. L'exemple d'une entreprise privée qui sous-traite le transport des employés d'une société commerciale en est l'illustration. Le véhicule est impliqué dans un accident ; certains dirigeants de la société sont blessés. La société mandante doit être en mesure d'identifier le ou les responsable(s) de son dommage (salaires à payer sans contreprestation, diminution de l'activité économique, etc.), ainsi que les conditions nécessaires à l'obtention d'une indemnité. Suivant les circonstances, la société dispose d'une prétention contre l'entreprise principale de transport ou contre le sous-traitant exclusivement. Il arrive également que les règles du contrat de mandat lui permettent d'agir contre les deux à la fois.

10. La substitution est l'une des formes de sous-traitance que connaît la réglementation du contrat de mandat. Elle est visée aux articles 398 alinéa 3 et 399 CO. Ses conséquences juridiques divergent des principes classiques liés à l'exécution par un tiers. La responsabilité du mandataire est parfois diminuée. Les droits et obligations de ce dernier, du mandant et du tiers présentent également quelques spécificités par rapport à l'application desdits principes classiques.

11. Souvent critiqué par la doctrine¹⁴, ce régime existe pourtant dans notre législation. Cette étude a pour but d'en appréhender les contours, de clarifier les aspects qui font l'objet de dissensions en doctrine et en jurisprudence, mais également d'aborder certains points qui ne sont, malgré leur importance, que rarement discutés dans la littérature juridique. Cette thèse a également l'objectif de déterminer, dans l'exemple mentionné ci-dessus et dans d'autres, qui du transporteur principal et/ou du sous-traitant doit indemniser la société privée de certains de ses cadres.

12. Notre analyse est structurée en six parties. Elle traite tout d'abord du contexte et des enjeux de la substitution (N 18 ss). Nous définissons

¹⁴ BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 s. ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

brièvement le contrat de mandat et présentons la notion de substitution retenue par la jurisprudence et la doctrine. Les conséquences juridiques de la substitution sont ensuite exposées, par opposition à celles résultant des principes généraux, afin d'en introduire les enjeux et les questions et problèmes juridiques auxquels il est important d'apporter des solutions.

13. Dans une deuxième partie, nous procédons à l'analyse approfondie de la disposition centrale qu'est l'article 399 CO (N 88 ss). Les analyses littérale, systématique, historique, comparative et téléologique nous amènent à une définition générale de la substitution et permettent d'identifier certains des critères de distinction qui sont repris et développés dans la troisième partie.

14. La troisième partie complète donc la définition (N 239 ss) en identifiant les conditions permettant la qualification de substitution au sens de l'article 399 CO. Il en résulte une approche moins restrictive que celle de la doctrine et de la jurisprudence, avec pour conséquence principale : la possibilité pour le mandant de se prévaloir de droits directs contre le tiers dans un nombre plus important de situations (art. 399 al. 3 CO).

15. La quatrième partie examine les conditions auxquelles le mandataire est autorisé à transmettre l'exécution de son obligation à un tiers (N 457 ss). Nous y distinguons spécifiquement les formes que peut prendre la substitution, en nous éloignant, là encore, des auteurs et des tribunaux, puisque nous constatons l'existence de trois types de substitution, alors que ceux-ci n'en retiennent que deux. Chacun de ses types de substitution engendre une étendue différente de responsabilité pour le mandataire remplacé.

16. Le régime de la substitution est traité dans la cinquième partie (N 539 ss). Trois relations font l'objet de ces développements : le rapport entre le mandataire et le substitut, la relation entre le mandant et le substitut et celle entre le mandant et le mandataire. Nous y développons les droits et obligations des différents acteurs de la substitution au sens de l'article 399 CO. Nous abordons en particulier les droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut (art. 399 al. 3 CO), ainsi que le régime de responsabilité du mandataire dans les trois formes de substitution retenues dans la partie précédente.

17. Enfin, dans une sixième et dernière partie (N 826 ss), nous évoquons la possibilité d'étendre le régime de la substitution à des situations moins classiques. Nous proposons de ne pas limiter l'application de l'article 399 CO au contrat de mandat proprement dit, qu'il s'agisse de la relation contractuelle de base (mandant – mandataire) ou du second contrat (mandataire – substitut). Nous proposons également de ne pas restreindre la notion de substitution à la représentation indirecte du mandant.

Première partie : Le contexte et les enjeux de la substitution

18. La substitution en tant que telle n'est pas une prérogative accordée exclusivement au mandataire. Tout débiteur peut se substituer un tiers pour l'exécution de ses obligations. Ce n'est, néanmoins, que dans le cadre du contrat de mandat que le législateur a attaché à l'intervention du substitut des conséquences juridiques particulières, raison pour laquelle les enjeux de la substitution y sont importants.

19. Cette partie présente, dans un premier chapitre, le contexte de la substitution dans le contrat de mandat (N 20 ss). Dans le deuxième, nous en illustrons les enjeux (N 58 ss) et identifions certaines des questions auxquelles nous tentons d'apporter une réponse dans le cadre de cette thèse.

Chapitre I : Le contexte

20. Une présentation du contexte de la substitution au sens de l'article 399 CO commande d'exposer brièvement le cadre législatif dans lequel elle s'inscrit (N 21 ss) et, en particulier, le contrat de mandat proprement dit (N 26 ss). Nous décrivons ensuite la substitution telle qu'elle est présentée en doctrine et en jurisprudence (N 37 ss). Nous terminons ce chapitre par une présentation des conséquences juridiques qui lui sont principalement attachées (N 44 ss).

A. Le cadre législatif

21. Cette étude ne peut échapper à l'analyse de l'article 399 CO, en tant qu'il régit la substitution dans le contrat de mandat. L'expression n'y est pas exclusivement utilisée dans la note marginale ; elle apparaît dans chacun des trois alinéas de la norme, dont le libellé est le suivant :

« b. En cas de substitution

¹ Le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué.

² S'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions.

³ Dans les deux cas, le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle. »

22. A teneur des titres marginaux, les articles 397 ss CO régissent les obligations du mandataire, en particulier sa responsabilité pour une bonne et fidèle exécution en général (art. 398 CO) et en cas de substitution (art. 399 CO). Portant sur la substitution dans le contrat de mandat, et spécifiquement sur l'article 399 CO, notre étude traite notamment de la responsabilité du mandataire qui se substitue un tiers (N 806 ss). La substitution connaît néanmoins d'autres problématiques, telles que l'action directe de l'article 399 alinéa 3 CO, que nos développements appréhendent donc également (N 616 ss).

23. Si les dispositions sur le contrat de mandat réglementent essentiellement les droits et obligations de deux parties, la substitution fait intervenir une troisième personne. L'article 399 alinéa 1 CO mentionne « celui [que le mandataire] s'est indûment substitué », l'alinéa 2 évoque un sous-

mandataire et l'alinéa 3 l'existence d'une « *personne* que le mandataire s'est substituée ». A la relation contractuelle de base qui unit le mandant et le mandataire, se greffe donc un tiers qu'auteurs et tribunaux appellent communément *substitut*¹ ou *sous-mandataire*².

24. La notion de *substitution* a été employée à de nombreuses reprises dans le code civil, le code des obligations et d'autres textes législatifs. Elle n'est toutefois exprimée, dans le contexte de la responsabilité contractuelle, que dans le titre treizième, chapitre premier : *du mandat proprement dit*. En d'autres termes, aucun autre contrat régi par les articles 184 à 529 CO ne connaît semblable terminologie dans ce contexte. Tout débiteur d'une prestation positive peut pourtant se substituer un tiers. L'originalité du contrat de mandat ne tient qu'à l'existence de l'article 399 CO qui déroge partiellement à des principes généraux importants, à savoir à la responsabilité du débiteur pour les actes de ses auxiliaires (art. 101 al. 1 CO) et au principe de la relativité des conventions (N 51 et 57).

25. L'emplacement de l'article 399 CO nécessite à ce stade de présenter brièvement le contrat de mandat proprement dit.

B. Le contrat de mandat proprement dit

26. « Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. » (art. 394 al. 1 CO). De nombreuses activités humaines sont soumises aux articles 394 ss CO. Sont notamment qualifiés de mandats les contrats conclus avec un architecte chargé de surveiller l'avancement des travaux ou d'évaluer les coûts de construction, un avocat, un gérant de fortune, un dentiste, une banque chargée d'opérer un virement, un notaire, une gérance d'immeuble, un médecin ou encore une entreprise de remontées mécaniques³.

¹ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 5.3 ; ATF 4C.395/2002, 4 avril 2003, c. 2.2 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 524 ss ; BaK-WEBER, CO 398 N 3 ; CR-WERRO, CO 398 N 4 ss.

² ATF 130 III 462 (f), c. 5.1 ; ATF 4C.378/2002, 1^{er} avril 2003, c. 5.2 ; HOFSTETTER, 98.

³ ATF 4C.378/2005, 6 février 2006, c. 4 ; ATF 4C.14/2002, 5 juillet 2002, c. 4.2 (architecte) ; ATF 127 III 357, c. 1, JdT 2002 I 192 ; ATF 126 II 249 (f), c. 4b (avocat) ; ATF 4C.366/2004, 4 novembre 2005, c. 3 ; ATF 4C.27/2003, 26 mai 2003, c. 3.2.2 ; ATF 124 III 155, c. 2b, JdT 1999 I 125 (gérant de fortune) ; ATF 110 II 375 (f), c. 1 (dentiste) ; ATF 4C.191/2004, 7 septembre 2004, c. 4.1 ; ATF 126 III 20, c. 3a/aa, JdT 2000 I 227 (banque) ; ATF 124 III 423 (f), c. 3a (notaire) ; ATF 4C.118/2006, 11 juillet 2006, c. 2 ; ATF 106 II 157, c. 2a (gérance d'immeuble) ; ATF 4C.9/2005, 24 mars 2005, c. 1.2 ; ATF 4C.88/2004, 2 juin 2004, c. 2 (médecin) ; ATF 126 III 113 (f), c. 2a/bb (entreprise de remontées mécaniques).

27. Le contrat de mandat proprement dit appartient à la famille des contrats de travail au sens large⁴. Il se définit positivement comme le rapport contractuel en vertu duquel le mandataire, indépendant⁵, s'engage à rendre un service au mandant ou à un tiers désigné par ce dernier. Qu'il s'agisse d'un acte de représentation ou d'un acte matériel⁶, le mandataire promet une activité de nature personnelle, physique ou intellectuelle visant un résultat. Il ne garantit néanmoins pas l'avènement de ce dernier⁷.

28. Traditionnellement, on admet que le mandant et le mandataire sont liés par un rapport de confiance particulier⁸. Le mandataire est débiteur d'une obligation de fidélité (art. 398 al. 2 CO) et s'engage en principe à agir dans l'intérêt d'un tiers, soit celui du mandant ou de la personne que ce dernier désigne. Il peut avoir un intérêt personnel à l'exécution du service, mais doit veiller à le subordonner à l'intérêt du mandant⁹. Si le mandataire est une personne morale, la confiance du mandant est placée dans l'organisation et les moyens dont l'identité dispose pour exécuter le service¹⁰.

29. Le contrat de mandat peut porter sur une activité ponctuelle ou sur un service d'une certaine durée. Le notaire, qui conseille celui qui veut rédiger un testament olographe, exécute une activité de courte durée. Le gérant de fortune qui s'engage à placer au mieux le patrimoine de son client, à vendre et acheter des actions, des bons de participation ou tout autre instrument financier approprié exécute une activité d'une certaine durée. Un médecin ou un avocat qu'une personne consulte ponctuellement n'est pas lié à celle-ci par un mandat de durée. Chaque pathologie ou chaque affaire que cette personne lui soumet nécessite la conclusion, souvent implicite, d'un mandat ponctuel ou de durée. Lorsque cette personne n'est pas en traitement ou que l'avocat n'exécute pas un service particulier, aucune relation contractuelle ne les lie.

30. En vertu de l'article 394 alinéa 2 CO, les règles du contrat de mandat proprement dit sont d'application subsidiaire. Le mandat se définit également comme le contrat de services qui ne remplit pas les conditions d'application des règles portant sur les mandats spéciaux (art. 406a ss CO), sur le contrat de travail (art. 319 ss CO) ou sur le contrat d'entreprise (art. 363 ss CO). Malgré les fluctuations de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur ce point, nous

⁴ BK-FELLMANN, CO 394 N 21 ; BK-GAUTSCHI, CO 394 N 3 ; HOFSTETTER, 5.

⁵ ATF 121 I 259 (f), c. 3a ; BK-FELLMANN, CO 394 N 27 ; TERCIER (contrats), N 4585 ; CR-WERRO, CO 394 N 3.

⁶ BK-FELLMANN, CO 394 N 22 ; HOFSTETTER, 1 ; BaK-WEBER, CO 394 N 9 ss ; CR-WERRO, CO 394 N 3.

⁷ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 1.2.2 ; ATF 127 III 357, c. 1b, JdT 2002 I 192 ; ATF 127 III 328, c. 2a, JdT 2001 I 254 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 97 ss ; HOFSTETTER, 19 s. ; TERCIER (contrats), N 4577 ; BaK-WEBER, CO 394 N 29 ; CR-WERRO, CO 394 N 7.

⁸ ATF 101 II 102, c. 1a, JdT 1976 I 525 ; ENGEL, 478 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 18 ; HOFSTETTER, 37 s. ; BaK-WEBER, CO 394 N 3 ; CR-WERRO, CO 394 N 12.

⁹ GUHL/SCHNYDER, § 49 N 3 ; CR-WERRO, CO 394 N 16.

¹⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 527.

pouvons aujourd'hui affirmer que le rapport contractuel n'est un contrat de mandat proprement dit que s'il ne peut être qualifié de contrat innommé¹¹.

31. Pour les besoins de cette étude, il convient de distinguer le contrat de mandat du contrat de travail et du contrat d'entreprise¹². Comme le travailleur, le mandataire suit les instructions de son cocontractant (art. 397 CO). Il exerce néanmoins son activité de manière indépendante en déterminant lui-même les moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif visé¹³. Contrairement à l'employé, il est généralement libre de déterminer le lieu, le moment et les modalités de l'exécution du service¹⁴. Sur le plan économique, le mandataire jouit d'une plus grande indépendance, puisqu'il est le plus souvent lié à un nombre indéterminé de mandants¹⁵. Sa position est moins précaire que celle du travailleur, engagé généralement à l'égard d'un seul employeur, et son besoin de protection est d'autant moins important.

32. Mandataire et entrepreneur sont indépendants de leur cocontractant¹⁶. Ils déterminent de manière autonome les moyens à mettre en œuvre, du moment qu'ils respectent les instructions, parfois sommaires, du destinataire de la prestation. Le mandat se distingue de l'entreprise par le contenu du service que le prestataire s'engage à fournir. L'entrepreneur doit produire un résultat¹⁷. Il fournit un ouvrage, matériel ou immatériel¹⁸, et en garantit la bonne réalisation. Le mandataire, au contraire, « est tenu de fournir un effort de diligence en vue d'atteindre un résultat, sans que celui-ci soit dû. »¹⁹

33. La volonté des parties est décisive pour déterminer si le débiteur de la prestation de services a promis un résultat ou un effort de diligence

¹¹ Anciennement, le Tribunal fédéral considérait que les parties ne pouvaient pas conclure un contrat de services innommé ayant pour seul objet la diligence du débiteur, sans qu'il soit exclusivement soumis aux articles 394 ss CO (ATF 104 II 108, c. 1, JdT 1980 I 77). Aujourd'hui, notre Haute Cour reconnaît les contrats de services innommés mixtes (ATF 109 II 462, c. 3d, JdT 1984 I 210) ou *sui generis* (ATF 115 II 108 (f), c. 4c).

¹² Pour être complet, nous devrions opposer le contrat de mandat proprement dit aux mandats spéciaux et aux contrats innommés dont l'une des prestations caractéristiques est un service. Nous concentrons néanmoins volontairement notre analyse sur les contrats de travail et d'entreprise. Les besoins de celle-ci commandent de distinguer les activités soumises à l'article 399 CO de celles qui ne le sont pas directement (contrats de travail et d'entreprise). En revanche, il apparaît moins utile de distinguer deux rapports contractuels soumis à l'article 399 CO. Dans la mesure où les mandats spéciaux et de nombreux contrats innommés de service sont soumis à cette disposition également (N 831 ss et 836 ss), nous renonçons à cette démarche, en l'espèce inutile.

¹³ TERCIER (contrats), N 4585 ; CR-WERRO, CO 394 N 26. Pour des développements relatifs au lien de subordination qui unit le travailleur à l'employeur, N 398 ss.

¹⁴ BK-FELLMANN, CO 394 N 308 ; HOFSTETTER, 18 ; MORIN (jurisprudence), 125 s. ; BaK-WEBER, CO 394 N 27.

¹⁵ BK-FELLMANN, CO 394 N 310 ; HOFSTETTER, 18 s. ; BaK-WEBER, CO 394 N 27.

¹⁶ Pour l'entrepreneur, voir : ZK-BÜHLER, CO 363 N 148 ; CR-CHAIX, CO 363 N 20 ; TERCIER (contrats), N 3875.

¹⁷ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 1.2.2 ; ATF 127 III 328, c. 2a, JdT 2001 I 254.

¹⁸ ATF 4C.69/2004, 22 juin 2004, c. 3.1 ; ATF 127 III 328, c. 2a, JdT 2001 I 254.

¹⁹ CR-WERRO, CO 394 N 7. Dans ce sens : ATF 109 II 34 (f) c. 3a ; DERENDINGER, N 88 s. ; BK-FELLMANN, CO 394 N 99 s. ; HOFSTETTER, 19 ; TERCIER (contrats), N 4575 ss.

(art. 18 CO)²⁰. En l'absence d'une volonté claire, il faut évaluer si le débiteur a la possibilité de garantir le résultat. Lorsque son activité dépend de circonstances qu'il ne peut objectivement maîtriser (aléas), il est lié par un contrat de mandat. A l'inverse, lorsque la réalisation du résultat escompté ne dépend que de la mise en œuvre des moyens appropriés, le débiteur est lié par un contrat d'entreprise²¹.

34. En principe, le débiteur ne garantit le résultat que s'il lui est effectivement possible de le faire. Il n'est néanmoins pas rare qu'un prestataire de services assure, expressément ou implicitement, le résultat de son activité, malgré les aspects aléatoires qu'elle comporte. Dans cette hypothèse, les règles du contrat d'entreprise s'appliquent.

35. Il convient encore de préciser que certaines activités typiques d'un contrat de mandat comportent des étapes intermédiaires qui, prises isolément, seraient soumises aux règles du contrat d'entreprise. Un dentiste qui s'engage à extraire une molaire et à la remplacer par un implant fournit un service qui dépend de nombreuses circonstances qu'il ne maîtrise pas entièrement. Il ne peut assurer à son patient que le pivot vissé dans l'os de la gencive ne sera pas rejeté par son métabolisme. Par conséquent, le dentiste doit être qualifié de mandataire.

36. La conception et la fabrication de l'implant, qu'il confie généralement à une entreprise spécialisée, peuvent pourtant faire l'objet d'une garantie, tant les connaissances techniques sont pointues à cet égard. En tant que telle, l'obligation de concevoir et fabriquer l'implant est soumise aux articles 363 ss CO. Le dentiste reste toutefois mandataire pour l'ensemble de son activité. Le Tribunal fédéral précise en effet que :

« Lorsque le dentiste est chargé d'un traitement, le but de son activité n'est pas l'exécution d'un ouvrage, mais l'amélioration de l'état de santé à l'aide de tous les moyens appropriés, pouvant comprendre la confection d'ouvrages. [...] [On] doit admettre que l'on est en présence d'un rapport de mandat chaque fois que le dentiste chargé d'un traitement doit procéder sous sa propre initiative et responsabilité aux investigations, diagnostics, choix des moments et modes d'intervention, ainsi qu'aux actes d'exécution permettant d'atteindre le but poursuivi. La confection des éventuels ouvrages nécessaires au traitement est alors englobée dans le contrat de mandat et soumise, en particulier, à l'obligation de bonne et fidèle exécution du contrat, avec tout le soin que l'on peut exiger du mandataire [...]. »²²

²⁰ CR-WERRO, CO 394 N 8.

²¹ MORIN (jurisprudence), 126 s. ; CR-WERRO, CO 394 N 9.

²² ATF 110 II 375 (f), c. 1b.

C. La substitution en doctrine et en jurisprudence

1. La définition

37. On considère parfois que la substitution, au sens de l'article 399 CO, a pour but d'assurer l'exécution du contrat²³. Il s'agit néanmoins d'une qualification peu claire que la doctrine majoritaire attribue à l'hypothèse où le mandataire confie à un tiers l'exécution d'un service qu'il a promis au mandant²⁴. La substitution se présente comme une alternative à l'exécution personnelle.

38. La qualification de substitution est généralement réservée aux situations suivantes. Le débiteur qui délègue est lié au créancier par une obligation relevant du contrat de mandat ou de l'un des types contractuels qui renvoient à ses règles²⁵. Le tiers qui exécute la prestation est indépendant du mandataire²⁶. La délégation de l'obligation intervient dans l'intérêt prépondérant du mandant²⁷.

39. Sans rassembler une majorité d'auteurs, d'autres critères sont également proposés. Selon certains, la notion de substitut dépend de l'importance qualitative de la participation du tiers à l'exécution de l'obligation. Elle ne concerne que le transfert de l'*obligatio faciendi* et pas uniquement celui d'une obligation accessoire²⁸. On peut lire également qu'il faut que l'obligation transférée soit de nature intellectuelle ou artistique²⁹, que

²³ BK-FELLMANN, CO 398 N 547 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 44a.

²⁴ BK-BECKER, CO 399 N 1 ; BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2860 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40a ; HESS (Vertrauenshaftung), 150 ; HONSELL, 314 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 7 ; SPIRO, 91 s. ; TERCIER (contrats), N 4648 ; CR-WERRO, CO 399 N 1.

²⁵ GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2860. *Contra* : CHAIX/MARCHAND, 80, qui suggèrent d'appliquer l'article 399 alinéa 3 CO au contrat d'entreprise également.

²⁶ ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; KG, 6 septembre 2007, SGK BZ 2007 20, c. 2c/aa ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; BG ZH, 15 octobre 1991, RJ N 824, c. IV.1 ; CJ GE, 25 novembre 1983, RJ N 253, c. 3 ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; KG VS, 27 février 1976, RJ N 31, c. I ; II. ZivK, 20 novembre 1970, GVP 1971 60, c. 1, RSJ 1973 359 ; HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2b ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25 s. ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202 s. ; BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Vertrauenshaftung), 150 ; HOFSTETTER, 97 ; HONSELL, 315 ; JAUSSI, 7 ; KOLLER (Haftung), N 410 ; SCHWENZER, N 23.05 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; BaK-WEBER, CO 398 N 3 ; CR-WERRO, CO 398 N 6.

²⁷ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284 ; ATF 112 II 347, c. 2b, JdT 1987 I 28 ; AppG SG, 27 octobre 2006, BJM 2007 213, c. 7.1 ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; BILLOTTE-TONGUE, N 209 ; BUCHER (BT), 232 ; CERUTTI, N 158 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 s. ; HONSELL, 315 ; SCHWENZER, N 23.06 ; TERCIER (contrats), N 4658 ; BaK-WEBER, CO 398 N 3. *Contra* : WERRO (mandat), N 557. A notre sens, l'intérêt prépondérant du mandant n'est pas déterminant pour la qualification de substitution (N 274 ss). Cet élément est néanmoins nécessaire pour l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 520 ss). Dans le même sens : CHAIX, 207.

²⁸ DERENDINGER, N 316 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 589 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; HOFSTETTER, 96.

²⁹ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c.

la résiliation du contrat principal soit possible en tout temps³⁰ ou que le mandataire n'ait pas promis de résultat³¹.

40. Le Tribunal fédéral a notamment qualifié de substitution les deux hypothèses suivantes :

A. SA, spécialisée dans l'inspection et l'étude technique sur toutes matières, s'engage à contrôler, au chargement à la Nouvelle Orléans et au déchargement en Algérie, la qualité du café que B. SA vient d'acquérir. A. SA confie l'exécution du mandat de surveillance à une entreprise tierce³².

A. charge la banque B., à Zurich, de transférer dix lingots d'or d'un kilo sur son compte n°595.060.0.8 Q à la banque C., à Locarno. La banque B. exécute l'ordre. La banque C. crédite le compte n°595.060.0.8 Q qui appartient en réalité à D³³.

2. Son rapport avec la notion d'auxiliaire (art. 101 al. 1 CO)

41. La définition retenue rend la comparaison entre les notions de substitut, au sens de l'article 399 CO, et d'auxiliaire, au sens de l'article 101 alinéa 1 CO, délicate. Est un auxiliaire « toute personne physique ou morale qui, du consentement du débiteur, exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation de ce dernier. »³⁴ Dans le cadre d'un contrat de mandat, le Tribunal fédéral a récemment confirmé l'avis de la Commission de taxation des honoraires d'avocat du canton de Genève qui qualifie d'auxiliaire, se trouvant sous son autorité et sa surveillance, la stagiaire ou la collaboratrice que l'avocat charge de travaux de recherche et de rédaction³⁵.

42. L'article 101 alinéa 1 CO n'exige pas de rapport de subordination³⁶. Par ailleurs, il importe peu de savoir dans l'intérêt de quelle partie le débiteur confie l'exécution de l'obligation à l'auxiliaire, si la délégation est qualitativement et quantitativement importante, si la prestation confiée est de nature intellectuelle ou artistique, si les parties peuvent mettre fin en tout temps au contrat principal ou si un résultat a été promis. L'application de

³⁰ SPIRO, 94 ; BaK-WEBER, CO 398 N 3.

³¹ BUCHER (BT), 232 ; HOFSTETTER, 96. Semblent aller dans le même sens : BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40 ; BaK-WEBER, CO 399 N 4. *Contra* : BILLLOTTE-TONGUE, N 204.

³² ATF 4C.141/2004, 26 août 2004.

³³ ATF 110 II 183, JdT 1985 I 223. Sur la responsabilité de la banque C. : voir N 618 s. et 711 s.

³⁴ CR-THEVENOZ, CO 101 N 5. Voir également : GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2850 ss ; BK-WEBER, CO 101 N 39 ; BaK-WIEGAND, CO 101 N 7.

³⁵ ATF 4P.317/2001, 28 février 2002, c. 5.

³⁶ ATF 4C.343/2003, 13 octobre 2004, c. 4.1 ; ATF 111 II 504, c. 3b, JdT 1986 I 322 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 535 ; GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2850 ss ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 7 ; BK-WEBER, CO 101 N 42 ; BaK-WIEGAND, CO 101 N 7.

l'article 101 alinéa 1 CO est large quant aux personnes dont le débiteur répond³⁷. Sans l'existence de l'article 399 CO, la réalisation des critères retenus en doctrine pour définir la substitution entraînerait donc l'application de l'article 101 alinéa 1 CO.

43. Si dans la littérature juridique, les notions de substitut au sens de l'article 399 CO et d'auxiliaire sont souvent distinguées³⁸, le substitut est en réalité un auxiliaire particulier³⁹. La substitution dans le contrat de mandat est donc une forme d'utilisation d'un auxiliaire à laquelle la loi attache des conséquences juridiques particulières. Ces conséquences juridiques sont brièvement exposées dans les paragraphes suivants.

D. Les conséquences juridiques de l'article 399 CO

44. Chacun des alinéas de l'article 399 CO contient une conséquence juridique importante. Les deux premiers traitent de la responsabilité du mandataire (N 45 ss), le troisième des droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut (N 53 ss).

1. La responsabilité du mandataire

45. La loi distingue la substitution *indue* (art. 399 al. 1 CO) de la substitution *avec pouvoirs* (art. 399 al. 2 CO). La doctrine qualifie la première de substitution *non autorisée*, *interdite* ou *illicite* et la seconde de substitution *autorisée* ou *licite*⁴⁰.

46. Les auteurs qualifient de substitution autorisée la délégation de l'obligation à un tiers fondée sur l'une des conditions alternatives de l'article 398 alinéa 3 CO *in fine*, soit sur l'accord du mandant, l'usage ou les circonstances⁴¹. La responsabilité du mandataire est soumise à l'article 399 alinéa 2 CO.

³⁷ BK-FELLMANN, CO 398 N 535 ; BK-WEBER, CO 101 N 40.

³⁸ Voir notamment : DERENDINGER, N 105 ss ; HOFSTETTER, 96 ; CR-THÉVENOZ, CO 101 N 15 ss ; BaK-WEBER, CO 398 N 3 ss ; CR-WERRO, CO 398 N 5 ss.

³⁹ BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 536 ss ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40b ; JAUSSE, 5 ; MUSTAFA, 124 ; SCHNEEBERGER, 176 s. ; BaK-WEBER, CO 398 N 6.

⁴⁰ DÜRR, 90 s. ; ENGEL, 485 ; TERCIER (contrats), N 4736 ; CR-WERRO, CO 399 N 2 et 4. A notre sens, la substitution peut prendre trois formes : la substitution non autorisée, la substitution indue et la substitution justifiée (N 63 ss).

⁴¹ SCHNEEBERGER, 173 ; TERCIER (contrats), N 4655 ss ; CR-WERRO, CO 398 N 43.

47. Est au contraire considérée comme non autorisée la substitution qui ne réalise aucune des trois hypothèses susmentionnées. La responsabilité du mandataire est alors régie par l'article 399 alinéa 1 CO⁴².

48. En théorie générale, si le débiteur d'une obligation en confie l'exécution à un tiers, le créancier ne peut pas fonder son indemnisation sur une faute personnelle du débiteur en cas de dommage dû au comportement actif ou passif du tiers. Le débiteur peut le plus souvent démontrer ne pas avoir commis de faute au sens de l'article 97 alinéa 1 CO⁴³. Néanmoins, à certaines conditions, la loi impute au débiteur les actes et omissions⁴⁴ de son auxiliaire (art. 101 al. 1 CO).

49. Selon l'article 101 alinéa 1 CO, « [le] débiteur qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. » Le débiteur répond du dommage causé par l'auxiliaire auquel il recourt, lorsque ce dernier se comporte de telle façon, dans l'accomplissement de la tâche qui lui a été confiée⁴⁵, qu'une obligation du débiteur est violée⁴⁶. Il suffit que le débiteur ait conscience qu'une personne participe à l'exécution de l'obligation et qu'il ne s'y oppose pas⁴⁷.

50. Le texte légal ne prévoit pas de clause d'exonération et crée une véritable responsabilité causale pour le fait d'autrui. Selon la jurisprudence et la doctrine, le débiteur ne répond pourtant que s'il ne peut démontrer qu'aucune faute ne lui serait reprochée, si lui-même ou ses organes⁴⁸ avai(en)t, dans les mêmes circonstances, causé le dommage (faute hypothétique)⁴⁹. « En d'autres termes, le débiteur ne répond pas du dommage que son auxiliaire cause en exerçant toute la diligence que le créancier était en droit d'attendre du débiteur personnellement. »⁵⁰

⁴² BK-FELLMANN, CO 399 N 18 ; HONSELL, 315 ; SCHNEEBERGER, 173 ; BaK-WEBER, CO 399 N 5 ; CR-WERRO, CO 398 N 43.

⁴³ Il arrive toutefois que le débiteur viole lui-même la convention fautivement en confiant, sans en avoir le droit, l'exécution à un tiers (art. 68 CO).

⁴⁴ KOLLER (Haftung), N 284 ss et 300 ss ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 20 ; BK-WEBER, CO 101 N 40 ; BaK-WIEGAND, CO 101 N 5.

⁴⁵ KOLLER (Haftung), N 275 ss ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 21 ss ; BK-WEBER, CO 101 N 117 ss.

⁴⁶ CR-THEVENOZ, CO 101 N 20.

⁴⁷ ATF 4C.343/2003, 13 octobre 2004, c. 4.1 ; ATF 99 II 46, c. 1, JdT 1973 I 635 ; KOLLER (Haftung), N 163 ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 6 ; BK-WEBER, CO 101 N 88.

⁴⁸ ATF 92 II 234, c. 1, JdT 1967 I 241.

⁴⁹ ATF 130 III 591 (n.t.), c. 5.5.4 ; ATF 117 II 65 (f), c. 2b ; ATF 113 II 424 (f), c. 1b ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 26 ; BaK-WIEGAND, CO 101 N 13.

⁵⁰ CR-THEVENOZ, CO 101 N 26.

51. Contrairement à ce principe général, en vertu de l'article 399 alinéa 2 CO, appliqué à la substitution que la doctrine qualifie d'autorisée (N 45)⁵¹, le mandataire qui a « reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un », ne répond pas des actes du substitut comme des siens, mais exclusivement de sa faute personnelle dans le choix du sous-mandataire et dans les instructions données. L'article 399 alinéa 2 CO limite donc les obligations du mandataire et est à ce titre qualifié d'exception à l'article 101 alinéa 1 CO⁵².

52. En revanche, lorsque le mandataire est soumis à l'article 399 alinéa 1 CO, soit en cas de substitution qualifiée par la doctrine de non autorisée (N 45)⁵³, l'étendue de sa responsabilité est identique à celle de l'article 101 alinéa 1 CO⁵⁴. Il « répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. » La preuve libératoire dont il dispose consiste également en l'absence de faute fictive (N 821).

2. Les droits du mandant contre le substitut

53. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, « le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle. » Même si le mandant et le substitut ne sont pas liés par convention⁵⁵, cette disposition permet au premier de faire valoir des droits de nature contractuelle contre le second, quel que soit le type de substitution⁵⁶. L'article 399 alinéa 3 CO ne vise, en revanche, pas d'éventuelles prétentions inverses du substitut, tel que le versement d'honoraires⁵⁷.

54. Lorsque le mandataire confie l'activité au substitut, le mandant principal est autorisé à réclamer l'exécution de la prestation déléguée au substitut, cas échéant à mettre en demeure ce dernier s'il ne s'exécute pas. Il

⁵¹ Nous qualifions la substitution engeandrant l'application de l'article 399 alinéa 2 CO de substitution justifiée (N 66).

⁵² ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 5.3 ; ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28 ; ATF 107 II 238, c. 5b, JdT 1982 I 82 ; SCHNEEBERGER, 176 s. ; TERCIER (contrats), N 4648 ; CR-WERRO, CO 399 N 5.

⁵³ Nous qualifions la substitution engeandrant l'application de l'article 399 alinéa 1 CO de substitution indue (N 65).

⁵⁴ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CERUTTI, N 466 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 12 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395 ; CR-WERRO, CO 399 N 2.

⁵⁵ La doctrine majoritaire considère qu'il n'y a substitution que si le mandataire représente indirectement le mandant, soit qu'il agit en son propre nom, mais pour le compte du mandant (BK-BECKER, CO 399 N 1 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 564 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 5 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; BaK-WEBER, CO 398 N 6 ; CR-WERRO, CO 398 N 6. *Contra* : ATTENHOFER, 364 s. ; BÄCHLER, 38 ss ; BUCHER (BT), 232 ; FRIEDRICH, 463 ss ; VON BÜREN (BT), 131). Nous sommes d'avis, avec HOFSTETTER, 97, que la représentation directe du mandant n'empêche pas la qualification de substitution (N 885 ss). Sur la distinction entre la représentation directe et la représentation indirecte, voir CR-CHAPPUIS, CO 32 N 4.

⁵⁶ L'article 399 alinéa 3 CO s'applique, selon sa propre lettre, « dans les deux cas ». Dans la logique de la disposition, il vise aussi bien la substitution indue que la substitution avec pouvoirs. Dans notre conception, l'article 399 alinéa 3 CO s'applique dans les trois hypothèses de substitution (N 69).

⁵⁷ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 45d ; JAUSSI, 43 ; BaK-WEBER, CO 399 N 7 ; CR-WERRO, CO 399 N 6.

peut lui donner des instructions et réclamer la reddition de compte. Il est autorisé à résilier en tout temps le sous-contrat et peut agir contre le substitut en paiement de dommages-intérêts⁵⁸.

55. L'article 399 alinéa 3 CO est qualifié d'exception au principe de la relativité des conventions. La relativité des contrats⁵⁹ est largement admise en droit suisse. Elle constitue même, selon certains⁶⁰, une évidence. Contrairement au législateur français⁶¹, le codificateur helvétique n'a pas estimé nécessaire d'en prévoir expressément le contenu dans une norme du code. Ce principe ne découle que de la systématique légale, d'indices⁶², notamment de l'interprétation de certaines dispositions « qui indiquent que la relation d'obligations se déroule entre le créancier et le débiteur »⁶³ et du principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO)⁶⁴.

56. La relativité des conventions signifie que seules les parties au contrat sont débitrices et/ou créancières des obligations qu'elles ont contractées. Les droits de créance ne peuvent être élevés que contre le ou les débiteur(s) et exclusivement par le ou les titulaire(s) du droit⁶⁵. Un tiers ne peut pas se prévaloir d'une convention à laquelle il n'est pas partie pour faire valoir des droits de nature contractuelle⁶⁶; la créance appartient au créancier et à personne d'autre⁶⁷. Il ne peut pas non plus se voir imposer des obligations auxquelles il ne s'est pas lui-même engagé⁶⁸; il n'a même pas à se préoccuper d'une convention qu'il n'a pas conclue⁶⁹.

57. Par conséquent, lorsqu'en l'absence de relation contractuelle, l'article 399 alinéa 3 CO accorde des droits de cette nature au mandant, il déroge au principe de la relativité des conventions.

⁵⁸ Sur l'ensemble des droits ouverts au mandant contre le substitut, N 683 ss.

⁵⁹ Ce principe n'est pas toujours exprimé en ces termes en doctrine, en particulier chez les auteurs de langue allemande. On qualifie également la créance de droit relatif pour énoncer la même théorie (ATF 4C.273/2002, 28 novembre 2002, c. 3.2; ATF 114 II 91, c. 4a/aa, JdT 1988 I 310; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 64; TERCIER (obligations), N 103).

⁶⁰ Bak-UCHER, Vorb. zu CO 1-40 N 38; CHAIX, 179.

⁶¹ « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. » (art. 1165 CCFr).

⁶² CHAIX, 181; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 45.

⁶³ CHAIX, 181. C'est le cas de l'article 98 alinéa 1 CO. Ce n'est, à notre sens, pas le cas de l'article 97 alinéa 1 CO qui, dans sa version française, ne fait que sous-entendre que c'est le dommage du créancier qui sera réparé. Les versions allemande et italienne ne contiennent par ailleurs pas ce sous-entendu (*contra*: CHAIX, n. 603).

⁶⁴ CHAIX, 182 s.; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 45.

⁶⁵ ATF 114 II 91, c. 4a/aa, JdT 1988 I 310; Bak-UCHER, Einl. vor CO 1 ss N 40.

⁶⁶ ATF 4C.126/2005, 30 août 2005, c. 2.3; ATF 131 III 217 (f), c. 4.2; ATF 4C.387/2000, 15 mars 2001, c. 2a; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 44; CR-THEVENOZ, CO 97 N 42.

⁶⁷ BK-KRAMER, All. Einl. OR N 47.

⁶⁸ CR-THEVENOZ, CO 97 N 42.

⁶⁹ Bak-UCHER, Vorb. zu CO 1-40 N 39.

Chapitre II : Les enjeux

58. Nous avons indiqué, dans le chapitre précédent, que les conséquences juridiques de l'article 399 CO dérogent sensiblement au principe de la relativité des conventions et à l'article 101 alinéa 1 CO. Les enjeux de la substitution sont par conséquent nombreux et importants. Il est impératif de distinguer la qualification de substitution de ses divers types (N 59 ss). Il convient également de délimiter précisément la notion de substitution et donc le champ d'application de l'article 399 CO (N 70 ss).

A. La distinction entre la qualification et les types de substitution

59. Nous l'avons relevé, le Code des obligations, la jurisprudence et la littérature retiennent deux formes de substitution : la substitution « avec pouvoirs » ou « autorisée » et la substitution « indue » ou « non autorisée » (N 45)¹. Une large majorité d'auteurs et d'autorités judiciaires ne distinguent pourtant pas les critères propres à la qualification de substitution de ceux relatifs à ses types. Cela tient essentiellement à leur volonté de restreindre l'application de l'article 399 alinéa 2 CO, tant sa conséquence juridique les dérange².

60. Les propos de plusieurs auteurs autorisés en sont l'illustration :

« [...] Die Frage nach der Unterscheidung zwischen Erfüllungsgehilfe und Substitut steht nämlich in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Zulässigkeit der Substitution und der Rechtfertigung des in Art. 399 Abs. 2 OR begründeten Haftungsprivilegs des Beauftragten. »³

« Eine Unterscheidung zwischen Erfüllungsgehilfe und Substitut ist bei unbefugtem Beizug von Dritten sachlich jedoch nicht gerechtfertigt. »⁴

« Somit ergibt sich für das Auftragsrecht die Notwendigkeit, zwischen *Hilfspersonen* (nach Art. 101) und *Substituten* (nach

¹ Nous constatons au contraire l'existence de trois types de substitution (N 63).

² ATF 118 II 112, c. 2, JdT 1993 I 384 ; BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; KOLLER (Haftung), N 412 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

³ BK-FELLMANN, CO 398 N 542.

⁴ HOFSTETTER, 95 (n. 20).

Art. 398) zu unterscheiden. Die Unterscheidung ist allerdings nur dann erforderlich, wenn die Mitwirkung eines Dritten *zulässig* ist »⁵.

61. La distinction entre la substitution et ses formes est indispensable et l'admission d'un cas de substitution n'est pas seulement utile en cas de délégation « autorisée ». Les droits directs que le mandant peut faire valoir contre le substitut, en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, sont indépendants du type de substitution. D'après le texte même de la norme, le législateur a entendu attribuer ces droits « [dans] les deux cas », soit aussi bien, selon les catégories présentées jusqu'ici, en cas de substitution autorisée que non autorisée.

62. Avant d'évaluer les modalités et les circonstances dans lesquelles intervient la délégation de l'obligation, il est donc impératif de déterminer si les conditions permettant de qualifier l'intervention du tiers de substitution sont réalisées⁶. Lorsque le mandant et l'exécutant de la prestation ne sont pas liés par contrat, la réalisation de ces conditions ouvre l'action directe du mandant contre l'exécutant et lui permet de faire valoir des prétentions que le principe de la relativité des conventions exclurait (art. 399 al. 3 CO). Ce n'est d'ailleurs que lorsque le tiers est un substitut au sens de l'article 399 CO que se pose la question du fondement et de l'étendue de la responsabilité du mandataire en application notamment des deux premiers alinéas de la norme⁷.

63. Contrairement à l'opinion générale, nous sommes d'avis que la substitution peut prendre trois formes, impliquant chacune une étendue différente de responsabilité pour le mandataire : la substitution **non autorisée**, la substitution **indue** et la substitution **justifiée**⁸. Dans les trois cas, l'action directe du mandant est ouverte (art. 399 al. 3 CO).

64. La substitution est non autorisée si aucune des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO n'est réalisée. Le mandataire qui se substitue un tiers, sans l'accord du mandant ou sans que l'usage ou les circonstances le lui permettent, viole l'une de ses obligations contractuelles, celle d'exécuter personnellement le contrat (art. 398 al. 3 CO). Le mandataire répond du dommage causé par cette violation présumée fautive en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO. Sa responsabilité est étendue ; elle dépend essentiellement de l'existence d'un lien de causalité naturelle entre la délégation et le dommage (N 811 ss).

65. Lorsque le mandataire démontre que l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO est réalisée, intervient la question de la justification de la substitution. L'intérêt poursuivi par le mandataire est à cet égard déterminant.

⁵ GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2861.

⁶ Ces conditions sont analysées dans la troisième partie, N 239 ss.

⁷ Les éléments permettant de déterminer le fondement de cette responsabilité se trouvent dans notre quatrième partie, N 457 ss.

⁸ CR-THEVENOZ, CO 101 N 15, semble être également de cet avis.

S'il se substitue un tiers dans son intérêt exclusif ou prépondérant, la substitution est indue et il répond des actes du substitut comme des siens, en vertu de l'article 399 alinéa 1 CO⁹.

66. Si la substitution poursuit l'intérêt du mandant ou d'un tiers désigné par lui, les obligations du mandataire sont essentiellement restreintes au choix du substitut et à la qualité des instructions transmises (art. 399 al. 2 CO). Le mandataire engage néanmoins sa responsabilité pour faute personnelle en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO en cas de violation des obligations dont il reste débiteur (N 822 ss).

67. En opposition à la jurisprudence du Tribunal fédéral et aux auteurs presque unanimes, nous soutenons donc que l'intérêt dans lequel la délégation intervient ne détermine pas la qualification de substitution, mais que l'analyse permet d'en distinguer ses formes et le régime juridique qui lui est applicable¹⁰.

68. Certes, le libellé de l'article 399 alinéa 3 CO ne semble pas confirmer notre vision triangulaire de la substitution. Le législateur paraît avoir envisagé deux formes de substitution (Dans les deux cas) : la substitution indue (art. 399 al. 1 CO) et la substitution avec pouvoirs (art. 399 al. 2 CO). Cette disposition fait toutefois simplement référence aux deux alinéas qui la précèdent, sans qu'il faille exclure son application dans la troisième forme de substitution que nous distinguons.

69. Nous proposons de lire à l'article 399 alinéa 3 CO : *Dans tous les cas*. Cette lecture correspond à l'esprit de la norme, qui a pour vocation à s'appliquer à toute substitution, qu'elle soit autorisée ou non, avec pouvoirs ou non, due ou indue. L'article 399 alinéa 3 CO est d'ailleurs fortement inspiré du Code civil français (N 131)¹¹, lequel énonce à son article 1994 alinéa 2 : « Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

B. Le champ d'application de l'article 399 CO

70. Les développements qui suivent n'ont pas pour but de délimiter le champ d'application de l'article 399 CO. Une telle démarche nécessite une analyse préalable de la norme (N 88 ss). Nous proposons à ce stade d'illustrer par des exemples et des controverses le besoin d'opérer une délimitation

⁹ L'étendue et les conditions de son obligation de réparer le dommage sont identiques à celles régies par l'article 101 alinéa 1 CO (N 52).

¹⁰ Pour une argumentation détaillée, N 274 ss.

¹¹ MESSAGE, FF 1880 I 130.

claire, notamment en raison des conséquences juridiques particulières que la disposition implique.

71. Cette illustration s'articule autour de trois éléments : le rapport contractuel liant créancier et débiteur principaux (N 72 ss), l'activité déléguée au tiers (N 75 ss) et les modalités d'intervention de ce dernier (N 82 ss).

1. Le rapport contractuel liant créancier et débiteur principaux

72. L'article 399 CO s'applique indéniablement au contrat de mandat proprement dit, puisqu'il fait partie intégrante des articles 394 ss CO. Par renvoi, le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406a al. 2 CO), le courtage (art. 412 al. 2 CO), la commission (art. 425 al. 2 CO), le contrat d'agence (art. 418b al. 1, 412 al. 2 et 425 al. 2 CO) et le contrat de transport (art. 440 al. 2 CO) sont également soumis aux articles 394 ss CO. Il faut déterminer si l'article 399 CO est inclus dans les renvois prévus par le législateur (N 836 ss).

73. En pratique, cette question s'est posée dans le cadre de contrats de commission-expédition (art. 439 CO)¹² et de transport (art. 440 ss CO)¹³. Dans un arrêt du 20 août 2003, le Tribunal fédéral a qualifié de substitut au sens de l'article 399 CO une entreprise italienne chargée par un transporteur de s'occuper des formalités douanières, en particulier des aspects liés à la taxe sur la valeur ajoutée¹⁴.

74. Sans faire l'objet de nombreuses jurisprudences, cette question présente également un intérêt indéniable pour la résolution de conflits liés à des contrats innommés mixtes ou *sui generis*, présentant des obligations typiques du contrat de mandat¹⁵, à des contrats de voyage à forfait ou à la gestion d'affaires sans mandat. Certains auteurs suggèrent par ailleurs l'application de l'article 399 alinéa 3 CO au contrat d'entreprise¹⁶. L'un des enjeux de la substitution consiste à délimiter le champ d'application de cette disposition en fonction du rapport contractuel liant créancier et débiteur principaux (N 828 ss).

¹² ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; ATF 77 II 154, c. 7, JdT 1952 I 11 ; II CC, 20 août 1991, Rep 1993 202, c. 6.4 ; II. ZivK, 20 novembre 1970, GVP 1971 60, RSJ 1973 359, c. 1 ; CCA TI, 3 mai 1968, Rep 1969 66, c. A ; HG ZH, 24 août 1967, RSJ 1968 7, 8 ; ZG BS, 22 novembre 1940, RSJ 1940/41 364, 365 ; AppG BS, 4 mars 1938, RSJ 1938/39 361, RSJ 1940/41 17 ; HG SG, 5 octobre 1923, RSJ 1924/25 25.

¹³ ATF 94 II 197, c. 14, JdT 1970 I 54.

¹⁴ ATF 4C.33/2003, 20 août 2003.

¹⁵ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005.

¹⁶ CHAIX/MARCHAND, 79 s.

2. L'activité déléguée au tiers

75. Le transfert d'une partie de l'obligation du mandataire peut en principe être qualifié de substitution¹⁷. Cette question a son importance, puisqu'il n'est pas rare en pratique qu'une petite partie de l'activité promise soit déléguée. Lorsque le propriétaire de plusieurs toiles souhaite s'en séparer et confie à une société active sur le marché de la vente d'objets d'art le soin d'évaluer ses tableaux, il n'est pas inhabituel que la société confie l'expertise de l'un d'entre eux seulement à un tiers indépendant, si des connaissances spécifiques sont nécessaires. Sous l'angle de la sécurité du droit, il faut être en mesure de déterminer si le propriétaire peut faire valoir des moyens de nature contractuelle contre l'expert indépendant, ainsi que le fondement et l'étendue de la responsabilité de la société mandataire.

76. Dans la mesure où les conséquences juridiques de la substitution, en particulier celle de l'article 399 alinéa 2 CO, ne font pas l'unanimité dans la littérature juridique¹⁸, certains auteurs, plus rarement des tribunaux, appréhendent différemment l'analyse de l'activité déléguée au tiers. Selon eux, deux situations de fait, à l'exclusion de toute autre, peuvent être qualifiées de substitution et justifient les conséquences juridiques qui y sont attachées.

77. Serait un cas de substitution au sens de l'article 399 CO l'hypothèse où le mandataire est exclusivement chargé par son mandant de lui rechercher un partenaire contractuel en mesure de lui fournir le service dont il a besoin. En représentant son mandant dans la conclusion du contrat avec le partenaire, le mandataire se substituerait ce dernier¹⁹. L'obligation du mandataire se limite contractuellement à choisir un prestataire de services et à lui transmettre d'éventuelles instructions. Le prestataire effectue une activité que le mandataire ne s'est pas préalablement engagé à exécuter.

78. Serait également un cas de substitution l'hypothèse où le mandataire, chargé de rendre un service au mandant, est expressément autorisé à renoncer à l'exécution et à la confier à un confrère. En faisant usage de ce droit et en lui confiant l'ensemble du service qu'il reste à exécuter, le mandataire se substituerait son confrère²⁰. Le mandataire aurait la possibilité de transformer unilatéralement son obligation et de la limiter à la qualité du choix du remplaçant et des instructions données.

¹⁷ BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; DERENDINGER, N 110 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 561 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 97 ; HONSELL, 314 ; MUSTAFA, 125 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3 ; WERRO (mandat), 155.

¹⁸ Notamment : BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 s. ; MUSTAFA, 126 ; SPIRO, 91 ; VON BÜREN (BT), 131.

¹⁹ BÄCHLER, 38 ss ; FRIEDRICH, 463 ; VON BÜREN (BT), 131.

²⁰ HG, 21 février 1936, RSJB 1937 437, 438 ; OG, 20 décembre 1918, ZR 1919 333, c. 6 ; BÄCHLER, 53 ss ; BUCHER (BT), 232 ; FRIEDRICH, 463. VON BÜREN (Auftrag), 87.

79. Dans ces deux situations, l'énumération limitative des obligations à l'article 399 alinéa 2 CO aurait un sens²¹. Déterminer si l'argumentation de ces auteurs est compatible avec le texte de l'article 399 CO est également une question que cette thèse a pour vocation de résoudre.

80. Enfin, parmi les auteurs qui retiennent une définition plus classique de la substitution, certains soutiennent que l'activité du tiers doit être en tout point identique à celle que le mandataire a promise²². Dans cette logique, en cas de virement bancaire, la banque du bénéficiaire ne serait pas le substitut de la banque du donneur d'ordre. En créditant le compte du bénéficiaire, elle effectuerait une prestation qui ne fait pas partie des obligations de la banque du donneur d'ordre, lesquelles se limiteraient à transmettre l'instruction de crédit²³. A raison, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 27 juin 1995, a toutefois qualifié de substitut la banque du bénéficiaire²⁴.

81. Cette controverse a son importance puisqu'il est nécessaire pour le donneur d'ordre de savoir s'il peut agir contre la banque du bénéficiaire dans l'hypothèse où elle crédite un compte erroné. La banque du donneur d'ordre doit également connaître le fondement et l'étendue de sa responsabilité éventuelle pour les actes de la banque du bénéficiaire. L'un des enjeux de la substitution consiste donc à délimiter le champ d'application de l'article 399 CO en fonction de l'activité déléguée au tiers (N 321 ss et 866 ss).

3. Les modalités d'intervention du tiers

82. Les médecins, les avocats, les notaires prennent des vacances. Ils peuvent être malades ou astreints au service militaire. Pendant leurs absences, certains dirigent leurs patients ou leurs clients vers un confrère, d'autres confient les clés de leur cabinet à un tiers qui les remplace. Dans ces circonstances, la question de l'application de l'article 399 CO se pose.

83. Le tiers qui prescrit un traitement ou s'occupe du dossier est-il un substitut ? Le client ou le patient est-il directement lié au remplaçant par contrat ? Ces aspects sont peu développés en doctrine et en jurisprudence. Ils peuvent pourtant être déterminants en pratique. Si le tiers est qualifié de substitut, à moins que la substitution soit justifiée (art. 399 al. 2 CO), le mandataire répond de ses actes en vertu, alternativement, de l'article 398 alinéa 1 et 2 CO (substitution non autorisée) ou de l'article 399 alinéa 1 CO (substitution induite). Si un contrat est directement conclu entre le

²¹ BÄCHLER, 46 et 59 ; FRIEDRICH, 465 ; VON BÜREN (BT), 131 s.

²² BK-BECKER, CO 399 N 2 ; BISCHOFF, 356 ; JAUSSE, 20 s. (n. 63) ; KLEINER/SCHMID, 179.

²³ OG ZG, 17 septembre 1991, RSDA 1992 191, c. 5c ; CJ, 1^{er} octobre 1982, SJ 1983 78 s. ; BISCHOFF, 356 ; KLEINER/SCHMID, 179 s.

²⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359. Voir N 277 s.

client/patient et le remplaçant, le mandataire ne répond, en revanche, pas des actes de ce dernier, puisqu'il n'est pas concerné par leur convention.

Le Dr. S. a remis, pendant ses vacances, son cabinet médical à l'étudiant en médecine B., lequel était sur le point de passer les examens d'état. Pendant la période de remplacement, Sch. est tombé d'une échelle et a été conduit au cabinet médical de S. Le remplaçant B. l'a ausculté et a procédé à des radiographies. Il n'a rien découvert. Les douleurs ne disparaissant pas, B. a envoyé le patient à l'hôpital cantonal le lendemain. Une luxation de l'épaule a été identifiée et l'articulation a été traitée. La tardiveté de l'intervention a néanmoins provoqué un endommagement des nerfs et une paralysie durable. Sch. réclame des dommages-intérêts à S.

84. Ces faits ont été jugés le 1^{er} avril 1953 par l'*Obergericht* zurichois²⁵. Les juges ont considéré que B. était intervenu en qualité de substitut. Cette appréciation discutable, mais néanmoins soutenable, fait l'objet de développements ultérieurs (N 433 ss).

85. Dans le domaine de la substitution, les principales réflexions portent sur le degré d'indépendance du tiers par rapport au mandataire et sur l'intérêt que poursuit la délégation de l'exécution. Si on estime parfois que l'exercice est impraticable²⁶, tous les auteurs et de nombreuses autorités judiciaires opèrent une distinction entre l'auxiliaire ordinaire et le substitut au sens de l'article 399 CO²⁷, le plus souvent sur la base de ces deux critères. Nombre d'entre eux, qualifiant la réglementation de l'article 399 alinéa 2 CO d'exorbitante, interprètent par ailleurs la notion de substitut restrictivement et retiennent dans le doute la qualification d'auxiliaire²⁸.

86. Avec les tribunaux et les auteurs, nous constatons, à lumière des conséquences juridiques que la substitution implique, que les notions d'auxiliaire et de substitut doivent être appréhendées conjointement. Le substitut au sens de l'article 399 CO est l'auxiliaire du mandataire, auquel des conséquences juridiques particulières sont attachées. Il est donc essentiel de déterminer dans quel contexte ces dérogations aux principes généraux s'appliquent. La distinction entre la substitution et la conclusion directe d'un contrat entre le mandant et le tiers ne doit par ailleurs pas être négligée.

²⁵ OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352.

²⁶ SPIRO, 91.

²⁷ Notamment : ATF 112 II 347, c. 2, JdT 1987 I 28 ; OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352 ; AppG BS, 4 mars 1938, RSJ 1938/39 361, RSJ 1940/41 17 ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202, 203 ; OG, 20 décembre 1918, ZR 1919 333, c. 6 ; BILLLOTTE-TONGUE, N 197 s. ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2861 ; HOFSTETTER, 95 (n. 20) ; JAUSI, 3 ; SCHNEEBERGER, 176 s. ; SCHWENZER, N 23.05 ; BAK-WEBER, CO 398 N 3 .

²⁸ BÄCHLER, 19 ss ; FRIEDRICH, 461 s. ; HOFSTETTER, 96 ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

87. Notre démarche consiste à définir le champ d'application de l'article 399 CO de manière positive en prêtant attention à ne pas limiter l'analyse à une simple opposition entre la substitution et la notion d'auxiliaire. Pour ce faire, nous voyons, dans l'interprétation de l'article 399 CO, une source d'informations essentielles à ladite démarche.

Deuxième partie : L'analyse de l'article 399 CO

88. En raison notamment de la limitation des obligations du mandataire prévues par l'article 399 alinéa 2 CO, le régime de la substitution dans le contrat de mandat a des enjeux importants. Cette réglementation mérite en conséquence une littérature et une jurisprudence accessibles. Au-delà des divergences constatées en doctrine sur le champ d'application de l'article 399 CO (N 76 ss), la notion même de substitution n'est pas toujours définie clairement.

89. Il faut reconnaître que le libellé de la disposition n'est pas limpide. En 1971, Georg GAUTSCHI s'exprimait ainsi : « Der Begriff des Substituten im Schweizerischen Recht ist kein Theorem, sondern muss aus dem positiven Recht abgeleitet werden. »¹ Trente-cinq ans plus tard, ces concepts ne sont pas plus simples à délimiter, raison pour laquelle une thèse sur la substitution nécessite une analyse approfondie de la norme qui en contient la réglementation. L'objectif est d'utiliser les résultats de cette analyse dans nos développements ultérieurs, en particulier s'agissant des critères de délimitation de la substitution (N 311 ss).

90. L'interprète dispose de quatre méthodes. Nous ouvrons cette partie par l'analyse littérale de l'article 399 CO (N 91 ss). Nous présentons ensuite la systématique légale dans laquelle cette norme s'insère (N 115 ss) ainsi que son histoire et quelques éléments de droit comparé (N 126 ss). Nous concluons par une analyse téléologique (N 159 ss).

¹ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c.

Chapitre III : L'analyse littérale

91. L'article 1 alinéa 1 CC ne lui accorde pas une importance décisive¹, mais l'identification du sens d'une disposition commence par son texte, soit par l'analyse des termes utilisés par le législateur². Ce dernier exprime sa volonté par le langage écrit, raison pour laquelle l'interprétation littérale ne doit jamais être ignorée³. L'interprète doit recourir « à l'analyse grammaticale et à l'analyse logique, en s'aidant du dictionnaire, en considérant la ponctuation et la disposition du texte, en tenant compte des titres et des marginaux, ainsi que du contexte immédiat. »⁴ Il doit accorder une valeur égale aux trois textes officiels, soit aux versions allemande, française et italienne⁵ (art. 14 al. 1 LPubl⁶).

92. Une expression utilisée par le législateur peut revêtir plusieurs significations : un sens commun, tel qu'il résulte de l'usage d'aujourd'hui ou de l'époque de l'élaboration de la loi, et un sens juridique, tel qu'il est ou fut utilisé par le législateur dans d'autres textes légaux récents ou contemporains de la norme interprétée⁷.

93. Il convient généralement de se reporter avant tout à l'usage de l'époque de l'élaboration de la loi⁸, le sens juridique, aussi bien que le sens commun des expressions, pouvant valablement guider l'interprète⁹. Le Code des obligations et son article 399 en particulier ont toutefois régi les rapports de droit privé de plusieurs générations. Il faut en conséquence s'assurer que ces termes ont conservé leur signification d'origine. Il serait imprudent d'accorder une importance démesurée à un usage différent de celui que les destinataires du texte peuvent lui attribuer aujourd'hui.

94. Par conséquent, notre analyse tient compte aussi bien des usages d'aujourd'hui que de ceux de l'époque (N 96 ss) et nous nous assurons que les législateurs historique et contemporain ont employé ces termes dans des contextes identiques (N 103 ss).

¹ ATF 131 III 623 (f), c. 2.4.4 ; ATF 131 III 314, c. 2.2, SJ 2005 I 397 ; DESCHENAUX, 77 ; ZK-DÜRR, CC 1 N 106.

² ATF 131 III 623 (f), c. 2.4.4 ; ATF 131 III 314, c. 2.2, SJ 2005 I 397 ; DESCHENAUX, 77 ; Bak-HONSELL, CC 1 N 3.

³ ZK-DÜRR, CC 1 N 147.

⁴ DESCHENAUX, 83. Voir également : ZK-DÜRR, CC 1 N 65.

⁵ ATF 125 III 57, c. 2b, JdT 1999 I 223 ; ATF 120 II 112, c. 3a, JdT 1995 I 202 ; ZK-DÜRR, CC 1 N 66 ; PICHONNAZ/VOGENAUER, 419.

⁶ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles, LPubl), RS 170.512.

⁷ ZK-DÜRR, CC 1 N 67 ; PICHONNAZ/VOGENAUER, 419.

⁸ DESCHENAUX, 83 (n. 60) ; BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 185.

⁹ ZK-DÜRR, CC 1 N 67.

95. L'interprétation porte sur les expressions suivantes : « substitution » (note marginale), « celui qu'il s'est [...] substitué » (alinéa 1), « se substituer quelqu'un », « le sous-mandataire » (alinéa 2), « la personne que le mandataire s'est substituée » (alinéa 3) pour la version française ; « Übertragung der Besorgung auf einen Dritten » (note marginale), « die Besorgung des Geschäftes [...] einem Dritten übertragen » (alinéa 1), « Übertragung » (alinéa 2) pour le texte allemand ; « subdelegazione » (note marginale), « commette la trattazione dell'affare ad un terzo » (alinéa 1), « sostituire » (alinéa 2) pour son équivalent italien.

A. Le sens commun

1. La version française

96. L'expression *sous-mandataire* n'est pas définie par les dictionnaires de langue française, mais la *substitution*, le *substitut* et le verbe *substituer* appartiennent aussi bien au langage courant d'aujourd'hui¹⁰ qu'à celui de la fin du 19^{ème} siècle¹¹. Leur sens n'a d'ailleurs que très peu évolué. *Substituer* signifie « [mettre] (une chose, une personne) à la place d'une autre, pour lui faire jouer le même rôle. » La *substitution* implique une « [délégation] de pouvoirs ou de fonctions. »

97. La personne amenée à remplacer le substitué est communément appelée *substitut*. Ce substantif n'a pas été employé par le législateur à l'article 399 CO, mais sa définition est utile à l'identification de sa fonction. Un *substitut* « tient la place ou [...] exerce les fonctions d'un autre, en cas d'absence ou d'empêchement » ; il remplace et joue le même rôle.

98. Selon sa version française, l'article 399 CO régit, dès lors, les cas où le mandataire se fait remplacer par une personne qui joue le même rôle que lui.

2. La version allemande

99. Plusieurs traductions existent pour le verbe *übertragen* et ses substantifs. Utilisées pour indiquer l'action de transporter quelque chose ou quelqu'un d'un endroit à un autre¹², ces expressions s'emploient également lorsqu'une personne prend en charge les frais d'un tiers ou qu'elle paie pour

¹⁰ ROBERT Paul, *Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^e éd., tome VIII, Paris 1985, 1007 s.

¹¹ LITTRE Emile, *Dictionnaire de la langue française*, Paris 1874, 2061 s.

¹² CAMPE Joachim Heinrich, *Wörterbuch der Deutschen Sprache*, Tome V (1811), Hildesheim, New York 1970, 53.

lui¹³. Dans cette deuxième hypothèse, *übertragen* indique un remplacement. Ce verbe décrit également l'action de « retransmettre » ou de « transmettre ». Un match de football ou une maladie peuvent être *übertragen*¹⁴.

100. Lorsque le mandataire *überträgt die Besorgung des Geschäftes an einen Dritten* (art. 399 al. 1 CO), il laisse le tiers prendre en charge l'exécution de l'obligation et le remplacer. En d'autres termes, le mandataire transmet l'affaire au tiers.

3. La version italienne

101. L'expression *subdelegazione* indique l'action de transférer à un tiers une *delega* ou une procuration reçue¹⁵. Le verbe *sostituire* possède un sens sensiblement identique à son équivalent français *substituer*. Il indique l'action de faire succéder une personne au poste d'une autre en lui confiant sa fonction¹⁶. *Commettere* indique enfin l'action de commettre, c'est-à-dire, confier, attribuer, donner le soin, remettre ou encore concéder la compétence sur une cause déterminée¹⁷.

102. Par conséquent, lorsque le mandataire *commette la trattazione dell'affare ad un terzo* (art. 399 al. 1 CO), il charge un tiers de l'exécution de l'affaire.

B. Le sens juridique

103. L'article 399 CO n'est pas la seule disposition enrichie des expressions définies ci-dessus. Le législateur les a employées dans de nombreuses normes du Code des obligations, du Code civil, voire d'autres lois fédérales, anciennes et récentes. Il est nécessaire de s'assurer que le sens donné à ces expressions dans d'autres contextes est identique à celui qui ressort de l'analyse purement littérale que nous venons de mettre en évidence.

104. L'article 398 alinéa 3 CO présente, dans ce but, un intérêt indéniable, compte tenu de sa grande proximité avec la disposition qui fait l'objet de notre analyse, mais également parce que le législateur a utilisé, dans les trois langues, une terminologie identique à celle de l'article 399 CO. Cette norme,

¹³ ADELUNG Johann Christoph, *Grammatisch-kritisches Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart*, Tome IV, 2^e éd. (1801), Hildesheim, New York 1970, 780.

¹⁴ DUDEN, *Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache*, Tome VII, 2^e éd., Mannheim, Leipzig, Vienne, Zurich 1995, 3507.

¹⁵ BATTAGLIA Salvatore, *Grande Dizionario della lingua italiana*, Tome XX, Turin 2000, 448.

¹⁶ BATTAGLIA Salvatore, *Grande Dizionario della lingua italiana*, Tome XIX, Turin 1998, 557 s. ; TOMMASEO/BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, 9^e éd., Tome IV, Turin, Naples 1872, 1034.

¹⁷ BATTAGLIA Salvatore, *Grande Dizionario della lingua italiana*, Tome III, Turin 1964, 369 s.

libellée ci-dessous, introduit par ailleurs celle centrale de la réglementation sur la substitution (art. 399 CO).

« [Le mandataire] est tenu [d'exécuter le mandat] personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint pas les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. »

105. Dans la version française, la *substitution* est présentée comme une hypothèse similaire au transfert du mandat à un tiers, autorisé ou imposé par les circonstances, puisqu'elle apparaît comme une alternative à l'exécution personnelle du mandat. Les versions allemande et italienne sont rédigées de manière semblable. L'*Übertragung an einen Dritten* et la *sostituzione di un terzo* sont également des alternatives à l'exécution personnelle de l'affaire ou du mandat.

106. Si l'on compare les trois textes, on constate que les versions française et allemande utilisent les termes *transférer* et *Übertragung* lorsque le mandataire n'est pas tenu de l'exécution personnelle, en raison d'une autorisation ou des circonstances, et les termes *substitution* et *Vertretung* lorsque l'exception repose sur un usage. La version italienne, en revanche, emploie dans les trois cas le terme *sostituzione*. Nous en concluons que toutes ces notions, à savoir *transférer*, *substitution*, *Übertragung*, *Vertretung* et *sostituzione* ont la même signification pour le législateur.

107. Les verbes *substituer*, *sostituire*, ou encore *übertragen*, ainsi que leurs substantifs ont été usités à de nombreuses reprises par le législateur fédéral. Dans le seul Code des obligations, on retrouve en effet six dispositions qui en font l'usage dans la version française, septante-neuf dans la version allemande et vingt-sept dans la version italienne¹⁸.

108. Toutes celles que nous avons examinées utilisent cette terminologie pour indiquer un transfert (version allemande de l'article 263 alinéa 1 CO sur le transfert du bail¹⁹), le remplacement de quelque chose (version italienne de l'article 191 alinéa 2 CO sur le calcul des dommages-intérêts dans la vente commerciale, en cas de demeure du vendeur et lorsque l'acheteur procède à un achat de remplacement²⁰), de quelqu'un (versions française et italienne de l'article 487 CC sur la substitution vulgaire dans le cadre d'une succession²¹)

¹⁸ Code des obligations en l'état au 1^{er} juillet 2006.

¹⁹ « Der Mieter von Geschäftsräumen kann das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. »

²⁰ « Nei rapporti commerciali il compratore può pretendere come danno la differenza tra il prezzo convenuto ed il prezzo al quale ha acquistato di buona fede un'altra cosa in sostituzione di quella che non gli fu consegnata. »

²¹ « Le disposant peut désigner une ou plusieurs personnes qui recueilleront la succession ou le legs si l'héritier ou le légataire prédécède ou répudie. »

« Il disponente può designare una o più persone, a cui debbano essere devoluti l'eredità od il legato nel caso di premorienza o rinuncia dell'erede o del legatario. »

ou encore l'action de confier quelque chose à quelqu'un (version allemande de l'article 394 alinéa 1 CO sur la définition du contrat de mandat²²).

109. De nombreuses autres normes de l'ordre juridique fédéral contiennent cette idée de transfert ou de remplacement. A l'article 49 alinéa 2 CO, les verbes *substituer* et *sostituire* sont employés pour indiquer au juge qu'il peut « remplacer » l'indemnité pour tort moral réclamée par la victime par un autre mode de réparation :

« Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation. »

« Il giudice può anche sostituire o aggiungere a questa indennità un altro modo di riparazione. »

110. A l'article 922 alinéa 1 CC, le législateur a employé le verbe *übertragen* pour définir le transfert de la possession :

« Der Besitz wird übertragen durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. »

« La possession se transfère par la remise à l'acquéreur de la chose même ou des moyens qui la font passer en sa puissance. »

111. Des textes plus récents confirment cette analyse. C'est le cas des versions française et italienne de l'article 31 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée²³, dont les notes marginales sont « Maternité de substitution » et « *Maternità sostitutiva* ». Cette disposition interdit aux femmes de porter un enfant à la place de la future mère. Il en va de même de la version allemande de l'article 13 de la loi fédérale sur la radio et la télévision²⁴. Il concerne le transfert de la concession du droit de diffuser des programmes de radio et de télévision et emploie le terme *Übertragung*.

C. Synthèse

112. Il résulte de notre analyse que les expressions utilisées dans les trois versions linguistiques de l'article 399 CO se définissaient à la fin du 19^{ème} siècle comme aujourd'hui. Les nombreuses dispositions légales, anciennes ou plus récentes, qui font usage de ces expressions confirment par ailleurs que le législateur les a employées ou les emploie aujourd'hui dans leur sens commun.

²² « Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen. »

²³ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), RS 810.11.

²⁴ Loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (LRTV), RS 784.40.

113. Le sens commun des verbes *substituer*, *übertragen*, *sostituire* et *commettere*, ainsi que de leurs substantifs, indique de manière univoque l'idée de remplacer, de transférer et de transmettre. Dans le contexte de l'article 399 CO, c'est le mandataire qui se substitue quelqu'un, qui *überträgt die Besorgung an einen Dritten* ou qui *commette la trattazione dell'affare ad un terzo*.

114. L'interprétation littérale de cette disposition nous invite, par conséquent, à qualifier de substitution, la situation à l'occasion de laquelle le mandataire, plutôt que d'exécuter personnellement le mandat, en confie la réalisation à une autre personne que l'on qualifie communément de substitut. Ce dernier remplace le mandataire, plus exactement prend sa place, et exécute la même obligation que celle qui avait préalablement été confiée à celui-ci, puisqu'il joue le même rôle.

Chapitre IV : L'analyse systématique

115. « L'interprétation repose [...] sur l'idée que la loi forme un tout cohérent. Elle éclaire une disposition par les rapports que celle-ci présente avec d'autres règles »¹. L'interprète doit donc interroger le contexte², rapprocher les normes, étudier l'économie de la loi par une analyse logique³. Cette méthode a pour but d'éviter les effets contradictoires et les antinomies⁴.

116. L'objectif des paragraphes suivants est de rechercher le sens de l'article 399 CO en le confrontant à son contexte direct. Les rapports qu'il présente avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique seront analysés dans un chapitre ultérieur (N 159 ss). Nous comparons tout d'abord cette norme à l'article 398 CO en général (N 117 s.), puis nous concentrons l'analyse sur l'alinéa 3 de cette dernière disposition (N 120 ss).

A. Les liens avec l'article 398 CO en général

117. C'est une lapalissade, l'article 398 précède directement l'article 399 CO. Il règle la responsabilité du mandataire, pour une bonne et fidèle exécution, *en général*. Son alinéa 1 soumet la responsabilité du mandataire aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail ; l'alinéa 2 précise que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. La norme réglemente en d'autres termes la responsabilité du mandataire pour l'exécution personnelle de ses obligations.

118. L'article 399 CO a pour note marginale : « *b*. En cas de substitution ». Il s'insère dans le chapitre II du titre treizième : « Obligations du mandataire », sous le point 2 : « Responsabilité pour une bonne et fidèle exécution ». Si l'on s'en rapporte à la systématique légale, l'article 399 CO régit une obligation particulière du mandataire, soit sa responsabilité pour une bonne et fidèle exécution, en cas de substitution. Il concerne une situation différente de la disposition qui le précède (« Responsabilité pour une bonne et fidèle exécution », « en cas de substitution », par opposition à « en général »).

119. Le mandataire ne répond pas des mêmes actes ou omissions en vertu de ces deux normes, faute de quoi, la systématique légale ne présenterait pas la cohérence attendue. L'article 399 CO n'a donc pas pour vocation de régir la

¹ ATF 112 Ib 465 (f), c. 3b. Voir également : DESCHENAUX, 85 ; BK-MEIER-HAYOZ, CC 1 N 188.

² ATF 124 III 126 (f), c. 1b/aa ; DESCHENAUX, 85 s. ; ZK-DÜRR, CC 1 N 151.

³ DESCHENAUX, 85 s. Dans le même sens : BAK-HONSELL, CC 1 N 9 s.

⁴ BAK-HONSELL, CC 1 N 10.

responsabilité du mandataire qui exécute personnellement ses obligations et le sens attribué à la notion de substitution doit s'insérer dans cette logique.

B. Les liens avec l'article 398 alinéa 3 CO

120. L'article 398 alinéa 3 CO fonde l'obligation générale du mandataire d'exécuter personnellement le service qu'il a promis. Il lui confère cependant la possibilité de transférer le mandat à un tiers s'il en a l'autorisation, s'il y est contraint par les circonstances ou si l'usage le permet.

121. Cette norme aurait mérité une numérotation indépendante et externe à la problématique de la responsabilité du mandataire pour une bonne et fidèle exécution, puisque l'exécution personnelle ne se distingue pas d'autres obligations, telles que l'exécution conforme au contrat (art. 397 CO) ou la reddition de compte (art. 400 CO). Sa position n'est toutefois pas due au hasard. Elle précède directement l'article 399 CO, parce qu'elle a pour fonction de l'introduire. L'utilisation de termes similaires, voire identiques, dans les trois versions linguistiques de ces deux normes, n'est pas fortuite (N 112 ss).

122. L'article 398 alinéa 3 CO énonce trois hypothèses qui permettent au mandataire de renoncer à l'exécution personnelle du mandat. L'article 399 CO distingue, quant à lui, la substitution indue (al. 1) de la substitution fondée sur un pouvoir (al. 2). Le lien entre ces deux normes est constaté par la majorité de la doctrine, puisque les auteurs considèrent que l'article 398 alinéa 3 CO détermine l'alinéa de l'article 399 CO qu'il faut appliquer⁵.

123. Nous considérons certes, contrairement aux auteurs majoritaires, que le mandataire qui se substitue un tiers sans réaliser l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO répond du dommage éventuel en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO (N 811 ss), mais nous constatons néanmoins le lien qui unit ces deux normes. Selon nous, la réalisation de l'une des options de l'article 398 alinéa 3 CO permet d'appliquer à la responsabilité du mandataire l'un des deux premiers alinéas de l'article 399 CO, le choix étant déterminé par l'intérêt poursuivi par la substitution (N 520 ss).

C. Synthèse

124. L'article 399 CO ne régit pas la responsabilité du mandataire qui exécute personnellement ses obligations. Il est au contraire directement lié à l'article 398 alinéa 3 CO et organise la responsabilité du mandataire qui ne se

⁵ Parmi d'autres : BK-FELLMANN, CO 399 N 18 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 1a ; CR-WERRO, CO 398 N 10.

conforme pas à son obligation de principe d'exécuter personnellement le mandat. La notion même de substitution doit donc être définie comme une alternative à l'exécution personnelle du contrat. Cette conclusion s'inscrit par ailleurs en droite ligne avec celle que nous avons retenue après l'analyse littérale de la norme (N 112 ss).

125. Ce résultat doit désormais être confronté à la volonté du législateur historique et plus généralement aux sources de la substitution. Le Code fédéral des obligations étant largement inspiré des législations voisines, il convient également de déterminer brièvement si celles-ci connaissent la substitution de mandataire et ce qu'elles entendent par cette notion. Ces développements sont l'objet du chapitre suivant.

Chapitre V : L'analyse historique et comparative

126. L'élément historique de l'interprétation n'est pas décisif¹, surtout si la loi est ancienne². L'interprète ne peut cependant pas faire abstraction de l'intention du législateur, puisqu'elle « permet de donner une réponse à la question de savoir si la modification des circonstances générales de la vie peut ou doit être prise en considération. »³ L'interprète doit s'appuyer sur l'histoire de l'élaboration de la loi et sur les travaux préparatoires⁴, notamment le message du Conseil fédéral, les procès-verbaux du parlement et des commissions ou les avant-projets⁵. S'agissant de l'interprétation de dispositions datant de la codification du droit civil fédéral, il doit également considérer les codifications antérieures au Code civil et au Code des obligations⁶, tant leur influence sur le contenu de notre législation est importante.

127. Notre objectif n'est pas de présenter exhaustivement l'élaboration du Code des obligations⁷ ou celle du contrat de mandat⁸. Il apparaît toutefois nécessaire de replacer brièvement le Code des obligations et le contrat de mandat dans leur contexte historique respectif, afin d'être en mesure de comprendre le sens que le législateur entendait donner au concept de substitution.

128. Dans un premier temps, nous présentons les éléments historiques pertinents (N 129 ss). Dans un second, nous consultons les ordres juridiques desquels le législateur s'est inspiré afin de déterminer si la notion de substitution y est connue et, cas échéant, si elle reçoit une définition semblable à celle qu'auteurs et tribunaux lui attribuent en Suisse (N 147 ss).

¹ ATF 124 II 193, c. 5c, RDAF 1998 II 387 ; ATF 118 II 307 (f), c. 3a ; DESCHENAUX, 78 ; ZK-DÜRR, CC 1 N 135.

² ATF 124 II 372 (n.t.), c. 6a ; ATF 118 II 307 (f), c. 3a ; Bak-HONSELL, CC 1 N 9.

³ ATF 118 II 307 (f), c. 3a.

⁴ DESCHENAUX, 84 ; ZK-DÜRR, CC 1 N 155.

⁵ DESCHENAUX, 84 ; Bak-HONSELL, CC 1 N 9.

⁶ Bak-HONSELL, CC 1 N 9.

⁷ Sur l'élaboration du Code fédéral des obligations du 14 juin 1881, voir : EUGSTER Richard, *Die Entstehung des Schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883*, thèse de Zurich, Weida 1926.

⁸ Sur l'histoire du contrat de mandat en droit suisse, voir : BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 42 ss ; SCHIBLI Erwin, *Die Entwicklung des Mandates in der Schweiz*, thèse manuscrite, Bâle 1929.

A. Les éléments historiques

129. L'analyse des éléments historiques de la substitution nécessite une distinction entre l'élaboration du Code des obligations de 1881 (N 130 ss) et celle du Code de 1911 (N 137 ss). Nous proposons ensuite quelques indices permettant d'identifier la volonté du législateur historique (N 140 ss).

1. Le Code des obligations du 14 juin 1881

130. En 1862, la Confédération confie au Professeur MUNZINGER l'élaboration d'un projet de Code fédéral de commerce⁹. Ses travaux sont ensuite étendus à l'ensemble du droit des obligations¹⁰ et la commission qu'il préside dépose un premier projet complet¹¹ de Code fédéral des obligations en 1871¹².

131. La commission MUNZINGER s'inspire logiquement du *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* publié en 1866¹³. Ce projet était basé sur l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien, le Code civil français et le *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurichois¹⁴. Or, ces trois codifications sont majeures pour la Suisse. L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien a été repris, partiellement ou entièrement, par les cantons de Berne, Lucerne, Soleure et Argovie ; le Code civil français était à l'origine des législations vaudoise, genevoise, tessinoise, fribourgeoise et neuchâteloise ; enfin, le *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurichois était appliqué également à Schaffhouse et dans les Grisons¹⁵.

132. Les articles 469 ss du projet de 1871 sont les premières dispositions, à caractère fédéral, consacrées au contrat de mandat. L'article 476 doit donc être considéré comme l'embryon de l'article 399 CO. Rédigée uniquement en langue allemande, cette norme était libellée ainsi¹⁶ :

« ¹ Hat der Mandatar die Besorgung des Geschäfts in unbefugter Weise einem Dritten übertragen, so haftet er für die Handlungen des Letzteren, wie wenn es seine eigenen wären.

⁹ MESSAGE, FF 1880 I 125.

¹⁰ MESSAGE, FF 1880 I 128.

¹¹ Un premier projet incomplet avait néanmoins été rendu public en 1869. Pour le consulter, voir : FASEL, 513 ss.

¹² MESSAGE, FF 1880 I 129. Pour consulter le texte de ce projet, voir : FASEL, 555 ss.

¹³ MESSAGE, FF 1880 I 130. Pour consulter le texte du projet de Dresde, voir : FRANCKE Bernhard, *Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866*, Aalen 1973.

¹⁴ MESSAGE, FF 1880 I 130.

¹⁵ MESSAGE, FF 1880 I 130.

¹⁶ FASEL, 626.

² War er dagegen zur Uebertragung der Geschäftsbesorgung an einen Substituten befugt, so haftet er nur für die Sorgfalt bei der Wahl desselben.

³ In beiden Fällen kann der Mandant die Ansprüche, die dem Mandatar gegen den Substituten zustehen, direkt gegen diesen geltend machen. »

133. Sa formulation est similaire à celle que l'on connaît aujourd'hui. Elle a néanmoins été introduite dans un contexte sensiblement différent. A l'instar du droit français¹⁷, le contrat de mandat du projet de 1871, puis de la loi fédérale de 1881, fonde essentiellement un pouvoir de représentation¹⁸.

134. Conformément à l'article 392 alinéa 1 aCO, « [le] mandat est un contrat par lequel le mandataire qui l'accepte s'oblige à gérer selon la volonté du mandant l'affaire dont il s'est chargé »¹⁹. Les articles 392 ss aCO ne s'appliquent pas aux prestataires de services ; l'activité des professions libérales est principalement régie par le contrat de louage de services²⁰ (art. 338 ss aCO²¹). On se rend cependant compte en pratique que la gestion d'affaires implique l'exécution de services purement factuels. Puisque la jurisprudence et la doctrine veulent éviter les contrats mixtes, l'article 392 aCO fait rapidement l'objet d'une interprétation élargie²².

135. Après la mort du Prof. MUNZINGER, deux nouveaux projets sont imprimés en 1875 et en 1877²³. En 1879, le département de Justice et Police présente un dernier texte²⁴, accompagné d'un message du Conseil fédéral²⁵.

136. Entre le premier projet de 1871 et la loi de 1881, le contrat de mandat connaît plusieurs modifications, adjonctions et abrogations dans des domaines tels que le droit de résiliation des parties, la cession légale de créance ou l'obligation de diligence et de fidélité du mandataire. Ces changements ne concernent pas les articles 397 aCO (art. 399 CO) et 396 aCO *in fine* (art. 398 al. 3 CO), de sorte qu'ils ne touchent pas la problématique de la substitution. Aucune référence n'est d'ailleurs faite à ce sujet dans les divers rapports des commissions parlementaires ainsi que dans les interventions aux chambres publiées dans le Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse²⁶.

¹⁷ BENABENT, N 620 ; GHESTIN, 317.

¹⁸ BK-BECKER, CO 394 N 7 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 88 ; ROSSEL (1892), N 514.

¹⁹ FF 1881 III 150.

²⁰ BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 89 ; SCHIBLI, 76.

²¹ FF 1881 III 139.

²² BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 91 ; SCHIBLI, 75.

²³ MESSAGE, FF 1880 I 134. Pour consulter le texte des projets, voir : FASEL, 701 ss et 867 ss.

²⁴ Pour consulter le texte du projet, voir : FASEL, 1051 ss.

²⁵ MESSAGE, FF 1880 I 115.

²⁶ BS 1880 1 ss.

2. Le Code des obligations du 30 mars 1911

137. La révision partielle de la Constitution fédérale, le 13 novembre 1898, autorise la Confédération à légiférer sur l'ensemble du droit civil. Le 10 décembre 1907, l'Assemblée fédérale adopte le Code civil suisse, puis procède à un rajeunissement²⁷ du Code des obligations par l'adoption, le 30 mars 1911, de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)²⁸.

138. En 1903, un premier projet d'adaptation du Code des obligations est déposé par une commission dont Eugen HUBER est le rapporteur²⁹. Sous l'angle du contrat de mandat, ce projet contient essentiellement des modifications de forme par rapport aux articles 392 ss aCO³⁰. Le message du Conseil fédéral ne mentionne d'ailleurs le contrat de mandat que pour indiquer que la définition de l'assignation prévue par le projet est plus précise que celle de la loi de 1881³¹. L'article 1452 alinéa 2 du projet ajoute toutefois l'usage comme exception admissible à l'obligation du mandataire d'exécuter personnellement le mandat (art. 398 al. 3 CO)³² (N 493 s.).

139. Suite à l'adoption du Code civil suisse, un nouveau projet est déposé en 1909. Le contrat de mandat est étendu, à cette occasion, à « tous les services, gratuits ou rétribués qui, aux termes des définitions, ne peuvent rentrer ni dans le louage de travail, ni dans le louage d'ouvrage, ni dans aucune autre catégorie de contrats de travail. »³³ Les professions libérales sont en principe soumises désormais au contrat de mandat³⁴. Les autres dispositions ne sont en revanche pas modifiées par la commission de rédaction de ce projet³⁵. Sous réserve de l'introduction tardive de l'actuel article 398 alinéa 1 CO³⁶, les deux chambres de l'Assemblée fédérale, ainsi que leurs commissions ne modifient pas les règles du contrat de mandat³⁷.

²⁷ ROSSEL, BS CN 1909 462.

²⁸ FF 1911 II 1.

²⁹ FASEL, 1433. Le projet est annexé au message du Conseil fédéral de 1905 : MESSAGE, FF 1905 II 67.

³⁰ BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 69.

³¹ MESSAGE, FF 1905 II 36.

³² MESSAGE, FF 1905 II 182.

³³ Article 1448 alinéa 2 du projet. MESSAGE, FF 1909 III 775.

³⁴ MESSAGE, FF 1909 III 775.

³⁵ MESSAGE, FF 1909 III 775.

³⁶ BS CN 1909 698 ; BS CE 1910 226.

³⁷ BS CN 1909 698 ss ; BS CN 1910 355 ss ; BS CE 1910 220 ss.

3. La volonté du législateur historique

a. *Les travaux préparatoires*

140. La notion de substitution trouve son origine dans le projet MUNZINGER de 1871, mais il est difficile d'établir, sans ambiguïté, la volonté du législateur. Nous n'avons pas connaissance de commentaire par article des projets. Les messages du Conseil fédéral, les protocoles publiés des commissions d'experts, les débats parlementaires ne mentionnent pas les diverses dispositions déterminantes et nos recherches approfondies aux Archives fédérales ont été d'une contribution limitée.

141. Un document est néanmoins susceptible d'apporter des éléments d'information. Il s'agit d'un rapport de la commission d'experts sur l'adaptation et la révision du droit des obligations et sur le titre préliminaire du Code civil imprimé en août 1904³⁸. Son article 1412 est libellé ainsi :

« Bei Übertragung der Besorgung an einen Dritten

¹ Hat der Beauftragte die Besorgung des Geschäftes befugter oder unbefugter Weise einem Dritten übertragen, so haftet er nach den allgemeinen Vorschriften über die Haftung für Hilfspersonen.

² In beiden Fällen kann der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen. »

142. La note marginale et l'alinéa 2 sont similaires à la note marginale et à l'alinéa 3 de l'article 399 CO. En revanche, l'alinéa 1 indique que les rédacteurs du Code des obligations du 30 mars 1911 ont envisagé de soumettre la responsabilité du mandataire, en cas de substitution, aux principes connus aujourd'hui à l'article 101 alinéa 1 CO. Ce texte n'est pas décisif et une volonté du législateur ne peut en être indubitablement déduite. Il nous enseigne toutefois que la substitution était considérée par les rédacteurs de l'article 399 CO comme une situation suffisamment proche de l'appel à un auxiliaire, pour qu'ils envisagent d'appliquer au mandataire qui se substitue un tiers les règles sur la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires.

b. *L'interprétation donnée au 19^{ème} et au début du 20^{ème} siècles*

143. Les commentaires consacrés au droit des obligations à la fin du 19^{ème} et au début du 20^{ème} siècles présentent des éléments utiles pour déterminer ce que le législateur entendait réglementer à l'article 397 aCO, respectivement 399 CO. Ils n'ont toutefois qu'une valeur d'indice.

³⁸ Ce projet est classé aux Archives fédérales parmi les « verschiedene Gesetzes- und Botschaftsentwürfe ; Genehmigung der Vorläge durch BRB vom 3.3.1905 » (1905 2107-2108).

144. En 1892 et en 1912, Virgile ROSSEL décrit la substitution comme une alternative à l'obligation d'exécuter personnellement le contrat³⁹. Hugo OSER, ainsi que Friedrich FICK et Alfred VON MORLOT, confirment en 1915 que les conséquences juridiques prévues à l'article 399 CO s'appliquent lorsque le mandataire n'exécute pas personnellement son obligation, conformément à l'article 398 alinéa 3 CO⁴⁰ et que le champ d'application de cette disposition est lié de manière étroite avec celui de l'article 101 alinéa 1 CO⁴¹.

145. L'intérêt de ces commentaires tient au fait que leurs auteurs étaient bien plus à même de connaître la volonté du législateur que nous le sommes aujourd'hui. Virgile ROSSEL et Hugo OSER étaient membres de la commission spéciale chargée par le Département fédéral de justice et police de s'occuper des travaux d'adaptation du droit des obligations au Code civil suisse⁴², ainsi que de la commission d'experts chargée d'examiner et de discuter le projet du Conseil fédéral du 3 mars 1905⁴³. Virgile ROSSEL était par ailleurs le rapporteur français de la deuxième commission de rédaction devant les chambres en 1909⁴⁴.

146. Il est vraisemblable que l'article 399 CO a fait l'objet de discussions au sein des commissions d'experts. Si le résultat de ces discussions avait différé de l'interprétation que font les auteurs précités de cette disposition, il en aurait vraisemblablement été fait mention dans leurs ouvrages. En connaissant la volonté du législateur et en n'indiquant pas au lecteur qu'elle diverge de leur opinion, ils précisent implicitement que cette volonté correspond à leur description.

B. Les éléments comparatifs

147. La substitution de mandataire en droit suisse est essentiellement inspirée du *Dresdener Entwurf* (N 148 ss), du *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurichois (N 152 s.), du Code civil français (N 154 s.) et de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien (N 156). Nous présentons brièvement ces textes, en ce qu'ils concernent la substitution, afin de déterminer quelle situation cette institution a(vait) pour vocation de régler.

³⁹ ROSSEL (1892), N 520 ; ROSSEL, 441 s.

⁴⁰ ZK-OSER, CO 399 N 1.

⁴¹ FICK/VON MORLOT, CO 399 N 2.

⁴² MESSAGE, FF 1905 II 3.

⁴³ MESSAGE, FF 1909 III 748.

⁴⁴ BS CN 1909 462 ss.

1. Le Dresdener Entwurf et le Bürgerliches Gesetzbuch

148. Rédigé entre 1861 et 1866, le *Dresdener Entwurf*, destiné à devenir loi, ne l'est jamais devenu. Il a néanmoins eu une influence importante sur l'élaboration du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand⁴⁵. La substitution de mandataire était traitée aux articles 693 et 694⁴⁶. La terminologie est la même et les conséquences juridiques sont similaires à celles de l'article 399 CO, puisqu'il est prévu aussi bien une responsabilité limitée du mandataire qu'une prétention directe du mandant contre le tiers.

149. Ces dispositions devaient régir l'alternative à l'exécution personnelle du mandat. Elles assimilent en effet l'*Übertragung des Geschäftes an einen Dritten* (art. 693 al. 1) à la *Beihilfe Dritter* (art. 693 al. 2 CO) en prévoyant les mêmes conséquences juridiques. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par les procès-verbaux de la commission de rédaction du projet. Les rédacteurs y comparent régulièrement les conditions d'application de l'article 693 à celles de la responsabilité ordinaire d'un débiteur qui utilise les services d'un tiers pour exécuter son obligation⁴⁷.

150. Le droit allemand connaît aujourd'hui une réglementation similaire à la nôtre. Le paragraphe 664 BGB⁴⁸ détermine les conditions de participation d'un tiers à l'exécution de l'obligation du mandataire⁴⁹. Il indique également les conséquences juridiques, en termes de responsabilité du mandataire, en cas de transmission du mandat (substitution)⁵⁰. L'exécution peut être transmise à

⁴⁵ HKK-ZIMMERMANN, Vor § 1 N 10.

⁴⁶ « Art. 693

Hat der Beauftragte in befugter Weise die Besorgung des Geschäftes einem Dritten übertragen, so gehen die hierdurch für den Beauftragten gegen den Dritten begründeten Ansprüche auf den Auftraggeber über und der Beauftragte hat für die Handlungen des Dritten nur zu haften, wenn er bei dessen Wahl nicht die ihm nach Massgabe der Vorschrift des Art. 230 obliegende Sorgfalt angewendet hat.

Dasselbe gilt, wenn das aufgetragene Geschäft so beschaffen ist, dass es ohne die Beihilfe Dritter nicht besorgt werden kann und der Beauftragte Dritte zu Hilfe genommen hat. »

« Art. 694

Hat der Beauftragte in unbefugter Weise die Besorgung des Geschäftes einem Dritten übertragen, so bleibt er dem Auftraggeber für alle Ansprüche desselben aus der Geschäftsbesorgung verhaftet und für jeden durch die Handlungen des dritten jenem verursachten Schaden einzustehen. Auch kann der Auftraggeber, vorbehaltlich seiner Rechte gegen den Beauftragten, den Dritten als Geschäftsführer ohne Auftrag in Anspruch nehmen. »

⁴⁷ PROTOCOLLE, 2505 ss.

⁴⁸ « Unübertragbarkeit ; Haftung für Gehilfen

¹ Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen. Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich.

² Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar. »

⁴⁹ MK-SEILER, § 664 N 1 ; SPRAU, § 664 N 1.

⁵⁰ MK-SEILER, § 664 N 2.

un *Substitut* ou à une *Hilfsperson*⁵¹, le premier intervenant se distinguant du second par son indépendance à l'égard du mandataire⁵². Le substitut reprend, sous sa propre et entière responsabilité, l'exécution de l'affaire et prend la place du mandataire principal⁵³.

151. Le droit allemand ne connaît pas l'action directe du mandant contre le substitut. Lorsque le mandataire fait intervenir le substitut en son propre nom, le mandant ne bénéficie de certains droits de nature contractuelle contre le substitut que si le mandataire lui cède les siens⁵⁴.

2. Le Privatrechtliches Gesetzbuch zurichois

152. Le *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurichois traitait de la substitution de mandataire à ses paragraphes 1171 et 1172⁵⁵. La terminologie utilisée par le législateur zurichois et la responsabilité du mandataire prévue ne permettent pas de douter du lien étroit qui unit ces deux paragraphes à l'article 399 CO. L'action directe n'existait en revanche pas mais le mandataire devait céder au mandant ses créances contre le substitut.

153. L'auteur de ce texte nous confirme que la substitution consistait, pour le mandataire, à transmettre l'exécution du mandat à un tiers ou à mettre quelqu'un à sa place. Il commente l'obligation du mandataire qui découle de ces dispositions ainsi⁵⁶ :

« Er darf daher nicht willkürlich einen Andern an seine Stelle setzen, noch die Vollziehung einem Andern übertragen. »

⁵¹ MK-SEILER, § 664 N 2.

⁵² SPRAU, § 664 N 2.

⁵³ STAUDINGER-WITTMAN, § 664 N 1.

⁵⁴ SPRAU, § 664 N 4 ; STAUDINGER-WITTMAN, § 664 N 8.

⁵⁵ « § 1171

Der Beauftragte soll selber für die Vollziehung des Auftrags sorgen. Ueberträgt er dieselbe einem Stellvertreter (Substituten), ohne von dem Auftraggeber zur Bezeichnung eines solchen ermächtigt, oder ohne die Natur der Umstände dazu genöthigt zu sein, so haftet er dem Auftraggeber auch für die Verschuldung des Substituten. »

« § 1172

Ist aber die Ernennung eines Substituten von dem Auftraggeber erlaubt oder sonst durch die Umstände gerechtfertigt, so haftet der Beauftragte selbst nur für Fahrlässigkeit in der Auswahl des Substituten und für Abtretung seiner Klage gegen diesen.

Dasselbe gilt, wenn er fremde Hilfspersonen (Handwerker, Tagelöhner) anstellen muss. »

⁵⁶ BLUNTSCHLI, § 1171 N 1.

3. Le Code civil français

154. Le Code civil français contient les conséquences juridiques de la substitution de mandataire à son article 1994⁵⁷ ; ces conséquences sont similaires à celles de l'article 399 CO. Les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de cette norme démontrent que le législateur français envisageait la substitution comme une alternative à l'exécution personnelle du mandat. Certains députés se sont en effet exprimés ainsi⁵⁸ :

« Le mandataire peut être malade ou empêché de toute autre manière ; il faut cependant que l'affaire dont il s'est chargé ne souffre pas de cet obstacle : mais s'il ne peut se faire remplacer, sa responsabilité se trouve compromise. [...] [III] est dur de ne pas permettre au mandataire de se décharger du mandat lorsque les circonstances le réduisent à l'impossibilité d'agir par lui-même, et qu'en se dégageant il ne met pas en péril l'intérêt de celui qui l'a constitué : c'est assez de le soumettre à l'obligation rigoureuse de répondre de celui qu'il commet à sa place. »

155. En droit français, la substitution de mandataire est aujourd'hui opposée à l'exécution personnelle du mandat⁵⁹. Le mandataire a la faculté, à certaines conditions, de « se faire remplacer par un mandataire substitué, en recourant à un "sous-mandat" »⁶⁰. « Le mandataire substitué ne fait que poursuivre la mission originellement confiée au mandataire principal »⁶¹.

4. L'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch autrichien

156. L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien connaît la substitution de mandataire à son paragraphe 1010⁶². Les principes juridiques qui se dégagent de cette norme sont semblables à ceux des articles 398 alinéa 3 et 399 CO. Le droit autrichien ne connaît pas l'action directe du mandant contre

⁵⁷ « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion :

¹ quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;

² quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. » (art. 1994 CCfr).

⁵⁸ FENET, 572 ss.

⁵⁹ BENABENT, N 649.

⁶⁰ BENABENT, N 649.

⁶¹ MALLET-BRICOUT, N 6.

⁶² « Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Not einem Dritten auf, so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet oder durch die Umstände unvermeidlich, so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden. »

le sous-mandataire, mais la doctrine y voit un cas d'application de l'effet protecteur du contrat envers les tiers⁶³, de sorte qu'elle autorise le mandant à se prévaloir de son dommage directement auprès du substitut⁶⁴. Elle distingue par ailleurs la substitution de l'utilisation d'auxiliaires⁶⁵. La substitution correspond à la transmission de l'intégralité du mandat, le substitut intervenant à la place du mandataire⁶⁶.

C. Synthèse

157. S'il n'est pas aisé de déterminer la volonté du législateur historique, soit ce qu'il entendait régir par l'article 399 CO, certains éléments nous permettent de penser que nos conclusions relatives aux analyses littérale et systématique sont conformes à ce que les rédacteurs des Codes des obligations de 1881 et 1911 avaient à l'esprit.

158. L'existence de l'article 1412 du rapport non publié de 1904 représente une indication importante que la substitution était considérée comme une situation proche de l'appel à un auxiliaire ordinaire (N 141 s.). Les commentaires rédigés par certains des membres des commissions d'élaboration du Code des obligations décrivent la substitution au sens des articles 397 aCO et 399 CO comme une alternative à l'exécution personnelle du mandat. Enfin, tous les textes qui ont inspiré notre droit des obligations contiennent des normes de responsabilité semblables à celles de l'article 399 CO. Tous prévoient l'obligation pour le mandataire d'exécuter le contrat personnellement et la possibilité, moyennant le respect de certaines conditions, de confier le mandat à un tiers, qualifié parfois de substitut. Certains indiquent le lien étroit qui existe entre la substitution et l'appel à un auxiliaire ordinaire. Enfin, l'interprétation de ces textes, donnée par la doctrine moderne, confirme que cette position n'a pas changé.

⁶³ Sur cette notion, N 182. Voir également : TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; ATF 117 II 315 (f), c. 5c/bb ; CHAIX, 250 ss ; KOLLER (Grundzüge), 1492 ss ; MOSER, 47 ss ; WALTER, 284 ss.

⁶⁴ RUMMEL/STRASSER, § 1010 N 5.

⁶⁵ FEIL, 81 ; RUMMEL/STRASSER, § 1010 N 2.

⁶⁶ FEIL, 81 ; RUMMEL/STRASSER, § 1010 N 2.

Chapitre VI : L'analyse téléologique

159. La loi est l'instrument principal dont dispose le législateur pour atteindre les objectifs qu'il se fixe, notamment pour résoudre les problèmes de politique juridique ou sociale¹. Elle lui permet de protéger les intérêts de particuliers ou de groupes d'individus. Elle sert également, lorsque ces intérêts sont antinomiques, à les coordonner selon certains critères. Le juge s'inspire donc logiquement des buts poursuivis par la loi ou par la norme analysée pour identifier l'interprétation qu'il faut lui donner.

160. Le Code des obligations ne poursuit pas de but général autre que l'arbitrage des relations privées et commerciales entre personnes physiques ou morales. S'il protège parfois les intérêts de la partie faible à une relation contractuelle², il détermine plus généralement les droits et obligations des personnes liées par une ou plusieurs obligations.

161. L'article 399 CO régit la responsabilité contractuelle du mandataire en cas de substitution (al. 1 et 2) et détermine les droits que le mandant peut faire valoir directement contre le substitut (al. 3). Plus généralement, lorsque le mandant subit un dommage résultant de l'activité du substitut, l'article 399 CO indique la personne qui en répond en dernier lieu. Les deux premiers alinéas désignent le mandataire et le troisième le substitut.

162. Cette norme est entourée de nombreux principes. Si chacun supporte, en général, son dommage (*casum sentit dominus*)³, le législateur opère des choix et impute parfois à l'un des cocontractants le dommage subi par l'autre. Il établit des critères, fondés sur l'expérience ou sur un jugement de valeur, pose des conditions en application desquelles il lui paraît équitable que l'une des parties indemnise l'autre pour le dommage que cette dernière subit.

163. Ainsi, lorsque ce préjudice résulte de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite d'une obligation contractuelle, le débiteur en répond à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO). Par ailleurs, lorsque le débiteur confie à un tiers une partie des tâches nécessaires à son exécution, il répond du dommage comme si celui-ci résultait de son propre comportement (art. 101 al. 1 CO)⁴.

164. Les interprétations littérale, systématique, historique et comparative nous amènent à qualifier la substitution d'alternative à l'exécution personnelle. Or, lorsque le débiteur d'une obligation ne s'exécute pas personnellement et qu'il en confie à un tiers l'exécution, sa responsabilité est soumise à l'article

¹ DESCHENAUX, 87.

² Voir par exemple les articles 362 (protection du travailleur) et 269 ss CO (protection du locataire).

³ ATF 128 III 370 (f), c. 4b ; REY, N 18 ss.

⁴ Pour une brève description de l'article 101 alinéa 1 CO, N 49 s.

101 alinéa 1 CO. Par conséquent, les deux premiers alinéas de l'article 399 CO, qui régissent notamment la responsabilité du mandataire en cas d'exécution par un tiers, visent des situations similaires à celles couvertes par l'article 101 alinéa 1 CO.

165. En vertu de l'article 399 alinéa 1 CO, le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. Cette conséquence juridique est identique à celle de l'article 101 alinéa 1 CO⁵. En revanche, en application de l'article 399 alinéa 2 CO, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions. La dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO est ici sensible⁶.

166. L'article 399 CO ne semble pas nécessiter de représentation directe du mandant lorsque le mandataire confie l'exécution au substitut⁷. Il est même généralement soutenu que la substitution n'existe qu'en cas de représentation indirecte⁸. En suivant cette opinion, l'article 399 alinéa 3 CO accorde au mandant des prétentions contre le substitut, malgré l'absence de relation contractuelle directe. La dérogation au principe de la relativité des conventions est donc importante⁹.

167. Dans ce contexte, il convient de déterminer si les dérogations aux deux principes juridiques susmentionnés, prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 399 CO, sont justifiées ou si elles doivent au contraire nous amener à remettre en question l'interprétation retenue des trois autres méthodes.

168. Nous nous penchons dans un premier temps sur la dérogation au principe de la relativité des conventions (N 169 ss). Nous évaluons ensuite les éléments justifiant la dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO (N 185 ss).

⁵ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CERUTTI, N 466 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 12 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395 ; CR-WERRO, CO 399 N 2. Voir également N 52.

⁶ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 5.3 ; ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28 ; ATF 107 II 238, c. 5b, JdT 1982 I 82. Parmi de nombreux auteurs : BK-FELLMANN, CO 399 N 46 ; Bak-WEBER, CO 399 N 2 ss ; CR-WERRO, CO 399 N 5.

⁷ Sur la distinction entre la représentation directe et la représentation indirecte, voir CR-CHAPPUIS, CO 32 N 4.

⁸ BK-BECKER, CO 399 N 1 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 564 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 5 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; Bak-WEBER, CO 398 N 6 ; CR-WERRO, CO 398 N 6. *Contra* : ATTENHOFER, 364 s. ; BÄCHLER, 38 ss ; BUCHER (BT), 232 ; FRIEDRICH, 463 ss ; VON BÜREN (BT), 131. Nous sommes d'avis, avec HOFSTETTER, 97, que le type de représentation n'influence pas la qualification de substitution (N 885 ss).

⁹ CHAIX, 188, 190 ; JAUSSE, 36 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 59.

A. La dérogation au principe de la relativité des conventions

1. Le principe et ses dérogations

169. Largement admis en droit suisse, le principe de la relativité des conventions signifie que seules les parties au contrat sont débitrices et/ou créancières des obligations qu'elles ont contractées¹⁰. Un tiers ne peut pas se prévaloir d'une convention à laquelle il n'est pas partie pour faire valoir des droits de nature contractuelle. Il ne peut pas non plus se voir imposer des obligations auxquelles il ne s'est pas lui-même engagé.

170. Peu nombreuses sont les exceptions prévues par la loi. Classique¹¹, la stipulation pour autrui permet au tiers, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage, de réclamer personnellement l'exécution de l'obligation (art. 112 al. 2 CO)¹². Trois autres exemples sont généralement cités : la cession de créance (art. 164 ss CO)¹³, les instructions que le bailleur peut donner au sous-locataire quant à l'usage de la chose (art. 262 al. 3 CO)¹⁴ et les droits que peut faire valoir le mandant contre le substitut (art. 399 al. 3 CO)¹⁵.

171. Une dérogation à la relativité des conventions peut avoir un effet positif ou négatif sur le tiers concerné. L'effet est négatif si le contrat met à sa charge une dette ou lui supprime un droit de créance. L'effet est en revanche positif si le tiers peut tirer des droits en sa faveur d'un contrat auquel il n'est pas partie. A raison, François CHAIX considère que « l'équité se satisfait mieux de l'extension active de l'obligation que de son extension passive. »¹⁶

172. Cette constatation trouve notamment appui dans le fait que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui n'a pas à donner son accord pour devenir créancier (art. 112 CO) ou que le destinataire d'une offre en tous points positive pour lui n'a pas expressément à l'accepter (art. 6 CO)¹⁷. A l'inverse, la reprise de dette nécessite l'accord du reprenant (art. 175 al. 1 CO).

173. Une dérogation positive ne doit néanmoins pas créer de charge supplémentaire pour le débiteur¹⁸ et doit faire l'objet d'une disposition légale spécifique¹⁹.

¹⁰ Sur le principe de la relativité des conventions, N 55 s.

¹¹ CHAIX, 193.

¹² Bak-BUCHER, Vorb. zu CO 1-40 N 38 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 59 ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 42.

¹³ Bak-BUCHER, Vorb. zu CO 1-40 N 38.

¹⁴ CHAIX, 204 s. ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 59 ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 42.

¹⁵ CHAIX, 188, 190 ; JAUSSE, 36 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 59 ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 42.

¹⁶ CHAIX, 189.

¹⁷ CR-DESSEMONNET, CO 6 N 6.

¹⁸ CHAIX, 189.

2. La justification de l'article 399 alinéa 3 CO

174. L'article 399 alinéa 3 CO attribue au mandant les droits dont bénéficie le mandataire contre le substitut (N 637). Le mandant peut donc faire valoir des prétentions qui découlent d'une convention à laquelle il n'est pas partie. L'article 399 alinéa 3 CO accorde au contrat conclu entre le mandataire et le substitut un effet positif sur le tiers (mandant). Cette dérogation au principe de la relativité des conventions n'est toutefois admissible que si elle ne crée pas une charge supplémentaire sur le substitut.

175. A notre connaissance, aucun auteur ne conteste le bien-fondé de la conséquence juridique visée à l'article 399 alinéa 3 CO. Cette disposition apparaît au contraire comme le corollaire logique de la limitation des obligations du mandataire (art. 399 al. 2 CO). La loi donne au mandant des droits contre la personne qui exécute en définitive la prestation, ce qui semble raisonnable d'un point de vue économique. Seule l'étendue des droits fait l'objet de discussion et plus particulièrement le fondement de la prétention en dommages-intérêts²⁰.

176. La dérogation au principe de la relativité des conventions se justifie à notre sens dans la mesure où le substitut, en exécutant la prestation, se présente comme la personne la plus indiquée pour recevoir les instructions du mandant (N 689 ss). Si le premier devait obligatoirement transiter par le mandataire, il en résulterait une perte de temps ainsi qu'un risque de déformation. Le bon sens s'accommode également que l'exécution du service soit réclamée directement à la personne qui le rend (N 685 ss). Requérir du mandataire l'exécution d'une prestation dont il ne s'occupe, par hypothèse, plus ne peut se révéler efficace. L'action en dommages-intérêts, qu'il faut accorder au mandant quel que soit son fondement (N 699 ss), est également légitimée puisque le substitut se présente comme le véritable auteur du dommage. Si ce dernier cause un préjudice au mandant en violant fautivement son obligation contractuelle, il est logique qu'il l'indemnise, quand bien même le mandant n'est pas le créancier originaire de l'obligation.

177. Cette dernière prétention ne se justifie en revanche que dans la mesure où le substitut est pleinement responsable du dommage. Ce n'est le cas que s'il dispose d'une indépendance suffisante à l'égard du mandataire et qu'il aurait été amené à répondre du dommage si le mandataire avait été le bénéficiaire de la prestation. Faute de réalisation de ces conditions, l'attribution de la prétention crée une charge supplémentaire pour le substitut qui ne se justifie

¹⁹ ATF 4C.126/2005, 30 août 2005, c. 2.3 ; ATF 4C.194/1999, 18 janvier 2000, c. 2b.

²⁰ La doctrine estime que l'article 399 alinéa 3 CO ne peut pas fonder de prétention en dommages-intérêts dans la mesure où le mandataire n'en bénéficie en principe pas, puisque, agissant pour le compte du mandant, il ne subit généralement pas de dommage. Si le mandataire n'a pas ce droit contre le substitut, le mandant ne peut pas en devenir titulaire sur la base de cette disposition. Sur cette question, voir notre avis contraire : N 725 ss.

pas au regard du principe de la relativité des conventions. Le substitut serait en effet amené à indemniser le mandant alors que son débiteur n'aurait pas pu ou n'aurait pas souhaité agir en responsabilité.

178. Malgré l'absence de convention, la nécessité d'attribuer à la victime d'un préjudice des prétentions de nature contractuelle contre son auteur, se fait toujours plus sentir. La rigueur du principe de la relativité peut en effet conduire à des solutions inéquitables²¹. Doctrine et jurisprudence proposent quatre raisonnements juridiques dérogeant à ce principe : l'extension de la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), la responsabilité fondée sur la confiance, la liquidation du dommage de tiers et l'effet protecteur du contrat.

179. Les auteurs et les tribunaux étendent le champ d'application de l'article 112 alinéa 2 CO (stipulation pour autrui parfaite) en proposant d'attribuer une prétention au tiers lorsque le but du contrat l'implique²² ou lorsque l'équité l'exige²³. Le texte de cette disposition ne le prévoit pourtant que si les parties en avaient l'intention ou que tel est l'usage.

180. Dans une certaine mesure, la responsabilité fondée sur la confiance, reconnue en fin de siècle dernier, déroge au principe de la relativité des conventions²⁴. Sa nature est controversée²⁵, mais le Tribunal fédéral a admis une prétention en dommages-intérêts²⁶ ou l'a envisagée²⁷ dans des hypothèses où il avait exclu l'existence d'une prétention contractuelle ou la commission d'un acte illicite.

181. La liquidation du dommage de tiers n'est pas une véritable dérogation au principe de la relativité des conventions²⁸. Elle a néanmoins été imaginée pour en pallier les inconvénients. Son application est supposée nécessaire dans

²¹ ATF 117 II 315 (f), c. 5c ; YUNG, 303.

²² ATF 5C.7/2004, 22 avril 2004, c. 4.3 ; ATF 4C.5/2003, 11 mars 2003, c. 2.1.1 ; Bak-GONZENBACH, CO 112 N 10 ; BK-WEBER, CO 112 N 43 ; YUNG, 306.

²³ ATF 117 II 315 (f), c. 5e ; CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 9.

²⁴ Sur la notion de responsabilité fondée sur la confiance, voir notamment : Bak-BUCHER, CO 1 N 69a ss ; CHAPPUIS/WINIGER (éd.), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung*, Zurich 2001 ; MORIN Ariane, *La responsabilité fondée sur la confiance – Etude critique des fondements d'une innovation controversée*, thèse de Genève, Genève, Bâle, Munich 2002 ; MOSER Martin, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten – ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, thèse, Berne, 1998.

²⁵ CHAPPUIS, 28 ; MORIN (responsabilité), 25 s. ; TERCIER (obligations), N 1096.

²⁶ ATF 120 II 331, c. 5a et 6, JdT 1995 I 359.

²⁷ TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 2c et 3.

²⁸ BK-KRAMER, All. Einl. OR N 58. Sur la liquidation du dommage de tiers, voir : ATF 117 II 315 (f), c. 5c/aa ; CHAIX, 244 ss ; THORENS Justin, *Le dommage causé à un tiers*, Genève 1962 ; WEBER Rolf H., « Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz », *Mélanges Paul PROTET*, Berne 1990, 215 ss ; YUNG Walter, « La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés », *Etudes et Articles*, Genève 1971, 303 ss.

plusieurs circonstances, en particulier en cas de représentation indirecte²⁹, soit lorsque le bénéficiaire de la prestation, victime du dommage, n'est pas lié contractuellement au débiteur responsable et que le créancier ne subit personnellement pas de dommage. Sans l'application de cette théorie, le débiteur est libéré, faute de dommage pour le créancier et faute de qualité de créancier pour la victime du dommage. La liquidation du dommage de tiers ne confère pas de créance directe contre le débiteur, raison pour laquelle elle ne déroge pas véritablement à la relativité des contrats. Elle permet exclusivement au créancier de réclamer en son nom, mais pour le compte du tiers, le dommage de ce dernier³⁰. Cette créance peut cependant être cédée (art. 164 ss et 401 al. 1 CO).

182. Soutenue par plusieurs auteurs³¹, la théorie du contrat avec effet protecteur envers les tiers attribue, contrairement à la liquidation du dommage de tiers, une prétention en dommages-intérêts directement à la victime³². « Une telle prétention contractuelle en réparation du dommage d'un tiers étranger au contrat suppose que [le tiers] entre en contact avec la prestation principale en conformité avec son but – de manière reconnaissable pour le débiteur –, que le créancier de la prestation principale soit tenu de protéger le tiers et de lui porter assistance et, partant, ait un intérêt à ce que le tiers soit attiré dans le champ de protection du contrat ou que, de manière générale, les cocontractants aient eu la volonté de mettre à la charge du débiteur un devoir de protection en faveur du tiers étranger au contrat. »³³

183. A travers l'extension de la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), la responsabilité fondée sur la confiance, la liquidation du dommage de tiers et l'effet protecteur du contrat, le principe de la relativité des conventions est malmené. L'article 112 alinéa 2 CO n'est toutefois pas extensible à souhait ; la responsabilité fondée sur la confiance et l'effet protecteur du contrat sont critiqués et leur utilité remise en question³⁴ ; la liquidation du dommage de tiers a quant à elle des effets insuffisants³⁵, puisqu'elle n'accorde pas la prétention à la victime du dommage.

²⁹ OG, 18 juin 2001, ZR 2002 251, c. 2.4.6.b ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 44 ; YUNG, 312 s. *Contra* : PIOTET, 43 ss.

³⁰ ATF 123 III 204, c. 2f, JdT 1999 I 9 ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 44 ; YUNG, 317 s.

³¹ CHAIX, 263 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 144 ; Bak-WIEGAND, Einl. zu CO 97-109 N 9.

³² CR-THEVENOZ, CO 97 N 47 ; YUNG, 317 s. Sur la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers, voir notamment : ATF 130 III 345, c. 1, JdT 2004 I 207 ; TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; ATF 117 II 315 (f), c. 5c/bb ; CHAIX, 250 ss ; KOLLER (Grundzüge), 1492 ss ; MOSER, 47 ss ; WALTER, 284 ss.

³³ TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b.

³⁴ Pour la responsabilité fondée sur la confiance : MARCHAND, 176 ; MORIN (responsabilité), 169 ; PETITPIERRE, 187. Pour l'effet protecteur du contrat : KOLLER (Grundzüge), 1494 ; SCHWENZER, N 87.05. Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs toujours pas admis cette deuxième théorie (ATF 130 III 345, c. 1, JdT 2004 I 207 ; TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b).

³⁵ CHAIX, 250 ; YUNG, 317.

184. Alors que doctrine et jurisprudence tentent de pallier les effets parfois insatisfaisants du principe de la relativité des conventions avec des théories dont le fondement légal est discutable, la loi offre, lorsque l'article 399 alinéa 3 CO est applicable, une solution simple aux conséquences parfois insatisfaisantes de la représentation indirecte. Dans le contexte actuel, propice à l'admission de dérogations au principe de la relativité des conventions, il n'y a pas de raison d'interpréter la notion de substitut de manière à éviter que l'article 399 alinéa 3 CO constitue une telle dérogation.

B. La dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO

185. En vertu de l'article 101 alinéa 1 CO, le débiteur répond du dommage causé par l'auxiliaire auquel il a recouru, lorsque celui-ci viole une obligation du débiteur, dans l'accomplissement de la tâche qui lui a été confiée. Le débiteur ne répond que s'il ne peut démontrer qu'aucune faute ne lui serait reprochée, si lui-même ou ses organes avai(en)t, dans les mêmes circonstances, causé le dommage (faute hypothétique)³⁶.

186. L'application de l'article 399 alinéa 2 CO limite le rayonnement de l'article 101 alinéa 1 CO. Le mandataire ne répond pas des actes du substitut comme des siens, mais uniquement de sa faute personnelle dans le choix du tiers et les instructions transmises. Pour déterminer si cette réglementation se justifie, il convient de faire un bref rappel historique de la responsabilité contractuelle pour les tiers (N 187 ss). Nous déterminons ensuite si le contexte contemporain justifie encore cette dérogation (N 206 ss).

1. La justification historique

187. La responsabilité du débiteur pour le dommage causé par ses auxiliaires, dépendants ou indépendants, dans l'accomplissement de leur travail, semble aujourd'hui d'une telle évidence dans notre ordre juridique (art. 101 al. 1 CO) et dans les pays qui nous entourent³⁷, qu'on lui attribue une existence immémoriale. Ce sentiment, infondé, amène les auteurs à s'interroger sur l'exception au principe que contient l'article 399 alinéa 2 CO (limitation des obligations du mandataire) et à douter du bon sens du législateur³⁸. Les développements qui suivent nous amènent à être nettement moins critique que lesdits auteurs.

³⁶ Sur l'article 101 alinéa 1 CO, voir : N 49 s.

³⁷ Voir notamment les paragraphes 278 BGB et 1313a ABGB, ainsi que l'article 1228 CCit.

³⁸ BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 s. ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

a. L'historique de la responsabilité contractuelle pour les tiers

188. En droit romain, le débiteur ne répond, en principe, que de sa propre faute³⁹. Seule la responsabilité de la *custodia* semble faire exception⁴⁰. Le débiteur qui s'engage à garder une chose répond en effet de toute perte, tout vol ou toute destruction, même par cas fortuit⁴¹. Il répond donc également du dommage si la perte ou la destruction est due à un auxiliaire. Hors *custodia*, le débiteur ne répond que s'il commet personnellement une faute contractuelle, soit en recourant sans droit à un auxiliaire, soit en n'y apportant pas les soins voulus⁴².

189. Dans un premier temps, le droit germanique connaît une responsabilité causale du débiteur en cas d'inexécution d'une obligation⁴³. Ce dernier répond indépendamment de toute faute et par conséquent également des actes de ses auxiliaires. Par la suite, sa responsabilité est diminuée en ce sens qu'il ne répond plus que des dommages causés par des événements ou des personnes faisant partie de sa sphère de vie⁴⁴.

190. En droit commun, on ne distingue tout d'abord pas la responsabilité pour faute de la *custodia*. Le débiteur n'est responsable que de sa propre faute⁴⁵. Il répond du choix et de la surveillance du tiers si le recours à un auxiliaire est autorisé et de la totalité du dommage si le recours à l'auxiliaire est intervenu sans droit⁴⁶. A la fin du 18^{ème} siècle, le commerce et la grande industrie se développent. Le débiteur n'exécute plus systématiquement son obligation personnellement. Au contraire, les tiers sont parfois nombreux à participer à l'exécution. Alors que le débiteur profite financièrement de l'utilisation d'auxiliaires, il peut démontrer ne pas avoir commis de faute personnelle et se libérer de toute indemnisation d'un préjudice résultant d'une mauvaise exécution. Cette situation étant insatisfaisante, le débiteur est rapidement amené à supporter le risque de l'inexécution par le fait de ses auxiliaires, cette obligation étant la contrepartie de l'élargissement de l'activité économique que ses auxiliaires lui procurent⁴⁷.

³⁹ BEZZOLA, 5 ; KASER, 145 ss ; KOLLER (Haftung), N 65 ; MITTEIS/LIEBERICH, 145.

⁴⁰ L'existence de cette responsabilité sans faute est néanmoins remise en question (voir sur ce point les développements et citations de BEZZOLA, 5 ss et KOLLER (Haftung), N 68 ss). A l'époque de Justinien, la responsabilité pour la *custodia* est par contre soumise à la faute du débiteur (BEZZOLA, 7 ; KASER, 147 ; KOLLER (Haftung), N 71).

⁴¹ BEZZOLA, 7 ; KASER, 145 ; KOLLER (Haftung), N 66 ; KUNKEL/HONSELL, 233 ss.

⁴² BEZZOLA, 6 ; KOLLER (Haftung), N 65.

⁴³ HÜBNER, 559 ; KOLLER (Haftung), N 73 s. ; MITTEIS/LIEBERICH, 144.

⁴⁴ HÜBNER, 559 ; KOLLER (Haftung), N 75 ss ; MITTEIS/LIEBERICH, 144.

⁴⁵ BEZZOLA, 12 ; DERNBURG, 105 ; KOLLER (Haftung), N 79 ; SPIRO, 45.

⁴⁶ BEZZOLA, 12 ; KOLLER (Haftung), N 79.

⁴⁷ BEZZOLA, 13.

191. Au 19^{ème} siècle, les cantons soumis au Code civil français ne connaissent pas de disposition générale sur la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle⁴⁸. Certaines normes spéciales prévoient des responsabilités pour le fait d'autrui⁴⁹. Les cantons inspirés par l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* sont dans la même situation, le législateur autrichien n'ayant introduit une norme de ce type qu'en 1916 au paragraphe 1313a ABGB. En revanche, les cantons de Zurich, Schaffhouse et des Grisons bénéficient d'une norme générale au paragraphe 1007 du *Privatrechtliches Gesetzbuch* zurichois⁵⁰. Cette norme n'a néanmoins pas le champ d'application de l'article 101 alinéa 1 CO, puisque le débiteur ne répond que des personnes qui dépendent de lui.

192. En droit suisse, la première disposition à caractère fédéral généralisant la responsabilité du débiteur pour les actes de ses auxiliaires se trouve au paragraphe 135 du projet MUNZINGER de 1869⁵¹. L'article 148 alinéa 2 du projet de 1871 a une teneur similaire⁵² ; les articles 142 des projets suivants énoncent quant à eux que la faute d'un membre de la famille du débiteur, de l'un de ses employés ou ouvriers doit être considérée comme une faute du débiteur lui-même⁵³.

193. Dans le projet de 1879 (art. 123 al. 1), puis dans la loi de 1881 (art. 115 al. 1), le débiteur répond de la faute de ses auxiliaires selon les termes suivants :

« Le débiteur répond de la faute commise par ceux des membres de sa famille qui sont placés sous son autorité, par ses employés et par ses ouvriers. Les personnes morales qui exercent une industrie répondent, de même, des fautes commises par leurs représentants, employés et ouvriers dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois. »⁵⁴

⁴⁸ BEZZOLA, 15 ; KOLLER (Haftung), N 93. Le Code civil français ne contient d'ailleurs toujours pas une telle disposition (MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK, N 1005).

⁴⁹ Voir par exemple les articles 1735 pour le locataire, 1797 pour l'entrepreneur et 1953 CCfr pour l'aubergiste et l'hôtelier.

⁵⁰ « Der Schuldner haftet in der Regel dem Gläubiger gegenüber auch für den Schaden, den seine Familienangehörigen, Angestellten oder Dienstboten verschuldet haben. Vorbehalten bleibt ihm der Regress auf diese Personen. » (BLUNTSCHLI, 73).

⁵¹ Ce projet, partiel, portait sur la partie générale du droit des obligations et sur la vente (FASEL, 511). Pour le consulter, voir : FASEL, 513 ss. Son paragraphe 135 avait la teneur suivante : « Der Schuldner kann nicht als Zufall für sich geltend machen, dass ein Verschulden seiner Familienangehörigen, Dienstboten oder Angestellten vorliege, und dasselbe gilt auch beim Verschulden von Repräsentanten oder Angestellten von juristische Personen, welche kontraktliche Verbindlichkeiten übernommen haben. »

⁵² Pour le consulter, voir : FASEL, 576.

⁵³ Pour consulter leur texte, voir : FASEL, 721 et 888.

⁵⁴ FASEL, 1069 ; FF 1881 III 94.

194. Les tiers dont le débiteur répond en vertu de l'article 115 aCO lui sont subordonnés⁵⁵. Il s'agit des membres de sa famille placés sous son autorité (actuel art. 333 CO), de ses employés ou de ses ouvriers. Le débiteur ne répond en principe pas des personnes indépendantes à qui il confie l'exécution d'une obligation. Seuls certains débiteurs y sont tenus sur la base d'une disposition spécifique. C'est le cas notamment de l'entrepreneur (art. 351 al. 2 aCO) et du transporteur (art. 459 aCO).

195. Largement influencé par un rapport de Carl Christoph BURCKHARDT intitulé « *die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht* »⁵⁶, l'article 101 alinéa 1 CO, malgré son libellé peu clair, étend aujourd'hui la responsabilité contractuelle de tout débiteur aux actes des auxiliaires chargés d'accomplir une obligation, soit également des tiers indépendants⁵⁷. L'article 351 alinéa 2 aCO, sur la responsabilité de l'entrepreneur, n'a dès lors pas été repris.

b. Les enseignements

i. Une dérogation récente

196. La responsabilité du débiteur pour les actes de ses auxiliaires autorisés n'a pas d'existence immémoriale. En droit romain et en droit commun, le débiteur ne répondait, sous réserve d'exceptions, que d'une faute personnelle, soit lorsqu'il confiait, sans y être autorisé ou sans le soin voulu, l'exécution de l'obligation à un tiers. Ce n'est qu'à la fin du 18^{ème} siècle que le besoin de créer une responsabilité contractuelle sans faute personnelle du débiteur s'est fait sentir.

197. A cet égard, l'article 115 aCO est l'une des premières dispositions européennes avec un tel contenu. Le débiteur répond de la faute des personnes qui dépendent de lui et qui sont autorisées à intervenir dans l'exécution de l'obligation. Il ne répond en revanche des indépendants que dans certaines relations contractuelles (entreprise, transport). Le contrat de mandat n'est pas concerné par ces exceptions.

198. Etant donné que la jurisprudence et la doctrine ont toujours limité l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (art. 397 al. 2 aCO) aux cas où le tiers est indépendant du mandataire⁵⁸, sa conséquence juridique n'est pas en

⁵⁵ BURCKHARDT, 545 ; KOLLER (Haftung), N 100 ; VON TUHR/ESCHER, 123 s.

⁵⁶ MESSAGE, FF 1905 II 14 s. ; KOLLER (Haftung), N 101. BURCKHARDT Carl Christoph, « Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht », *RDS* 1903 469 ss.

⁵⁷ CR-THEVENOZ, CO 101 N 11.

⁵⁸ ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; TF, 8 février 1923, ZR 1924 194, 197 ; KG, 6 septembre 2007, SGK BZ 2007 20, c. 2c/aa ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 N 39, c. a ; BG ZH, 15 octobre 1991, RJ N 824, c. IV.1 ; CJ GE, 25 novembre 1983, RJ N 253, c. 3 ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; KG VS, 27 février 1976, RJ N 31, c. I ; HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 417, c. 2b ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25, 26 ; HG,

contradiction avec ce que prévoyait l'article 115 aCO. Ce n'est donc que depuis 1912, date de l'entrée en vigueur de l'actuel article 101 alinéa 1 CO, que l'article 399 alinéa 2 CO déroge à la responsabilité du débiteur pour les actes de ses auxiliaires. Si cette dérogation apparaît aujourd'hui dénuée de fondement pour certains auteurs⁵⁹, elle n'a pas été introduite avec légèreté, puisque le législateur n'a pas écarté un principe largement admis, mais qu'il a maintenu, dans le contrat de mandat, une règle qui a traversé les âges. La nuance est importante.

199. Par ailleurs, l'article 1412 du rapport non publié de 1904 (N 141 s.) démontre que l'on a songé à étendre la conséquence juridique de l'article 101 alinéa 1 CO à la substitution justifiée de mandataire⁶⁰ et atteste du fait que les rédacteurs ont maintenu cette réglementation en pleine connaissance de cause.

ii. *Une dérogation applicable aux prestations de services*

200. Nous l'avons relevé, les articles 392 ss aCO régissaient principalement la gestion d'affaires⁶¹. La reddition de services, soit une partie importante de l'activité des professions libérales, notamment, n'y était pas soumise. Il se pose, dès lors, la question de savoir si l'extension du champ d'application du mandat s'est faite de manière cohérente avec le maintien de la réglementation de l'article 399 alinéa 2 CO.

201. Formellement, le champ d'application du contrat de mandat a été étendu dans le Code des obligations du 30 mars 1911. L'article 392 aCO était néanmoins déjà interprété très largement⁶². Lorsque les articles 1452 alinéa 2 du projet de 1903 (N 138) et 1412 du rapport non publié de 1904 (N 141 s.) ont été rédigés, le mandat avait d'ores et déjà été matériellement étendu. La première disposition a introduit l'usage, comme élément autorisant la substitution, à l'actuel article 398 alinéa 3 CO, qui présente des liens étroits avec l'article 399 CO (N 120 ss), et la seconde, non adoptée, envisageait de soumettre la responsabilité du mandataire substitué aux principes de l'article 101 alinéa 1 CO.

202. Au moment de l'introduction de l'article 397 aCO, le champ d'application du mandat n'était pas celui que l'on connaît aujourd'hui et les textes des projets préalables à la loi de 1911 n'avaient pas encore été modifiés

13 octobre 1930, ZR 1931 202, 203 ; BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 97 ; JAUSSE, 7 ; KOLLER (Haftung), N 410 ; SCHNYDER, 107 s. ; SCHWENZER, N 23.05 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; VON BÜREN (Auftrag), 83 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3 ; WERRO (mandat), N 555.

⁵⁹ BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 s. ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

⁶⁰ La substitution justifiée est, selon notre terminologie, celle qui engendre l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 66).

⁶¹ BK-BECKER, CO 394 N 7 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 88 ; ROSSEL (1892), N 514. Sur cette question : N 133 s.

⁶² RUTTY, BS CN 1909, 709.

sur ce point lors des discussions qui n'ont pas manqué d'avoir lieu au moment de la modification de cette norme. Les rédacteurs ne pouvaient toutefois ignorer que l'article 399 CO s'appliquerait également aux prestations de services.

203. Il convient également de reconnaître que l'activité de services ne se distingue pas suffisamment de la gestion d'affaires pour justifier des régimes de responsabilité différents. Prenons l'exemple d'un avocat spécialisé dans l'immobilier à qui un promoteur demande d'acheter pour son compte un terrain à bâtir dans une zone industrielle et parallèlement de rédiger un avis de droit dans le cadre d'une procédure pendante et intentée par une entreprise peu satisfaite de ses prestations. Son premier mandat vise la conclusion d'un acte juridique. Cette activité est comprise dans la définition restrictive du mandat de 1881. Son deuxième mandat vise la fourniture d'un service et n'entre donc pas dans cette définition. Par hypothèse, il présente néanmoins les circonstances aléatoires suffisantes pour être qualifié de mandat aujourd'hui (N 33).

204. Dans les deux cas, l'avocat peut être amené à confier à un tiers le soin d'exécuter le service qu'il a promis. Il peut charger un confrère de négocier le prix avec le propriétaire de l'immeuble, comme il peut confier à un collègue spécialisé le soin de déterminer, dans un avis de droit, si la responsabilité de son client est engagée dans le litige pendant.

205. Il n'y a, à notre sens, aucune raison objective de traiter différemment la responsabilité de l'avocat, dans ces deux cas, moyennant que les circonstances entourant la substitution et que ses modalités soient similaires (indépendance du tiers (N 366 ss), intérêt poursuivi (N 520 ss)). La délégation à un tiers d'un pouvoir de représentation ne se distingue pas, du point de vue de la substitution, de la transmission de l'exécution d'une prestation de services. Dans une hypothèse comme dans l'autre, une relation de confiance est susceptible d'être à la base de la conclusion du contrat et les compétences particulières du mandataire peuvent apparaître essentielles pour le mandant. Les conséquences de l'exécution par un tiers et la justification de la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 2 CO dépendent dès lors bien plus des circonstances que du type d'activité déléguée. A notre connaissance, personne ne soutient d'ailleurs que la substitution ait vocation à ne s'appliquer qu'à la gestion d'affaires⁶³.

⁶³ Dans ce sens : BK-FELLMANN, CO 394 N 34 ; MUSTAFA, 120.

2. La justification contemporaine

206. Si la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 2 CO fait généralement l'objet de critiques sévères⁶⁴, la doctrine évoque cependant plusieurs éléments d'explication. Parmi ceux-ci, nous abordons la nature du contrat de mandat (N 207 ss), l'indépendance du substitut (N 221 ss) et l'intérêt poursuivi par la substitution (N 224 ss). Nous proposons également de justifier ce régime par la contrepartie qu'apporte l'article 399 alinéa 3 CO (N 228 ss) et par les possibilités d'exonération que propose l'article 101 alinéa 2 CO (N 231 s.).

a. Les caractéristiques du contrat de mandat proprement dit

207. L'article 399 alinéa 2 CO ne s'applique a priori qu'au contrat de mandat proprement dit⁶⁵. Trois spécificités du mandat peuvent justifier la dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO. Le mandataire est débiteur d'une obligation de moyens (N 208 ss), son activité n'est, à teneur de l'article 394 alinéa 3 CO, en principe pas rémunérée (N 212 s.) et le rapport contractuel peut être rompu à tout moment en vertu de l'article 404 alinéa 1 CO (N 214 ss).

i. L'obligation de moyens

208. Si la règle tient selon Franz WERRO de la gratuité désuète du mandat, son application se justifie encore aujourd'hui dans le cadre d'une obligation de moyens⁶⁶. « En se faisant substituer avant d'avoir obtenu le résultat attendu, le mandataire choisit un mode d'exécution qui met fin à son obligation, tout au moins tant que dure la substitution. »⁶⁷

209. Selon Walter FELLMANN, la justification de la position spéciale du mandataire découle de la nature du mandat. En général, le mandataire ne peut pas garantir le résultat souhaité par le mandant, dans la mesure où il est souvent incertain et lié à des circonstances diverses. Le résultat dépend étroitement de la personne du mandataire, de ses compétences et de son implication. Si le mandataire est autorisé par le mandant, l'usage ou les circonstances à se substituer un tiers, le mandant doit savoir que la prestation du substitut ne sera pas équivalente à celle du mandataire. Il ne peut dès lors exiger du mandataire qu'un choix et une transmission des instructions diligents. Le mandataire ne peut en effet pas garantir que le substitut exécutera

⁶⁴ BÄCHLER, 23 s. ; FRIEDRICH, 461 s. ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

⁶⁵ Pour une analyse étendue du champ d'application de l'article 399 CO, voir N 239 ss.

⁶⁶ WERRO (mandat), N 166.

⁶⁷ WERRO (mandat), N 558.

le mandat comme lui l'aurait fait. C'est celui qui autorise la substitution qui doit en supporter les risques⁶⁸.

210. Ces deux argumentations sont intéressantes. Le débiteur d'une obligation de résultat ne peut généralement s'en libérer tant que le résultat promis n'est pas atteint. Il est donc logique qu'il supporte le dommage si le résultat ne se réalise pas. Le débiteur d'une obligation de moyens doit en revanche essentiellement mettre en œuvre les mesures permettant d'atteindre le but poursuivi. Si l'intervention d'un tiers se révèle être *a priori* une mesure adéquate, il apparaît logique que le mandataire ne réponde pas des conséquences pécuniaires négatives qui peuvent en résulter. Ceci est d'autant plus vrai que cette conséquence juridique ne s'applique, à teneur de la loi, que si le mandataire « avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ». Comme le suggère Walter FELLMANN, celui qui autorise la substitution doit en supporter les conséquences.

211. Dans la mesure toutefois où une autorisation expresse du mandant est parfois délivrée sans que ce dernier n'ait véritablement conscience de ce qu'elle implique, étant donné également que le mandataire peut être amené à retirer un profit de la substitution, la nature du mandat et l'éventuelle autorisation du mandant ne justifient pas à elles seules la règle de l'article 399 alinéa 2 CO.

ii. La gratuité du mandat

212. En vertu de l'article 394 alinéa 3 CO, « [une] rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une. » Dans la mesure où l'activité du mandataire est en principe gratuite, il peut apparaître logique que sa responsabilité en cas de substitution ne soit pas aussi étendue que celle du débiteur d'un contrat d'entreprise, puisque le paiement d'un prix est un élément essentiel d'un tel contrat⁶⁹.

213. La gratuité de principe du contrat de mandat ne justifie toutefois pas cette réglementation⁷⁰. En premier lieu, ce principe est désormais considéré comme une exception. Les mandats sont le plus souvent onéreux⁷¹. Arthur HOFFMANN, rapporteur de la commission devant le Conseil des Etats, indiquait d'ailleurs aux députés en 1910 que la rémunération était déjà

⁶⁸ BK-FELLMANN, CO 399 N 48. HOFSTETTER, 96 et Bak-WEBER, CO 399 N 4 semblent être du même avis, puisqu'ils considèrent que la limitation de la responsabilité du mandataire ne se justifie pas s'il a promis un résultat. *A contrario*, elle n'est pas totalement injustifiée si tel n'est pas le cas.

⁶⁹ ATF 127 III 519 (f), c. 2b ; CR-CHAIX, CO 363 N 3 ; TERCIER (contrats), N 3835 ; Bak-ZINDEL/PULVER, CO 363 N 4.

⁷⁰ SPIRO, 91 ; VON BÜREN (Auftrag), 86.

⁷¹ ATF 82 IV 145, c. 2a, JdT 1957 IV 71. Le Tribunal fédéral considère dans cet arrêt qu'une rémunération est due quand l'affaire traitée ou le service rendu le sont à titre professionnel. Voir également : BK-FELLMANN, CO 394 N 366 ; VON BÜREN (Auftrag), 86 ; Bak-WEBER, CO 394 N 36 ; CR-WERRO, CO 394 N 38.

généralisée en pratique⁷². En deuxième lieu, la responsabilité du débiteur s'apprécie déjà « avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur. » (art. 99 al. 2 CO). Enfin, en vertu du renvoi de l'article 406a alinéa 2 CO, l'article 399 CO a également vocation à s'appliquer, par exemple, au mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat. Or, la rémunération du mandataire est un élément nécessaire de ce contrat (art. 406a al. 1 CO)⁷³.

iii. *L'article 404 alinéa 1 CO*

214. Andreas VON TUHR estime que l'article 399 alinéa 2 CO se justifie par le fait que le mandataire peut révoquer son mandat en tout temps et rend une faveur au mandant lorsqu'il confie l'affaire à un tiers⁷⁴. En vertu de l'article 404 alinéa 1 CO, « [le] mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps. » Le Tribunal fédéral considère que cette disposition, à caractère impératif⁷⁵, permet aux deux parties de mettre un terme au contrat en tout temps⁷⁶.

215. Cette prérogative n'est pas accordée par tous au mandataire. Certains auteurs considèrent que le pouvoir qui lui est reconnu de ne pas exécuter le service promis est parfois excessif⁷⁷. La loi est pourtant claire, en particulier dans les versions allemande et italienne qui accordent le droit aux deux parties de mettre un terme au contrat. Les effets de la norme ne sont d'ailleurs pas incohérents.

216. En effet, il paraît peu judicieux d'obliger le mandataire à exécuter un service qu'il ne souhaite plus rendre. Les risques d'exécution imparfaite sont importants et il est généralement difficile de démontrer que le mandataire a violé une obligation contractuelle. A cet égard, il ne suffit pas de prouver que l'objectif poursuivi n'a pas été atteint, puisque le mandataire ne garantit pas le résultat⁷⁸. Il faut bien plus convaincre le juge que le mandataire n'y est pas parvenu, parce qu'il n'a pas géré l'affaire de manière diligente. Il faut en d'autres termes démontrer que des mesures adéquates auraient permis au mandant d'obtenir ce qu'il recherchait, et que l'on pouvait raisonnablement attendre du mandataire qu'il les mette en œuvre.

⁷² HOFFMANN, BS CE 1910 229.

⁷³ Bak-PIETRUSZAK, CO 406a, N 22 ; CR-WERRO, CO 406a-406h, N 14. Sur l'application de l'article 399 CO au mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat, voir N 837 ss.

⁷⁴ VON TUHR/ESCHER, 124.

⁷⁵ ATF 4C.447/2004, 31 mars 2005, c. 5.4 ; ATF 117 II 466, c. 5d, JdT 1992 I 387 ; ATF 115 II 464, c. 2a, JdT 1990 I 312.

⁷⁶ ATF 2A.502/2004, 28 avril 2005, c. 5.2 (révocation) ; ATF 4C.199/2004, 11 janvier 2005, c. 10.2.1 (répudiation) ; ATF 115 II 464, c. 2a, JdT 1990 I 312.

⁷⁷ HOFSTETTER, 63 ; Bak-WEBER, CO 404 N 8 ; CR-WERRO, CO 404 N 6.

⁷⁸ CR-WERRO, CO 394 N 7. Dans ce sens : ATF 109 II 34 (f) c. 3a ; DERENDINGER, N 88 s. ; BK-FELLMANN, CO 394 N 99 s. ; HOFSTETTER, 19 ; TERCIER (contrats), N 4575 ss.

217. De plus, l'exécution forcée de ce type de services n'est pas envisageable. Les jugements portant obligation de faire ou de ne pas faire ne sont susceptibles d'exécution forcée que si l'exécution directe, sans ou même contre la volonté du débiteur, est concrètement possible. « En d'autres termes, il faut que la force publique mise en œuvre par le procureur général soit apte à fournir elle-même au créancier la satisfaction qu'il attend selon les termes du jugement. »⁷⁹

218. Le mandant, qui ne peut requérir la force publique pour obliger le mandataire à s'exécuter, ne dispose que de deux possibilités. Il peut résilier lui-même le contrat en vertu de l'article 404 alinéa 1 CO et réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi (art. 398 al. 1 et 2 CO). Il peut également requérir l'exécution par substitution en application de l'article 98 alinéa 1 CO, et réclamer des dommages-intérêts. Cette disposition nécessite toutefois l'intervention du juge⁸⁰. Coûteuse et imposant l'introduction d'une procédure, cette option ne représente pas une solution idéale pour le mandant. Sous réserve d'une avance de frais qu'il ne peut exiger du mandataire qu'en se présentant devant le juge⁸¹, le mandant peut parvenir au même résultat en résiliant le contrat et en confiant le mandat à un tiers.

219. Nous ne comprenons pas pourquoi ces auteurs critiquent avec autant de virulence la position du Tribunal fédéral. En empêchant le mandataire qui ne s'exécute pas de résilier le contrat, on oblige en pratique le mandant à le faire lui-même. Non seulement la répudiation du mandat correspond-elle au texte légal, mais elle n'engendre en réalité pas plus d'inconvénients pour le mandant que la position inverse, défendue par les auteurs précités.

220. Nous pouvons reprendre l'idée d'Andreas VON TUHR, certes, fortement critiquée en doctrine⁸². Le mandataire a le pouvoir de mettre un terme au contrat en tout temps. Moyennant qu'il ne le fasse pas en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), il peut se libérer de toute obligation, sans devoir indemniser le mandant. Il n'est dès lors pas illogique qu'il puisse également limiter ses obligations en transmettant l'exécution de l'obligation à un tiers. Qui peut le plus devrait, en effet, pouvoir le moins. Il est d'ailleurs parfois préférable que le mandataire confie l'exécution du mandat à un tiers qualifié,

⁷⁹ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, LPC 463 N 6. Voir également : CJ, 3 mars 1988, SJ 1988 330, c. 2.

⁸⁰ CR-THEVENOZ, CO 98 N 3 ; Bak-WIEGAND, CO 98 N 5 s.

⁸¹ CR-THEVENOZ, CO 98 N 14 ; Bak-WIEGAND, CO 98 N 7.

⁸² FRIEDRICH, 461 ; MUSTAFA, 126 s. ; SCHNEEBERGER, 183 ; VON BÜREN (Auftrag), 86. Thomas SCHNEEBERGER refuse l'argument, du moins lorsque le mandat est rémunéré, considérant que l'article 404 alinéa 1 CO ne permet pas au mandataire rémunéré de mettre un terme au contrat. Mustafa MUSTAFA et Bruno VON BÜREN ne sont pas convaincus. Ils estiment que cette justification pourrait alors également s'appliquer si le tiers est un auxiliaire du mandataire. Cette opinion est intéressante ; les auteurs perdent néanmoins de vue que la substitution n'a pas pour seule conséquence juridique de limiter les obligations du mandataire. Elle crée également une action directe du mandant contre le substitut (art. 399 al. 3 CO). Or, nous l'avons démontré, cette prétention ne se justifie que si le tiers est indépendant du mandataire (N 177).

plutôt qu'il ne le résilie purement et simplement et oblige le mandant à chercher un remplaçant.

b. L'indépendance du substitut

221. L'indépendance du tiers à l'égard du mandataire est une condition d'application de l'article 399 CO qui fait l'unanimité en doctrine et en jurisprudence⁸³. Franz WERRO en fait l'un des éléments justifiant la limitation de la responsabilité du mandataire⁸⁴. Imogen BILLOTTE-TONGUE considère également que l'indépendance justifie cette conséquence juridique⁸⁵. Selon cet auteur, le mandataire ne peut en effet exercer le même contrôle sur un tiers indépendant que sur un simple auxiliaire subordonné⁸⁶.

222. Elle admet néanmoins, à raison, que ce critère est insuffisant, puisque l'article 101 alinéa 1 CO s'applique également à l'intervention d'un tiers indépendant. C'est le cas, par exemple, si un monteur électricien, chargé par le propriétaire d'un fonds en construction d'établir le circuit électrique de la maison, confie une partie des travaux à un confrère indépendant. Le monteur électricien est garant de la qualité de l'ouvrage qu'il fournit (art. 367 ss CO) et répond, cas échéant, du dommage causé par la réalisation défectueuse de l'ouvrage par son confrère (art. 368 al. 2 et 101 al. 1 CO). Le contrat d'entreprise ne connaît en effet pas de disposition semblable à l'article 399 alinéa 2 CO, de sorte que la responsabilité de l'entrepreneur pour les actes de ses substituts est fondée sur l'article 101 alinéa 1 CO, malgré l'indépendance qui peut caractériser leur relation⁸⁷.

223. La réglementation de l'article 399 alinéa 2 CO doit donc s'appuyer sur d'autres éléments pour trouver une justification.

c. L'intérêt poursuivi

224. Pour de nombreux auteurs et tribunaux, l'application de l'article 399 CO nécessite une transmission de l'obligation au tiers dans l'intérêt

⁸³ ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; TF, 8 février 1923, ZR 1924 194, 197 ; KG, 6 septembre 2007, SGK BZ 2007 20, c. 2c/aa ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 N 39, c. a ; BG ZH, 15 octobre 1991, RJ N 824, c. IV.1 ; CJ GE, 25 novembre 1983, RJ N 253, c. 3 ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; KG VS, 27 février 1976, RJ N 31, c. I ; HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 417, c. 2b ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25, 26 ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202, 203 ; BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 97 ; JAUSSE, 7 ; KOLLER (Haftung), N 410 ; SCHNYDER, 107 s. ; SCHWENZER, N 23.05 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; VON BÜREN (Auftrag), 83 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3 ; WERRO (mandat), N 555.

⁸⁴ CR-WERRO, CO 399 N 4.

⁸⁵ BILLOTTE-TONGUE, N 202.

⁸⁶ Dans le même sens : BK-FELLMANN, CO 399 N 49.

⁸⁷ ZK-BÜHLER, CO 368 N 192 ; CR-CHAIX, CO 368, N 63.

prépondérant du mandant⁸⁸. Dans cette perspective, selon Bruno VON BÜREN, le musicien qui fait appel à un remplaçant en raison d'une maladie agit dans l'intérêt de son mandant. Le musicien ne gère pas sa propre affaire, mais celle de son créancier, de sorte que personne n'aurait l'idée de le soumettre à la responsabilité de l'article 101 alinéa 1 CO pour le fait du deuxième musicien engagé⁸⁹.

225. Josef HOFSTETTER estime quant à lui qu'il se comprend que le mandataire ne réponde que d'une *culpa in eligendo et instruendo*, lorsqu'en tant que médecin, il fait intervenir un spécialiste en médecine interne, un radiologue ou un anesthésiste ou qu'en tant qu'avocat, il fait appel à un spécialiste de droit fiscal ou de droit international⁹⁰.

226. La limitation des obligations du mandataire en dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO ne heurte pas le sentiment de justice lorsque la substitution est opérée dans l'intérêt exclusif du mandant. Ces circonstances ne justifient cependant à elles seules pas cette réglementation. Il n'est pas rare en effet qu'un débiteur confie, dans l'intérêt du créancier, l'exécution de son obligation à un tiers et qu'il réponde tout de même des actes de ce dernier comme des siens.

227. Dans l'exemple du monteur électricien précité (N 22), lorsque l'entrepreneur confie à son confrère la suite des travaux en raison d'une maladie l'empêchant d'exécuter l'ouvrage pour le terme convenu, la substitution s'opère dans l'intérêt prépondérant du maître, puisqu'elle a pour but d'assurer la livraison dans le délai. Néanmoins, il répond d'un éventuel dommage causé par son confrère, dans la mesure où sa responsabilité est soumise à l'article 101 alinéa 1 CO, quelles que soient les circonstances de la substitution⁹¹.

d. L'article 399 alinéa 3 CO

228. La limitation des obligations du mandataire en application de l'article 399 alinéa 2 CO n'est pas la seule conséquence spécifique à la substitution. En

⁸⁸ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284 ; ATF 112 II 347, c. 2b, JdT 1987 I 28 ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; BILLOTTE-TONGUE, N 209 ; BUCHER (BT), 232 ; CERUTTI, N 158 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 s. ; HONSELL, 315 ; SCHWENZER, N 23.06 ; TERCIER (contrats), N 4658 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3. *Contra* : WERRO (mandat), N 557. A notre sens, l'intérêt prépondérant du mandant n'est pas une condition de la substitution (N 274 ss). Cet élément est néanmoins nécessaire pour l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 520 ss). Dans le même sens : CHAIX, 207.

⁸⁹ VON BÜREN (Auftrag), 87.

⁹⁰ HOFSTETTER, 98. Dans le même sens : ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28.

⁹¹ Voir notamment : CR-CHAIX, CO 368 N 49 et Bak-ZINDEL/PULVER, CO 368 N 72 qui ne soumettent pas l'application de l'article 101 alinéa 1 CO à l'intérêt égoïste de l'entrepreneur. Dans ce sens : FRIEDRICH, 461 s. et SPIRO, 94 s., pour qui les motifs invoqués pour justifier l'article 399 alinéa 2, notamment l'intérêt poursuivi par la substitution, n'expliquent pas la différence de réglementation entre la responsabilité du mandataire et celle de l'entrepreneur.

vertu de l'alinéa 3 de la disposition, « le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle. »

229. Par conséquent, lorsque les obligations du mandataire sont limitées au soin avec lequel il a choisi le substitut et donné ses instructions, le mandant n'est pas déchu de tout droit. Il peut faire valoir des droits contre le substitut, soit le véritable exécutant de la prestation et cas échéant l'auteur du dommage qu'il subit.

230. L'article 399 alinéa 3 CO ne justifie pas à lui seul le régime de responsabilité particulier du mandataire. Il en atténue toutefois considérablement les effets négatifs pour le mandant.

e. L'article 101 alinéa 2 CO

231. En vertu de l'article 101 alinéa 2 CO, « [une] convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires. » Sous réserve de l'alinéa suivant qui permet au débiteur de ne s'exonérer que de la responsabilité découlant d'une faute légère de son auxiliaire lorsqu'il exerce une industrie concédée par l'autorité, les parties ont la possibilité d'exclure l'application de l'article 101 alinéa 1 CO.

232. La responsabilité du débiteur pour les dommages causés par les tiers qui augmentent ses capacités commerciales n'est donc pas absolue, même s'il faut, certes, que le débiteur obtienne l'accord du créancier. Suivant les circonstances, notamment si le débiteur est en position de force dans le rapport précontractuel, il peut être aisé d'obtenir l'accord du cocontractant. De plus, si les parties conviennent d'une telle exonération de responsabilité, le créancier ne dispose d'aucune alternative. Sous réserve de la commission d'un acte illicite (art. 41 al. 1 CO), il ne bénéficie d'aucune prétention contre l'auxiliaire qui a exécuté le travail. La réglementation de l'article 399 CO, si elle peut paraître critiquable, est préférable à celle qui résulterait d'une telle exonération de responsabilité, puisqu'elle prévoit au moins l'attribution de droits directs (art. 399 al. 3 CO).

C. Synthèse

233. Les analyses littérale, systématique, historique et comparative de l'article 399 CO nous amènent à qualifier la substitution d'alternative à l'exécution personnelle (N 112 ss, 124 s. et 157 s.). Cette définition implique deux dérogations à des principes importants de notre ordre juridique. L'article 399 alinéa 3 CO, qui permet au mandant de faire valoir contre le substitut les droits du mandataire, déroge au principe de la relativité des conventions

(N 169 ss). L'article 399 alinéa 2 CO, qui limite les obligations du mandataire au soin avec lequel il choisit et instruit le substitut, déroge, lorsqu'il s'applique, à l'article 101 alinéa 1 CO (N 185 ss).

234. La doctrine et la jurisprudence s'accrochent, à raison, de l'exception au principe de la relativité des conventions. Moyennant que le tiers dispose d'une indépendance suffisante pour déterminer les mesures à mettre en place pour atteindre l'objectif poursuivi, il n'y a aucune bonne raison d'empêcher le destinataire de sa prestation de faire valoir contre lui des prétentions de nature contractuelle. L'article 399 alinéa 3 CO permet au contraire de pallier certains des inconvénients de la représentation indirecte et s'insère parfaitement dans une tendance actuelle, consistant à accorder à la victime d'un dommage des prétentions de nature contractuelle contre le débiteur qui viole une convention à laquelle la victime n'est pas partie (N 178 ss).

235. On ne s'accroche, en revanche, pas aussi facilement de la dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO. La responsabilité du débiteur pour les actes de ses auxiliaires indépendants est très récente dans l'histoire du droit privé. Certaines modalités justifient par ailleurs cette réglementation, encore aujourd'hui. Certes, l'obligation de moyens et la possibilité pour le mandataire de mettre un terme au contrat en tout temps, qui caractérisent le rapport de mandat, ne la justifient pas à elles seules. Pourtant, lorsque la substitution s'opère dans l'intérêt du mandant et que le mandataire n'en retire pas d'avantage, les bonnes raisons de faire répondre le mandataire des actes du tiers intervenant viennent à manquer. Compte tenu des prétentions que le mandant peut faire valoir directement contre le substitut (art. 399 al. 3 CO), les effets négatifs pour le mandant qu'engendre cette dérogation sont également sensiblement atténués.

236. Par ailleurs, la solution du législateur n'apparaît pas incohérente, dans un système permettant aux parties de déterminer la personne qui supporte le dommage causé par l'auxiliaire du débiteur (art. 101 al. 2 CO). A défaut d'accord sur ce point entre les parties, le code désigne en principe le débiteur (art. 101 al. 1 CO). Lorsque certaines conditions restrictives sont réalisées (art. 399 al. 2 CO), le créancier est logiquement amené à devoir faire des démarches directement contre le tiers (art. 399 al. 3 CO).

237. Ces deux dérogations ne permettent donc pas de douter de la définition de la notion de substitution retenue jusqu'ici, cas échéant de la remettre en question. N'y verrait-on pas suffisamment d'éléments les justifiant qu'il conviendrait alors de requérir la modification de la loi. Celle-ci est en effet claire et ne permet à notre sens pas d'interprétation différente.

238. Avec la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral (N 37), nous retenons, dès lors, que la substitution constitue une alternative pour le mandataire à l'exécution personnelle du contrat. Elle implique que le tiers, indépendant, exécute une activité que le mandataire a globalement promise à

son mandant, afin que l'on puisse considérer que le substitut remplace le mandataire et joue le même rôle.

Troisième partie : La substitution

239. Définir la substitution d'alternative à l'exécution personnelle ne permet pas encore d'identifier les conditions d'application de l'article 399 CO. Le substitut est un auxiliaire du mandataire, mais il est un auxiliaire particulier, pour lequel un régime spécial a été prévu par le législateur. Il convient par conséquent de déterminer selon quels critères l'auxiliaire devient substitut au sens de l'article 399 CO. L'identification d'un cas de substitution par opposition à la conclusion directe d'un contrat entre le tiers et le bénéficiaire de la prestation est également essentielle.

240. La présente partie délimite les hypothèses soumises à l'article 399 CO. Il ne s'agit pas encore de les qualifier de substitution non autorisée, indue ou justifiée ; nous ne procédons à cette démarche que dans la quatrième partie (N 457 ss). Cette structure en deux temps est l'un des enjeux importants de la substitution (N 58 ss). Contrairement à l'utilisation d'auxiliaires ordinaires, la substitution accorde des droits directs au mandant contre le substitut (art. 399 al. 3 CO). Ces prétentions existent indépendamment des modalités de la substitution, raison pour laquelle des critères n'engendrant que le qualificatif de substitution doivent être isolés.

241. A certaines conditions, le mandataire qui se substitue un tiers répond des actes de ce dernier comme des siens (art. 399 al. 1 CO). En raison du principe de la relativité des conventions, il n'est en revanche jamais responsable des actes du tiers si un contrat direct est conclu entre ce dernier et le mandant. Avant d'analyser les modalités de l'intervention du tiers pour juger de leur caractère éventuellement indu, il faut donc déterminer s'il s'agit d'une hypothèse de substitution.

242. Dans le chapitre VII, nous mettons en évidence les intérêts des trois parties concernées à voir la situation être qualifiée ou non de substitution. L'idée est d'identifier, pour chaque distinction, si l'une des parties doit être protégée (N 243 ss). Nous démontrons dans le chapitre suivant que les conditions d'application de l'article 399 CO, telles qu'on les connaît en jurisprudence et dans la littérature ne défendent pas les intérêts qu'elles entendent protéger. Nous soutenons, en d'autres termes, que la situation actuelle n'est pas satisfaisante, dans la mesure où elle empêche l'application de l'article 399 alinéa 3 CO dans des cas où il se justifierait que le mandant

dispose de prétentions contre le tiers (N 272 ss). Nous établissons par conséquent des critères peu restrictifs permettant d'identifier les hypothèses de substitution en laissant à l'étape suivante (autorisation et justification de la substitution) le soin de protéger le mandant contre l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 311 ss).

Chapitre VII : La considération des enjeux pour les parties

243. La loi ne définit pas la substitution. Pour être en mesure de déterminer les conditions d'application de l'article 399 CO, il est nécessaire d'établir préalablement des objectifs. Ceux-ci sont étroitement liés aux conséquences juridiques prévues par la norme et à l'enjeu pour les parties concernées de les voir appliquées ou non aux situations de fait envisagées. Ces éléments s'ajoutent logiquement aux développements littéraux, historiques, systématiques et téléologiques que nous avons mis en évidence (N 88 ss).

244. Deux démarches doivent être notamment effectuées. Il faut distinguer la substitution au sens de l'article 399 CO de la conclusion directe d'un contrat entre le tiers et le bénéficiaire de sa prestation (N 245 ss). Il faut distinguer la substitution au sens de l'article 399 CO de l'utilisation d'un auxiliaire ordinaire (art. 101 al. 1 CO) (N 251 ss). Ce chapitre a pour but d'identifier les intérêts des parties à ce que la situation soit ou non qualifiée de substitution par opposition à ces deux autres formes d'intervention d'un tiers.

A. La substitution par opposition au contrat direct

245. Les médecins, les avocats et les notaires prennent des vacances. Ils sont parfois malades ou astreints au service militaire. Pendant leurs absences, certains dirigent leurs patients ou leurs clients vers un confrère, d'autres confient les clés de leur cabinet à un tiers qui les remplace. En fonction des circonstances, ces situations peuvent être soumises ou non à l'article 399 CO. Lorsqu'un contrat lie le remplaçant au patient/client, cette disposition ne s'applique pas.

246. En cas de substitution, à moins qu'elle ne soit justifiée (art. 399 al. 2 CO), le mandataire répond des actes du substitut en vertu alternativement des articles 398 alinéas 1 et 2 (substitution non autorisée) ou 399 alinéa 1 CO (substitution indue)¹. En revanche, si un contrat est directement conclu par le mandant avec le remplaçant, le mandataire ne répond pas des actes de ce dernier, puisqu'il n'est pas concerné par la seconde convention (principe de la relativité des contrats, N 169 ss). Tout au plus le mandataire peut-il devoir réparer le dommage s'il dirige fautivement le mandant vers un prestataire inapproprié.

¹ Sur ces distinctions, N 63 ss.

247. Notons également qu'en cas de substitution justifiée, le mandataire reste débiteur de certaines obligations (N 824 s.). Le mandataire substituant doit notamment se charger de l'exécution de l'obligation ou se substituer un quart si le tiers ne s'exécute pas (N 790 s.). Cette obligation ne naît en revanche pas lorsque son client et son confrère ont conclu directement une convention.

248. Les intérêts du mandant et du mandataire sont antinomiques. En cas de substitution, le mandant dispose non seulement de prétentions contre le tiers (art. 399 al. 3 CO), qui sont similaires à celles dont il est titulaire en cas de relation contractuelle directe², mais le mandataire est ou reste son débiteur, notamment d'une responsabilité pouvant être étendue (art. 399 al. 1 CO). Si l'intérêt du mandant conduira donc à qualifier l'intervention du tiers de substitution, l'intérêt du mandataire invitera au contraire à retenir la conclusion directe d'une convention entre le mandant et le tiers, de manière, pour le mandataire, à être absout de toute prétention ou presque de l'un ou l'autre des deux néo-contractants.

249. L'intérêt du tiers n'est, à notre sens, pas déterminant dans le cadre de cette distinction. Ses obligations à l'égard du mandant sont similaires dans les deux hypothèses. Lorsqu'il est lié au mandataire, soit en cas de substitution, ce dernier et le mandant sont ses créanciers solidaires, puisque tous deux peuvent faire valoir des prétentions à son égard. L'exécution auprès de l'un d'eux le libère, en principe, d'une nouvelle exécution, de sorte qu'il ne doit prêter qu'une fois et que sa position n'est pas péjorée comparativement au cas où il est lié directement au mandant (N 651 ss).

250. En ce qui concerne ses honoraires, son débiteur se détermine en fonction des circonstances. En cas de substitution, seul le mandataire doit s'en acquitter. En revanche, en cas de conclusion directe d'une convention avec le mandant, le tiers ne peut réclamer ses honoraires qu'à ce dernier. Il dépend donc de la solvabilité et de la bonne volonté du mandant et du mandataire. Son intérêt commande finalement qu'il soit lié à la personne la plus solvable et la plus encline à le rémunérer.

B. La substitution par opposition à l'utilisation d'un auxiliaire ordinaire

251. Si le substitut au sens de l'article 399 CO est un auxiliaire, ces deux institutions connaissent pourtant des conséquences juridiques fort différentes,

² Que l'intervention du tiers résulte d'une substitution ou d'une relation contractuelle directe, la prestation de services promise par le tiers remplaçant et le destinataire de celle-ci sont les mêmes dans les deux cas. Peu importe donc que ce destinataire fasse valoir ses propres créances (contrat direct) ou celles du mandataire (art. 399 al. 3 CO).

raison pour laquelle leur distinction est un enjeu déterminant de la substitution dans le mandat.

252. En cas de substitution, le mandant peut faire valoir contre le tiers des droits de nature contractuelle (art. 399 al. 3 CO). Ces prétentions ne lui sont cependant pas ouvertes si le tiers est qualifié d'auxiliaire (principe de la relativité des conventions).

253. La responsabilité du débiteur pour les actes du substitut est identique à celle qu'il doit assumer pour ceux de son auxiliaire lorsque l'intervention du tiers est non autorisée ou indue. En cas de substitution indue, il répond des actes du substitut comme des siens (art. 399 al. 1 CO). L'obligation est identique à celle de l'article 101 alinéa 1 CO pour les auxiliaires ordinaires³. De plus, que le tiers soit substitut ou auxiliaire ordinaire, lorsque son intervention est constitutive d'une violation contractuelle (art. 398 al. 3 ou 68 CO), le débiteur (mandataire) répond personnellement du dommage causé (art. 398 al. 1 et 2 ou 97 al. 1 CO)⁴.

254. L'enjeu de la distinction se manifeste de manière plus sensible en cas de substitution justifiée. Dans cette hypothèse, les obligations du mandataire sont limitées essentiellement au soin qu'il porte au choix du substitut et aux instructions données (art. 399 al. 2 CO). En cas d'utilisation justifiée d'auxiliaires ordinaires, il répond au contraire des actes de ce dernier comme des siens (art. 101 al. 1 CO).

255. L'intérêt du mandant dépend donc des modalités de l'intervention du tiers. Lorsqu'elle est non autorisée ou indue, il est avantagé en cas de substitution. Le régime de responsabilité du mandataire est le même qu'en cas d'utilisation d'auxiliaires ordinaires, mais le mandant dispose d'un débiteur supplémentaire en la personne du substitut (art. 399 al. 3 CO). A l'inverse, en cas d'intervention justifiée, les intérêts du mandant dépendent de la solvabilité et de la bonne volonté du tiers. Si ce dernier est solvable et par hypothèse domicilié dans le même canton, il importe finalement peu pour le mandant de perdre ses prétentions contre le mandataire (art. 399 al. 2 CO), puisqu'il peut les faire valoir contre le substitut (art. 399 al. 3 CO). Dans l'hypothèse inverse, il vaut mieux pour lui que le tiers soit qualifié d'auxiliaire ordinaire, puisque le mandataire est alors responsable des actes de ce dernier (art. 101 al. 1 CO).

256. La qualification de substitution sert généralement les intérêts du mandataire. Non seulement voit-il ses obligations limitées dans l'hypothèse où l'intervention du tiers est justifiée (art. 399 al. 2 CO), mais il peut également

³ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CERUTTI, N 466 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 12 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395 ; CR-WERRO, CO 399 N 2. Voir également N 52.

⁴ Si le débiteur a l'obligation de s'exécuter personnellement, il viole son obligation en confiant l'exécution à un tiers. Il répond du dommage causé par cette violation contractuelle aux conditions supplémentaires ordinaires (dommage, causalité, faute présumée).

compter sur la possibilité que le mandant fasse valoir directement ses prétentions contre le substitut dans les autres cas.

257. Il n'y a en réalité qu'une intervention non autorisée, au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, qui peut lui être défavorable si le tiers est qualifié de substitut. Lorsque le mandataire se substitue un tiers sans l'accord du mandant ou sans que l'usage ou les circonstances le permettent, sa responsabilité est étendue puisqu'il répond de tout dommage causé par la violation de son obligation d'exécuter personnellement le mandat (N 811 ss).

258. Au contraire, l'utilisation d'auxiliaires ordinaires est la règle (art. 68 CO). Le débiteur n'a pas besoin d'obtenir l'accord du créancier⁵. Il ne viole donc pas d'obligation de par la seule intervention du tiers. Sa responsabilité est potentiellement moins étendue que si le tiers « non autorisé » est qualifié de substitut. Il peut démontrer l'absence de faute fictive dans le cadre de l'article 101 alinéa 1 CO (N 821), ce qu'il ne peut pas faire si le mandant démontre l'existence d'un lien de causalité entre la substitution non autorisée et son dommage. Dans ce cas, le mandataire ne peut s'exonérer que s'il démontre avoir violé sans faute l'obligation d'exécution personnelle (art. 97 al. 1 et 398 al. 1 et 2 CO), ce qu'il ne pourra faire que rarement (N 816).

259. Enfin, l'intérêt du tiers penche pour la qualification d'auxiliaire ordinaire. Il ne risque en effet pas d'être la cible de prétentions de nature contractuelle du mandant. Être qualifié d'auxiliaire ne signifie cependant pas que la violation fautive d'une obligation contractuelle sera sans suite pour lui en terme de responsabilité. Certes, le mandant ne peut pas agir directement contre l'auxiliaire, mais le mandataire, invité à indemniser le mandant sur la base de l'article 101 alinéa 1 CO, a la possibilité de se faire rembourser par le substitut en se prévalant de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO lorsque le sous-contrat est un mandat. L'intérêt du tiers à être qualifié d'auxiliaire ordinaire se trouve donc limité.

C. Synthèse et conséquences

260. De manière implicite, auteurs et tribunaux recherchent également les intérêts des parties concernées afin de déterminer les conditions d'application de l'article 399 CO. Ils concluent d'ailleurs généralement à une application restrictive de la disposition⁶. La conséquence juridique de l'alinéa 2 et l'intérêt

⁵ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; DERENDINGER, N 107 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 529 ; HOFSTETTER, 94 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 7 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 31 ; BK-WEBER, CO 68 N 32 ; CR-WERRO, CO 398 N 8.

⁶ BÄCHLER, 19 ss ; FRIEDRICH, 461 s. ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 96 ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SCHNEEBERGER, 182 s. ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

du mandant à ce qu'elle ne trouve pas application constituent leur principal, sinon unique, argument.

261. Il est aisé de comprendre l'objectif poursuivi. Les effets juridiques de cet alinéa ne se justifient que dans des cas limités (N 185 ss). Nous estimons néanmoins qu'il est possible d'empêcher son application sans restreindre inutilement celle des deux autres alinéas.

262. Dans le but de distinguer la substitution de la conclusion directe d'un contrat entre le mandant et le tiers, les intérêts du mandant et du mandataire divergent ; ceux du tiers sont peu concernés. Face à des intérêts contradictoires et dignes d'être protégés, il est difficile et peu souhaitable d'opérer un choix abstrait. Savoir si une relation contractuelle directe est créée entre le mandant et le tiers dépend essentiellement de la volonté des parties et des circonstances particulières du cas d'espèce.

263. S'il apparaît dans l'esprit du mandant et du tiers qu'ils ont conclu un contrat direct, il ne peut être question de substitution, de sorte que l'article 399 CO ne s'applique pas. A l'inverse, si le mandant et le tiers ne souhaitent pas être liés contractuellement, le tiers peut, en principe, être qualifié de substitut. Il ne l'est toutefois pas nécessairement, puisqu'il peut n'être qu'un auxiliaire ordinaire au sens de l'article 101 alinéa 1 CO.

264. Dans le but de distinguer le substitut de l'auxiliaire ordinaire, les intérêts des trois parties concernées doivent être observés. Moyennant que la qualification de substitution soit distinguée de ses modalités (non autorisée, indue, justifiée), l'intérêt du mandant conduit à une admission large de la substitution, puisqu'il bénéficie de droits contractuels importants contre le tiers (art. 399 al. 3 CO). Cette admission large s'accompagne, pour tenir compte des intérêts du mandant, de conditions restrictives quant à l'autorisation et principalement quant à la justification de la substitution afin de limiter l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 520 ss).

265. L'intérêt du mandataire ne conduit à la qualification d'auxiliaire ordinaire que dans l'hypothèse où les conditions de l'article 398 alinéa 3 CO ne sont pas réalisées. Il ne faut cependant pas donner trop d'importance à cet intérêt. Il est en effet loisible au mandataire, lorsqu'il a un doute sur la fonction du tiers, de demander l'accord du mandant quant à la délégation. L'intérêt du mandataire devrait donc, en général, conduire également à une admission large de la substitution.

266. Les intérêts qu'il convient avant tout de protéger à ce stade sont ceux du tiers. Il faut s'assurer que l'on n'attribue pas des droits au mandant dont le mandataire ne bénéficierait pas ou dont il ne ferait pas usage contre le tiers si ce dernier était qualifié d'auxiliaire ordinaire. Si nous n'y prenions pas garde, cette disposition conduirait à une exception au principe de la relativité des

conventions inadmissible, en tant qu'elle créerait des charges supplémentaires sur le tiers au contrat (N 173).

267. Le champ d'application de l'article 399 CO dépend avant tout de la volonté des parties. Tout tiers n'est pas alternativement un substitut ou un auxiliaire ordinaire. Il arrive au contraire fréquemment que le mandant conclue directement avec le tiers, ce qui empêche l'application de la disposition qui nous intéresse. Néanmoins, face à cette alternative, il se justifie d'admettre largement la substitution et de ne la limiter en principe que pour protéger le tiers. La protection du mandant peut intervenir au stade ultérieur des modalités de la substitution.

268. Les critères dictant d'admettre une substitution sont essentiellement liés à la conséquence de l'article 399 alinéa 3 CO. L'attribution au mandant des droits du mandataire doit se justifier. Il faut que le mandant soit véritablement en mesure de les exercer et que leur exercice ne crée pas de charge supplémentaire pour le tiers (N 174).

269. L'admission étendue de la qualité de substitut, avec les conséquences « négatives » pour le tiers qu'elle implique, ne devrait pas susciter beaucoup de discussion si ces critères sont respectés. Elle accorde des droits au destinataire d'une prestation à l'encontre de la personne qui l'exécute véritablement. Or, nous avons constaté que de nombreuses théories sont envisagées en Suisse pour accorder des droits au tiers à un rapport contractuel (N 178 ss).

270. Nous regrettons que les auteurs ne profitent pas de la brèche laissée ouverte par le législateur pour étendre l'application de l'article 399 alinéa 3 CO, moyennant des modalités appropriées. A en croire les efforts de la science juridique, cette extension est pourtant souhaitable et souhaitée⁷.

271. Nous démontrons dans le chapitre suivant que deux critères restrictifs, proposés en doctrine et en jurisprudence, sont inappropriés. Il s'agit de l'intérêt poursuivi par la substitution et de l'importance qualitative de l'obligation déléguée. Ils ne défendent pas, à ce stade du raisonnement en tous les cas, les intérêts de la partie qu'ils entendent protéger, soit ceux du mandant.

⁷ A notre connaissance, seul François CHAIX, 207, semble être de notre avis.

Chapitre VIII : L'inadéquation de certains critères

272. Considérant que la notion de substitution implique, de manière directe, essentiellement la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 3 CO et qu'il n'est pas nécessaire à ce stade de la restreindre pour protéger le mandant (N 260 ss), plusieurs critères de délimitation émis en jurisprudence et en doctrine doivent être écartés. Pour l'essentiel, nous procédons à cette démarche dans le chapitre suivant, en marge des conditions de la substitution (N 311 ss). Deux d'entre eux méritent néanmoins d'être développés dans un chapitre distinct.

273. L'intérêt poursuivi par la substitution (N 274 ss) est retenu par le Tribunal fédéral et par une majorité écrasante de la doctrine, raison pour laquelle son étude est particulièrement intéressante. L'importance qualitative de l'obligation déléguée (N 302 ss) est, quant à elle, développée par deux des commentateurs incontournables du contrat de mandat, Joseph HOFSTETTER¹ et Walter FELLMANN².

A. L'intérêt poursuivi par la substitution

274. Nombreux sont les auteurs à considérer que l'intervention du tiers doit servir les intérêts du mandant pour être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO³. La jurisprudence semble les suivre⁴. Lorsque l'intervention du tiers ne sert pas les intérêts du mandant, notamment si le mandataire a un intérêt économique à celle-ci, le tiers est qualifié d'auxiliaire ordinaire. Le mandataire répond de ses actes en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO et le principe de la relativité des conventions empêche le mandant de faire valoir des droits de nature contractuelle contre le tiers. Nous présentons dans un premier temps l'état de la jurisprudence et de la littérature sur ce point (N 275 ss). Nous émettons une critique dans un second temps (N 287 ss).

¹ HOFSTETTER Josef, « Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag », *Schweizerisches Privatrecht VII/6*, Bâle, Genève, Munich 2000.

² FELLMANN Walter, *Berner Kommentar, Der einfache Auftrag* (art. 394–406 CO), Berne 1992.

³ BILLOTTE-TONGUE, N 209 ; BUCHER (BT), 232 ; CERUTTI, N 158 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 s. ; HONSELL, 315 ; SCHWENZER, N 23.06 ; TERCIER (contrats), N 4658 ; BAK-WEBER, CO 398 N 3.

⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284 ; ATF 112 II 347, c. 2b, JdT 1987 I 28 ; AppG SG, 27 octobre 2006, BJM 2007 213, c. 7.1 ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a.

1. La jurisprudence et la doctrine

275. Le Tribunal fédéral s'est exprimé de manière peu explicite dans un arrêt du 3 juin 1986⁵ :

Les époux H. sont propriétaires d'une lampe d'Emile Gallé. A. souhaite l'acquérir et leur en propose CHF 15'000.-. Les époux confient à Sotheby Zurich, pour expertise, une photographie de la lampe. Sotheby Zurich envoie le cliché à Sotheby Londres, mais il ne parvient pas immédiatement à sa destinataire. L'employée de Sotheby Zurich téléphone à Londres et décrit la lampe. Sur cette base, la société anglaise l'évalue entre CHF 8'000.- et 12'000.-. Les époux H. la vendent à A. pour CHF 16'500.-. Quelques semaines plus tard, G., l'expert de Sotheby Londres, réalise, grâce à la photographie finalement reçue, que la lampe n'est pas un article de série et indique à Sotheby Zurich que sa valeur se situe entre CHF 30'000.- et 40'000.-.

276. Notre Haute Cour a suivi les conceptions de la doctrine récente, en particulier celles de Joseph HOFSTETTER, et considéré qu'il ne se justifie pas d'appliquer l'article 399 alinéa 2 CO en faveur du mandataire qui utilise les services d'un tiers dans son propre intérêt, par exemple pour augmenter son chiffre d'affaires ou l'étendue de ses prestations. Il n'existe, selon les juges et dans les circonstances d'espèce, aucune raison valable de favoriser le mandataire par rapport aux autres débiteurs soumis au régime ordinaire⁶. En l'espèce, la délégation de l'expertise poursuivait parallèlement les intérêts du mandant et ceux du mandataire. Ce dernier a été condamné à répondre du dommage en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO.

277. Dans une décision du 27 juin 1995⁷, majeure en matière de substitution, le Tribunal fédéral a élevé l'intérêt poursuivi en véritable condition d'application de l'article 399 CO entier :

Les deux actionnaires uniques d'une société anonyme passent un accord, en vertu duquel le premier doit reprendre seul la direction de la société et racheter les 300 actions nominatives du second. Un ami de l'acheteur laisse entendre qu'il lui accorde un prêt de CHF 300'000.- afin qu'il puisse acquérir lesdites actions. L'ami donne l'ordre à sa banque de virer la somme sur un compte auprès de la banque de l'acheteur. Celle-ci s'exécute en indiquant au titre de bénéficiaire « compte bloqué B. [acheteur] & T. [ami] ». Le contrat de prêt n'est finalement pas conclu, ce qui n'empêche pas

⁵ ATF 112 II 347, JdT 1987 I 28.

⁶ ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28. Voir également : TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284.

⁷ ATF 121 III 310 ; JdT 1996 I 359.

l'actionnaire d'acquérir les actions et de verser au vendeur les CHF 300'000.- figurant sur le compte bloqué. La banque du vendeur compense des créances qu'elle détenait contre ce dernier avec la somme qui lui est créditée. L'ami, qui ne peut récupérer la somme virée sur le compte bloqué, agit en dommages-intérêts contre la banque de l'acheteur en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

278. Sans se prononcer sur le fondement de la responsabilité de la banque de l'acheteur, les juges de Mon-Repos ont admis la prétention et qualifié cette banque de substitut en raison de l'intérêt poursuivi par son intervention :

« Die Gutschrift konnte sie [Erstbank] aus rechtlichen Gründen nicht selbst vornehmen, sondern sie musste die kontoführende Empfängerbank damit beauftragen; zur Erreichung des Vertragsziels und Erfüllung eines Teils des Vertrages somit **im Interesse des Auftraggebers**⁸ eine am Vertrag nicht beteiligte Drittpartei beiziehen. Unter diesen Umständen ist die Empfängerbank als Substitutin im auftragsrechtlichen Sinn zu betrachten. »⁹

279. Depuis ces décisions, le Tribunal fédéral a rendu quelques arrêts sur la substitution non publiés au recueil officiel. Parmi ceux qui traitent de l'intérêt poursuivi par les parties, deux d'entre eux peuvent être brièvement mentionnés. Dans une décision du 28 février 2002¹⁰, les juges ont estimé qu'il faut voir d'avantage un cas de substitution autorisée que l'utilisation d'un auxiliaire dans le fait, pour une avocate, de confier à l'un de ses associés, une partie de l'exécution d'un mandat. L'intervention est opérée « tout autant dans l'intérêt de l'avocate, pour accroître sa capacité professionnelle, que surtout du mandant, dans l'intérêt de sa défense par un spécialiste. »¹¹ Il est ici difficile de déterminer si le Tribunal fédéral a utilisé l'intérêt poursuivi pour qualifier l'hypothèse de substitution ou si, une fois cette question résolue, l'analyse a uniquement permis l'application de l'article 399 alinéa 2 CO.

280. Le second arrêt, du 26 août 2004¹², concerne A. SA, spécialisée dans l'inspection et l'étude technique sur toutes matières :

En automne 1995, B. SA acquiert diverses sortes de café et confie à A. SA la tâche de contrôler la qualité de celui-ci et de surveiller les opérations de chargement à la Nouvelle Orléans et de déchargement en Algérie. Comme un lot de café en provenance du Venezuela est infesté d'insectes, les autorités algériennes refusent

⁸ Mis en évidence par nos soins.

⁹ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359.

¹⁰ ATF 4P.317/2001, 28 février 2002.

¹¹ ATF 4P.317/2001, 28 février 2002, c. 5.

¹² ATF 4C.141/2004, 26 août 2004.

que le café soit débarqué. La marchandise est alors acheminée à Trieste pour y être vendue à un nouvel acquéreur. B. SA ouvre action contre A. SA, estimant que celle-ci a établi, à l'embarquement du café, des attestations de qualité erronées.

Condamnée au paiement de USD 3'824'350.-, CHF 942'619.- et GBP 97'782.-, A. SA recourt au Tribunal fédéral et se plaint d'une violation des articles 398 alinéa 3 et 399 alinéa 2 CO.

281. La juridiction fédérale a rejeté l'argument en considérant que l'autorité cantonale n'avait retenu ni que la substitution avait eu lieu dans l'intérêt de la demanderesse ni que le sous-traitant avait été choisi et instruit avec soin. Il est difficile de déterminer, à la lecture de la décision, si la responsabilité de A. SA est fondée sur l'article 101 alinéa 1 ou sur l'article 399 alinéa 1 CO, soit si le Tribunal fédéral a implicitement qualifié l'entreprise tierce d'auxiliaire ordinaire ou de substitut indu.

282. Ces arrêts sont ambigus, mais plusieurs auteurs autorisés comprennent, comme nous, que le Tribunal fédéral érige l'intérêt poursuivi par l'intervention du tiers en critère de la substitution¹³. La jurisprudence du Tribunal fédéral est par ailleurs largement inspirée des développements de Joseph HOFSTETTER¹⁴, lequel distingue l'auxiliaire ordinaire du substitut en ces termes :

« Die Hilfsperson wirkt im Interesse des Beauftragten, der einen "Betrieb" organisiert hat, um damit eine grössere und ergiebigere Geschäftstätigkeit entfalten zu können. Hier haftet der Beauftragte gemäss der Regel von Art. 101 OR. »¹⁵

283. Si Peter DERENDINGER les considère impraticables¹⁶, la doctrine reprend en substance les solutions du Tribunal fédéral et considère que le mandataire qui confie l'exécution du mandat à un tiers pour augmenter ses capacités commerciales ou son chiffre d'affaires doit répondre en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO¹⁷. Ces auteurs qualifient le tiers, qui intervient dans ces circonstances, d'auxiliaire ordinaire et non de substitut. Le propos peut être illustré par l'exemple d'un virement bancaire international.

¹³ Voir notamment : GAUCH/SCHLUEP/REY, N 2863 ; MORIN (jurisprudence), 149 ; TERCIER (contrats), N 4658.

¹⁴ HOFSTETTER Josef, « Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag », *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, Bâle, Stuttgart 1979, 1 ss.

¹⁵ HOFSTETTER (1979), 74.

¹⁶ DERENDINGER, N 315.

¹⁷ BILLOTTE-TONGUE, N 209 ; BUCHER (BT), 232 ; CERUTTI, N 158 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 s. ; HONSELL, 315 ; SCHWENZER, N 23.06 ; TERCIER (contrats), N 4658 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

284. N'étant pas membre de l'Union européenne, la Suisse est reliée au TARGET¹⁸ grâce au système euroSIC qu'elle a mis en place. Les banques suisses accèdent au réseau européen en étant titulaire d'un compte auprès de la Swiss Euro Clearing Bank GmbH, à Francfort (ci-après SECB), laquelle participe au TARGET. Toutes les banques suisses ne sont néanmoins pas titulaires d'un compte auprès de la SECB, puisque le système euroSIC les dispense de ces exigences. Certaines d'entre-elles utilisent donc les services de banques intermédiaires¹⁹ afin que leurs clients puissent transférer une somme d'argent sur un compte auprès d'une banque européenne.

285. Dans la mesure où le système euroSIC améliore la productivité des banques, qu'il diminue les coûts et accélère les virements bancaires, si l'on suit les développements de certains auteurs, la banque intermédiaire, choisie par la banque du donneur d'ordre, est l'auxiliaire ordinaire de cette dernière²⁰.

286. Au-delà des décisions du Tribunal fédéral et des avis doctrinaux qui s'y réfèrent, certains auteurs ont une opinion plus nuancée, parfois également contradictoire. Walter FELLMANN indique dans un passage de son commentaire sur le contrat de mandat²¹ que la substitution qui intervient dans l'intérêt du mandataire ne justifie pas l'application de l'article 399 alinéa 2 CO. Le mandataire doit bien plus répondre sur la base de l'article 101 alinéa 1 CO²². Dans un autre passage de cet ouvrage, il considère que le mandataire répond alternativement sur la base des articles 399 alinéa 1 ou 101 alinéa 1 CO lorsque la délégation participe à augmenter ses capacités commerciales et son chiffre d'affaires²³. Il est difficile dans ce contexte de savoir si l'auteur érige l'intérêt poursuivi par la délégation en critère de la substitution ou simplement en condition supplémentaire d'application de l'article 399 alinéa 2 CO.

2. Notre critique

287. Notre propos n'est pas, à ce stade, de préciser la notion d'intérêt prépondérant ou de déterminer dans quels cas celui du mandant est poursuivi²⁴. Nous entendons uniquement démontrer que le but de la délégation n'influence pas la distinction entre le substitut au sens de l'article 399 CO et l'auxiliaire ordinaire. Nous rejoignons en revanche les auteurs et les

¹⁸ TARGET est le système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel pour l'euro (http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/l_01820060123fr00010017.pdf, 08.07.2008).

¹⁹ Les banques intermédiaires sont des banques suisses titulaires d'un compte auprès de la SECB.

²⁰ Dans ce sens : BILLOTTE-TONGUE, N 216 ; HESS (Banküberweisung), 106.

²¹ FELLMANN Walter, Berner Kommentar, *Der einfache Auftrag* (art. 394–406 CO), Berne 1992.

²² BK-FELLMANN, CO 398 N 574.

²³ BK-FELLMANN, CO 398 N 545.

²⁴ Cette question fait l'objet du chapitre XII (N 520 ss).

tribunaux en admettant que cette condition limite l'application de l'article 399 alinéa 2 CO (N 520 ss).

288. Dans l'idée de distinguer la substitution de l'utilisation d'un auxiliaire ordinaire, les intérêts des parties, notamment ceux du mandant, nécessitent une admission large de la substitution (N 264 ss). Une interprétation limitée de la notion de substitut ne poursuit dans ce cadre que l'intérêt du tiers. L'intérêt poursuivi par la délégation n'influence pourtant pas les modalités ou l'étendue des prétentions que le mandant peut faire valoir contre lui en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

289. Que l'intervention du tiers se fonde sur ses compétences particulières, sur une impossibilité non fautive du mandataire de s'exécuter ou par le souci de ce dernier d'augmenter son chiffre d'affaires et l'étendue de ses prestations, l'activité exercée par le tiers est la même, la diligence dont il doit faire preuve également. Dans l'un ou l'autre cas, les instructions que le mandant pourrait lui transmettre sont identiques et une prétention en dommages-intérêts dont il pourrait être débiteur, s'il s'exécute de manière non diligente, sera du même montant et répondra aux mêmes modalités. La charge pour le tiers, résultant de l'application de l'article 399 alinéa 3 CO, ne dépend donc pas des motifs poursuivis par son intervention.

290. Ce critère a pour objectif de protéger le mandant. Nous constatons qu'il n'atteint pas le but recherché ; au contraire, il prive celui-ci des droits de créance contre la personne chargée d'exécuter le service. Admettre que ce critère est nécessaire pour identifier un substitut, c'est renoncer inutilement à accorder au mandant la possibilité d'agir à la fois contre le mandataire et le tiers lorsqu'un dommage lui est causé par ce dernier. Notre propos peut être illustré par un exemple de transport privé de personnes. Puisque cette activité est généralement soumise aux règles du contrat de mandat²⁵, l'article 399 CO est susceptible de s'appliquer.

291. Le marché du transport privé de personnes compte en Suisse plusieurs entreprises qui effectuent régulièrement des déplacements à l'intérieur des frontières ou à l'étranger, pour des associations, des écoles ou des sociétés. Certaines sociétés organisent en effet ce que l'on appelle communément des « sorties d'entreprise » et font appel à ces transporteurs pour leurs déplacements.

292. Dans ce domaine d'activité, la demande est fluctuante, de sorte que les entreprises de transport ne peuvent pas disposer d'un parc automobile trop important, correspondant au sommet de la courbe des besoins. Leurs véhicules sont alternativement sous- ou surexploités. Pour faire face aux fortes demandes, elles sous-traitent, semble-t-il fréquemment, une partie des transports à la concurrence.

²⁵ ATF 126 III 113, c. 2a/bb ; CR-MARCHAND, CO 440 N 18 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 84.

293. Lorsqu'elle sous-traite le transport parce qu'elle n'est pas en mesure d'en assurer elle-même l'exécution en raison d'un manque d'infrastructure (véhicule ou personnel), l'entreprise ne poursuit pas les intérêts de la société qu'elle transporte. Au contraire, ce mode de fonctionnement a pour but d'augmenter ses capacités commerciales. Elle réalise par ailleurs généralement un profit sur le transport sous-traité.

294. Si le chauffeur de l'entreprise tierce s'endort au volant et provoque un accident qui blesse plusieurs employés de la société, l'article 399 CO peut avoir un intérêt pour cette dernière. En vertu de son alinéa 3, elle dispose de prétentions de nature contractuelle contre le sous-traitant, qui s'ajoutent à celles dont elles bénéficient éventuellement contre le mandataire principal (art. 398 al. 1 et 2 ou 399 al. 1 CO).

295. Elle n'est en effet créancière d'aucune prétention de nature délictuelle contre le sous-traitant, puisqu'elle n'est pas elle-même victime de l'acte illicite subi par ses employés. L'article 55 alinéa 1 CO n'est ouvert qu'aux employés, pour leur propre dommage.

296. Le dommage économique de la société transportée peut néanmoins être important. Au-delà de la perte d'efficacité, et donc financière, que peut entraîner l'absence de certains employés, parfois difficilement remplaçables, la société reste débitrice de l'obligation de payer leur salaire (art. 324b al. 2 CO). Lorsque le salaire de l'employé dépasse CHF 126'000.²⁶, c'est souvent le cas pour des cadres, l'obligation peut engendrer un préjudice important pour la société si l'indisponibilité est de longue durée et que le droit au salaire est d'une durée convenue plus importante que ce que prévoit l'article 324a alinéa 2 CO.

297. Il est vrai que les entreprises concluent en principe des assurances complémentaires privées couvrant un gain assuré plus élevé que ne le fait l'article 22 alinéa 1 OLAA. Dans l'idée de diminuer les coûts des primes d'assurance, les employeurs acceptent toutefois des délais de carence d'un, deux, voire trois mois. Pendant ce délai, quatre-vingt pour cent au moins du salaire est dû (art. 324b al. 3 CO). Par ailleurs, du point de vue de l'assurance sociale ou privée qui paie l'entreprise, qualifier le transporteur tiers de substitut lui permet également de disposer d'un droit de recours contre lui (art. 51 CO et 72 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales²⁷).

298. Il n'y a aucune raison objective d'empêcher la société de réclamer directement la réparation de son dommage à l'entreprise qui a effectué le transport, puisque l'article 399 alinéa 3 CO a cette fonction. Il n'y a pas de

²⁶ Voir l'article 22 alinéa 1 de l'Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA, RS 832.202).

²⁷ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

raison non plus d'empêcher l'assurance de faire usage d'un éventuel droit de recours sur cette base. Le transporteur tiers est en effet pleinement responsable de l'accident provoqué par son employé. Il dispose de la possibilité d'organiser le transport en toute indépendance et de déterminer le chauffeur qui s'en charge. Il n'y a pas de raison de le protéger de prétentions de la société, du moins pas parce que le mandataire principal poursuivait ses propres besoins en lui confiant le transport.

299. Si, comme la plupart des auteurs et le Tribunal fédéral, on considère que l'entreprise tierce est un auxiliaire en raison de l'intérêt poursuivi par la délégation, ces prétentions contractuelles ne sont pas ouvertes en raison du principe de la relativité des conventions. L'objectif de limiter l'application de l'article 399 alinéa 2 CO est louable. Cette disposition ne doit néanmoins pas être un obstacle à l'application de l'article 399 alinéa 3 CO. Ceci est d'autant plus vrai que lorsque la substitution vise l'intérêt du mandataire, ce dernier répond, en application de l'article 399 alinéa 1 CO, des actes du substitut comme des siens et dans la même mesure que s'il répondait en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO²⁸.

300. La conclusion est la même dans l'exemple du virement bancaire européen (N 284 ss). Il faut permettre au donneur d'ordre de se prévaloir de droits directs contre la banque intermédiaire, même si l'intervention de cette dernière favorise essentiellement les intérêts de sa banque. La banque intermédiaire dispose d'une autonomie organisationnelle suffisante pour exécuter le service confié en pleine responsabilité, de manière à ce que le virement soit effectué conformément aux instructions du donneur d'ordre.

301. Nous suggérons de déplacer le critère de l'intérêt poursuivi au stade de la distinction entre la substitution induite (art. 399 al. 1 CO) et la substitution justifiée (art. 399 al. 2 CO). Elle permet de limiter l'application de cette dernière disposition sans empêcher le mandant d'agir directement contre le véritable auteur de son dommage. Cela est non seulement logique, mais souhaitable. L'analyse de l'article 399 CO, son libellé, l'historique de son adoption, son analyse contextuelle et le but poursuivi par celui-ci ne nous conduisent pas à en limiter le champ d'application par l'introduction, à ce stade, de ce critère. Pour la qualification de substitution, il importe donc peu de déterminer le motif de la délégation.

²⁸ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CERUTTI, N 466 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 12 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395 ; CR-WERRO, CO 399 N 2. Voir également N 52.

B. L'importance qualitative de l'obligation déléguée

302. Selon certains, la notion de substitut dépend de l'importance qualitative de la prestation effectuée par le tiers. L'article 399 CO ne s'appliquerait pas lorsque le transfert ne porte pas sur l'*obligatio faciendi*, mais sur une obligation accessoire²⁹, telle que la restitution (art. 400 al. 1 CO). Il faudrait par ailleurs que le service transféré soit de nature intellectuelle ou artistique³⁰. Le tiers qui n'exécute qu'une activité subalterne devrait être qualifié d'auxiliaire au sens de l'article 101 alinéa 1 CO. Le mandant ne pourrait donc faire valoir aucun droit de nature contractuelle contre lui.

303. Pour distinguer le substitut d'un auxiliaire ordinaire, les intérêts des parties concernées ne nous conduisent pas à refuser l'application de l'article 399 CO lorsque la délégation porte sur une activité accessoire ou pour laquelle des aptitudes intellectuelles ou artistiques ne sont pas nécessaires. La protection du tiers, seule déterminante au stade de l'identification des critères de la substitution, ne conduit pas à exclure l'application de cette norme dans ces circonstances. Que le mandataire confie l'ensemble de l'activité ou une partie qualitativement peu importante ne modifie pas la position du tiers. Dans l'un et l'autre cas, ce dernier doit faire preuve de diligence dans l'exécution de la prestation promise ; il est en mesure de prendre en charge de manière autonome et en pleine responsabilité l'exécution de l'obligation.

304. En accordant des prétentions de nature contractuelle au mandant contre le tiers qui exécute une prestation subalterne, on n'impose pas à ce dernier des charges supplémentaires en comparaison avec l'hypothèse où lui est confiée la prestation principale. On serait au contraire tenté de soutenir la position inverse. L'action directe ne peut donc pas dépendre du type de l'obligation déléguée.

305. Admettre que cette condition détermine la qualité de substitut, c'est renoncer à accorder au mandant la possibilité d'agir à la fois contre le mandataire et le tiers lorsqu'un dommage lui est causé par ce dernier. Alors que cette condition a pour but de protéger le mandant, elle a un effet contraire. Elle le prive des droits de créance contre la personne chargée véritablement d'exécuter le service.

306. Parmi les obligations accessoires d'un mandataire figure notamment celle de restituer les biens et les montants acquis pour le compte du mandant pendant l'exécution du contrat (art. 400 al. 1 CO). Dans le cadre d'une vente immobilière à Genève, les fonds de l'acheteur transitent généralement par les comptes bancaires du notaire avant d'être transférés à l'acheteur. Pour la sécurité de ce dernier, le montant n'est pas transmis au vendeur avant que le

²⁹ DERENDINGER, N 316 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 589 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; HOFSTETTER, 96.

³⁰ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c.

transfert de propriété n'ait été inscrit au registre foncier. Pour la sécurité du vendeur, l'inscription au registre foncier n'est requise que lorsque le montant de la vente est détenu par le notaire pour le compte du vendeur.

307. Lorsque le notaire transmet l'argent au vendeur, il exécute l'une des obligations accessoires résultant de l'un de ses mandats, celle de verser les montants acquis lors de l'exécution régulière du contrat (art. 400 al. 1 CO). Cette obligation peut être qualifiée d'accessoire en comparaison au service global que le notaire prodigue. Pour l'exécuter, ce dernier est en pratique obligé de recourir aux services d'une banque. Si celle-ci retarde le paiement, transfère le montant sur un compte erroné ou cause de quelque manière un dommage au vendeur en exécutant imparfaitement l'ordre de virement, il n'y a pas de raison d'empêcher le vendeur de faire valoir des droits de nature contractuelle contre elle.

308. L'importance qualitative de l'obligation déléguée ne détermine donc pas la qualification de substitution. Il importe peu que le tiers exécute une obligation principale du mandataire ou qu'elle soit de nature intellectuelle ou artistique. L'analyse de l'article 399 CO, son libellé, l'historique de son adoption, son analyse contextuelle et le but poursuivi par celui-ci ne nous conduisent pas à en limiter le champ d'application par l'introduction de ce critère.

C. Synthèse

309. Les critères qu'auteurs et tribunaux proposent pour distinguer le substitut de l'auxiliaire ordinaire ne sont pas satisfaisants. Introduits pour protéger le mandant, leur application a des conséquences opposées. Elles permettent, cela est souhaitable, de limiter l'application de l'article 399 alinéa 2 CO, dans la mesure où la dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO ne se justifie que dans de rares cas (N 185 ss). Cet objectif peut néanmoins être atteint en reléguant le critère de l'intérêt poursuivi par l'intervention du tiers au stade de la distinction entre la substitution induite et la substitution justifiée.

310. Pour favoriser les intérêts du mandant, il convient au contraire d'élargir l'application de l'article 399 CO et de son alinéa 3 en particulier. Représenté indirectement par le mandataire, le mandant dispose d'un débiteur supplémentaire en la personne du substitut. Cette conséquence juridique ne doit être restreinte que pour protéger le tiers à qui l'on ne peut pas imposer des charges supplémentaires résultant d'une convention qu'il n'a pas conclue. L'intérêt poursuivi par la délégation et l'importance qualitative de l'activité effectuée par le tiers n'ont pas pour vocation et pour conséquence de protéger le tiers, raison pour laquelle il convient de les écarter au stade de l'établissement des conditions de la substitution.

Chapitre IX : Les conditions de la substitution

311. Les conditions permettant la qualification de substitution au sens de l'article 399 CO doivent permettre d'atteindre plusieurs objectifs. Elles doivent être clairement distinguées de celles déterminant sa forme (non autorisée, indue ou justifiée), traitées dans la partie suivante (N 457 ss). Il leur faut s'intégrer aux principes retenus lors de l'analyse approfondie de l'article 399 CO (N 88 ss). Elles doivent permettre une admission large de la substitution, tout en assurant une protection suffisante des intérêts du tiers (N 266). La conséquence juridique immédiate de la substitution étant l'attribution de droits au mandant contre le tiers (art. 399 al. 3 CO), elles doivent représenter le fondement logique de ces prétentions. Elles doivent enfin permettre de distinguer la substitution d'un rapport contractuel direct entre le mandant et le tiers et la substitution de l'utilisation d'un auxiliaire ordinaire.

312. La substitution suppose la réalisation de cinq conditions. Le rapport de base doit être soumis aux règles du contrat de mandat proprement dit (N 313 ss). La prestation effectuée par le tiers doit avoir été globalement promise par le mandataire (N 321 ss) et être essentiellement destinée au mandant (N 352 ss). Le tiers doit être indépendant du mandataire (N 366 ss). Le tiers doit intervenir à l'initiative du mandataire (N 417 ss).

A. Un rapport de base soumis aux règles du mandat proprement dit

313. La notion de substitution n'est par principe pas liée exclusivement au contrat de mandat. Toute intervention d'un tiers dans l'exécution d'une obligation contractuelle peut théoriquement être qualifiée ainsi. Cette terminologie est cependant généralement réservée aux situations qui entraînent l'application, au moins partielle, des conséquences juridiques de l'article 399 CO. C'est pourquoi on parle de substitution au sens de l'article 399 CO. Le champ d'application de cette disposition dépend logiquement de l'activité promise par le débiteur principal et de la réglementation applicable au rapport contractuel de base.

314. Partie intégrante des articles 394 ss CO, l'article 399 s'applique logiquement au contrat de mandat proprement dit, soit au contrat de travail au sens large, par lequel le mandataire indépendant rend un service au mandant ou à un tiers désigné par celui-ci, sans que ne soient remplies les conditions d'application des mandats spéciaux, du contrat de travail, du contrat

d'entreprise ou d'un contrat innommé¹. Nous verrons toutefois que d'autres rapports contractuels de base peuvent engendrer l'application de cette norme (N 828 ss).

315. La notion de substitution a été introduite en droit suisse lorsque le mandat n'était qu'un contrat de représentation². L'adjonction en 1911 de l'usage à l'article 398 alinéa 3 CO et l'extension formelle du champ d'application des articles 394 ss CO indiquent néanmoins que la substitution n'est pas limitée aux cas où l'activité du mandataire est celle d'un représentant. La prestation de services purs ne s'en distingue d'ailleurs pas suffisamment pour que les conséquences juridiques de l'article 399 CO ne s'y appliquent pas (N 200 ss).

316. La qualification globale de mandat est déterminante. Lorsque le dentiste sous-traite la confection d'une prothèse dentaire à une entreprise spécialisée, il est lié à cette dernière par un contrat d'entreprise. Cette seconde relation contractuelle ne modifie toutefois pas la qualification du contrat qui lie le dentiste et le patient. Puisque leur relation est soumise aux articles 394 ss CO (N 35 s.)³, le régime de la substitution peut s'appliquer.

317. Certains auteurs soutiennent que le régime de la substitution ne se justifie que si la résiliation du contrat de mandat principal est possible en tout temps⁴ ou que le mandataire n'a pas promis de résultat⁵.

318. L'absence de garantie de résultat de l'activité du débiteur est une condition d'application des articles 394 ss CO. Si le débiteur promet un résultat, il n'est pas lié par ces dispositions mais plus vraisemblablement par les articles 363 ss CO. Dans ce cadre, une éventuelle substitution n'est pas soumise au régime de l'article 399 CO (N 863 ss). Cet élément n'est donc pas nécessaire en soi, puisqu'il est inclus dans notre première condition d'application.

319. La résiliation en tout temps du contrat n'est pas non plus une condition d'application des articles 394 ss CO, mais en est une des conséquences juridiques. Le Tribunal fédéral estime, à raison, que chacune des parties peut mettre un terme en tout temps au contrat de mandat⁶. Il considère par ailleurs que le fondement de cette résiliation, l'article 404 alinéa 1 CO, est

¹ Pour une définition du contrat de mandat proprement dit, voir N 26 ss.

² BK-BECKER, CO 394 N 7 ; BK-FELLMANN, Vorb. zu CO 394-406 N 88 ; ROSSEL, 1892, N 514. Sur cette question : N 133 s.

³ ATF 110 II 375 (f), c. 1b.

⁴ SPIRO, 94 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

⁵ BUCHER (BT), 232 ; HOFSTETTER, 96. Semblent aller dans le même sens : BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40 ; Bak-WEBER, CO 399 N 4.

⁶ ATF 2A.502/2004, 28 avril 2005, c. 5.2 (révocation) ; ATF 4C.199/2004, 11 janvier 2005, c. 10.2.1 (répudiation) ; ATF 115 II 464, c. 2a, JdT 1990 I 312. Sur cette question : N 214 ss.

de nature impérative⁷. Cet élément est donc également implicitement contenu dans notre première condition.

320. Toute intervention d'un tiers dans le cadre d'un mandat proprement dit est susceptible d'être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO, moyennant que les autres conditions soient également réalisées, mais quel que soit le type de prestation effectivement promise par le mandataire. Cette disposition doit s'appliquer chaque fois que le législateur le permet, c'est-à-dire dans le cadre de tous les mandats proprement dits.

B. Une prestation du tiers globalement promise par le mandataire

321. L'intervention d'un tiers ne peut être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO si le tiers fournit une prestation que le mandataire n'a pas préalablement promise au mandant. Cette condition est déduite de la terminologie utilisée par le législateur et de l'analyse systématique de l'article 399 CO.

322. Lorsque le mandataire se substitue un tiers, il renonce à l'exécution personnelle de ses obligations et la lui confie. Le substitut remplace le mandataire, plus exactement prend sa place, et exécute l'obligation qui a préalablement été confiée au mandataire. Il joue le même rôle que ce dernier (N 112 ss). A l'article 398 alinéa 3 CO, la substitution se présente comme une alternative à l'exécution personnelle (N 124 s.). Or, pour renoncer à l'exécution personnelle d'une obligation, il faut logiquement que le mandataire en ait préalablement eu la charge.

323. En s'assurant que le substitut effectue une prestation globalement promise par le mandataire, nous atteignons essentiellement deux objectifs. Nous excluons premièrement une prétention en dommages-intérêts du mandant contre le mandataire lorsque l'activité dommageable du tiers n'a pas été promise par le mandataire (art. 399 al. 1 CO). Il n'y a en effet pas de raison que le mandataire réponde, sans faute personnelle, de la violation d'obligations dont il n'est pas débiteur.

324. Deuxièmement, nous attribuons largement les droits de l'article 399 alinéa 3 CO au mandant, en considérant que la prestation du tiers peut n'avoir été promise que globalement par le mandataire. Nous incluons une série d'hypothèses qu'une partie de la doctrine écarterait du champ d'application de la norme.

⁷ ATF 4C.447/2004, 31 mars 2005, c. 5.4 ; ATF 117 II 466, c. 5d, JdT 1992 I 387 ; ATF 115 II 464, c. 2a, JdT 1990 I 312.

325. Nous abordons tout d'abord l'analyse générale de la condition (N 326 ss). Nous développons ensuite la possibilité pour les parties d'exclure la prestation fournie par le tiers du domaine d'activité du mandataire (N 336 ss). Nous traitons finalement de quelques questions soulevées en doctrine et en jurisprudence (N 342 ss).

1. En général

326. Dans l'analyse d'une situation de substitution, comme en général dans le droit des obligations, le juge recherche la volonté des parties. La liberté contractuelle règne (art. 19 al. 1 CO). Le contenu de l'obligation du mandataire résulte avant tout de la convention. Ce n'est que si celle-ci n'indique pas expressément si le mandataire avait initialement la charge de l'activité fournie par le tiers qu'il faut déterminer si le but que le mandataire devait poursuivre impliquait objectivement l'activité en question.

327. Lorsque le service prodigué par le tiers fait partie des mesures à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif que le mandataire s'est engagé à poursuivre, le tiers exerce une activité globalement promise par le mandataire. La condition est réalisée. Il importe peu que le mandataire ait immédiatement su qu'il ne s'exécuterait pas personnellement. La raison de l'intervention du tiers n'est pas non plus déterminante. Dès que le mandataire s'engage globalement à mettre en œuvre une série de moyens pour parvenir à un résultat et que le tiers apparaît postérieurement être l'un d'eux, l'intervention de ce dernier peut être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO, moyennant que les autres conditions soient également réalisées. L'application de ce critère est aisée dans certains cas, plus délicate dans d'autres.

328. Le propriétaire d'une maison de campagne souhaite vendre son bien et en confie l'évaluation à une agence immobilière. Il autorise cette dernière à confier l'expertise à un tiers si elle le souhaite. Manquant de personnel, l'agence fait finalement expertiser l'objet par un concurrent. Celui-ci exécute une activité que le mandataire initial s'était engagé à fournir. Le critère est réalisé.

329. A l'inverse, lorsque ce même propriétaire charge son avocat de trouver un tel expert et de lui confier l'évaluation, l'agence immobilière, qui procède finalement à celle-ci, exécute une activité que l'avocat n'a pas promise. L'objet du contrat de mandat conclu avec l'avocat se limite à la recherche d'un tiers susceptible d'effectuer une prestation pour le mandant.

330. Lorsque l'activité du mandataire consiste à nouer une relation contractuelle entre son mandant et un tiers, en les réunissant ou en concluant lui-même la convention par représentation directe du mandant (art. 32 ss CO),

les auteurs de langue allemande qualifient le rapport juridique qui en est le fondement de *Vermittlungsauftrag*⁸.

331. Lorsque le tiers se retrouve lié au mandant par un contrat de mandat, certains auteurs voient dans le *Vermittlungsauftrag* qui en est à l'origine une hypothèse de substitution soumise à l'article 399 CO⁹. L'énumération limitative des obligations du mandataire à l'article 399 alinéa 2 CO leur apparaît justifiée dans ces circonstances¹⁰.

332. La doctrine majoritaire distingue, néanmoins, le *Vermittlungsauftrag* de la substitution. En cas de substitution, le mandataire renonce à l'exécution personnelle de l'obligation et la transfère à un tiers. Lié par un *Vermittlungsauftrag*, le mandataire qui fait intervenir un tiers exécute au contraire personnellement l'entier de son obligation¹¹, qui consiste exclusivement à favoriser la création d'une relation contractuelle entre son mandant et un tiers. Ce dernier exécute alors une prestation que le mandataire ne s'est préalablement pas engagé à fournir. La terminologie employée par le législateur (N 112 ss) et l'analyse systématique de l'article 399 CO (N 124 s.) ne laissent aucune place à l'opinion de ces auteurs isolés.

333. Au-delà de ces cas évidents, ce critère permet de trancher des hypothèses plus délicates. L'exemple médical est ici encore propice à l'illustration. S'il est fortement conseillé aux victimes d'une dépression de consulter un psychiatre, il n'est pas rare que des médecins généralistes prennent en charge leur traitement. Dans une telle hypothèse, le généraliste prend l'engagement, auquel il peut d'ailleurs mettre fin (art. 404 al. 1 CO), de recevoir cette personne, de l'examiner, et de lui prodiguer un traitement approprié. Il ne s'engage, en revanche, pas à traiter toute pathologie future de son patient.

334. Lorsqu'au cours du traitement, le patient consulte le généraliste pour des maux qui trouvent leur origine dans sa cage thoracique et qu'une anomalie cardiaque est envisagée, il est loisible au médecin de conseiller à son patient de consulter un spécialiste. S'il ne dispose pas des compétences suffisantes pour établir un diagnostic, le généraliste a même l'obligation de procéder ainsi¹².

335. Malgré la durée des rapports de mandat qui unissent le généraliste au patient, le médecin ne se substitue pas le cardiologue, quelles que soient les

⁸ BK-FELLMANN, CO 398 N 559 s. ; HOFSTETTER, 99 s. ; Bak-WEBER, CO 398 N 7.

⁹ BÄCHLER, 38 ss ; FRIEDRICH, 463 ; VON BÜREN (BT), 131.

¹⁰ BÄCHLER, 46 ; FRIEDRICH, 463 ; VON BÜREN (BT), 131 s.

¹¹ DERENDINGER, 141 (n. 367) ; BK-FELLMANN, CO 398 N 560 ; HOFSTETTER, 100.

¹² Le mandataire ne peut accepter d'exécuter une activité, sans violer ses obligations contractuelles, s'il ne dispose pas des compétences nécessaires. Il convient par ailleurs de noter la grande parenté avec l'*Übernahmeverschulden*. Sur cette question, voir : ATF 124 III 162, c. 3b, JdT 1999 I 125 ; DERENDINGER, N 282 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 474 ; TERCIER (contrats), N 4893 ; Bak-WEBER, CO 398 N 28 ; CR-WERRO, CO 398 N 40.

modalités d'intervention de ce dernier. Le généraliste ne s'est pas engagé à traiter tous les maux dont le patient pourrait souffrir. Le cardiologue n'exécute donc pas une obligation à laquelle le mandataire s'est préalablement engagé.

2. Une prestation non exclue par les parties

336. Si la prestation du tiers fait objectivement partie des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif que le mandataire s'est engagé à poursuivre, il ne peut s'agir d'une substitution au sens de l'article 399 CO que si le mandataire n'a pas refusé cette partie du mandat. En vertu de la liberté contractuelle, le mandataire est en effet libre d'accepter de rendre un service, cas échéant, de déterminer son contenu. S'il ne souhaite être responsable que d'une partie de l'activité nécessaire au mandant, il peut ne prendre en charge que celle-ci.

337. Un conseiller en entreprise, contacté par une société horlogère qui désire améliorer sa structure, son efficacité et la qualité de ses produits, connaît en principe ses compétences et l'étendue des prestations qu'il peut offrir. S'il accepte de prendre en charge la réorganisation hiérarchique de la société, parce qu'il se sait compétent dans le domaine des ressources humaines, il peut en revanche indiquer à la société horlogère, pendant la négociation du contrat, que ses compétences sont limitées dans le domaine de la qualité et lui suggérer d'utiliser les services d'un spécialiste qu'il connaît.

338. Dans ce cas, peu importe les modalités d'intervention du spécialiste, il ne peut être le substitut au sens de l'article 399 CO du conseiller en entreprise. Il ne prend en effet pas la place de ce dernier, puisqu'il effectue une activité que le conseiller a expressément exclue de ses obligations.

339. Pour la société horlogère, comme pour le patient dans notre exemple précédent (N 333 ss), l'exécution par le tiers d'une obligation non promise par le mandataire implique, en toute circonstance, l'absence de responsabilité de ce dernier pour les actes du tiers. L'article 399 alinéa 1 CO ne peut en effet pas s'appliquer. Il est logique que le conseiller en entreprise, respectivement le généraliste, ne réponde pas de la violation d'une obligation dont il n'est pas débiteur.

340. Notons également que l'article 101 alinéa 1 CO n'est pas non plus applicable. Le débiteur ne répond des actes de ses auxiliaires que s'il existe un lien de connexité entre les tâches confiées à l'auxiliaire et le rapport d'obligations qui lie le débiteur au créancier lésé¹³. Lorsque le tiers, que l'on entend qualifier d'auxiliaire, exerce une activité qui n'a pas été promise par le mandataire initial, ce lien de connexité n'existe pas.

¹³ KOLLER (Haftung), N 284 ss ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 22 ; BK-WEBER, CO 101 N 119 ss ; Bak-WIEGAND, CO 101 N 10.

341. Le conseiller en entreprise et le généraliste ne peuvent être responsables que d'une faute personnelle, par exemple s'ils ont conseillé un tiers dont ils pouvaient ou devaient connaître l'incompétence. Lorsqu'il n'est pas lié contractuellement au second prestataire, le mandant ne peut pas se prévaloir de l'article 399 alinéa 3 CO. Sous réserve d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), résultant de la convention conclue entre le mandataire initial et le tiers, seule la théorie de la liquidation du dommage d'un tiers permettrait au mandant de se faire indemniser par le tiers. Cela suppose néanmoins l'intervention du mandataire initial, seul créancier de la prétention (N 181).

3. Quelques questions soulevées en doctrine et en jurisprudence

342. Plusieurs questions relatives aux rapports entre l'activité du tiers et l'obligation promise par le mandataire sont soulevées en doctrine. Elles concernent l'importance qualitative et quantitative de la délégation (N 343 ss) et l'identité des prestations promises (N 348 ss). La nature du second contrat, qui fait également l'objet de discussions, sera traitée dans le cadre de l'extension de la notion de substitution (N 866 ss).

a. *L'importance qualitative et quantitative de la délégation*

343. Pour favoriser l'application de l'article 399 alinéa 3 CO, nous avons exclu l'importance qualitative de la délégation des conditions de la substitution au chapitre précédent (N 302 ss). Les prestations secondaires sont également indispensables pour atteindre l'objectif recherché par le mandant, de sorte qu'en promettant toutes les mesures nécessaires, le mandataire promet également d'exécuter certaines obligations accessoires. Leur délégation à un tiers peut donc être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO.

344. L'importance quantitative de la délégation fait également l'objet de discussions en doctrine. Certains auteurs soutiennent que l'article 399 CO ne s'applique que lorsque le tiers exécute l'ensemble de l'obligation promise par le mandataire ou du moins la totalité de ce qu'il reste à accomplir¹⁴. La majorité de la doctrine considère, elle, que la transmission peut n'être que partielle¹⁵. Pour favoriser l'application de l'article 399 alinéa 3 CO, nous soutenons, avec la majorité, que la délégation d'une partie de l'obligation suffit. Le propos peut être illustré par un exemple.

¹⁴ KOLLER (Haftung), N 395 ; VON BÜREN (Auftrag), 83.

¹⁵ BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 561 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 97 ; HONSELL, 314 ; MUSTAFA, 125 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

345. Un médecin (A) fait passer un scanner à son patient pour déceler d'éventuelles métastases. Dans la mesure où l'analyse des clichés n'est pas toujours évidente, il n'est pas rare que le médecin requière un second avis. Si le second médecin (C) établit un diagnostic, il n'exécute qu'une partie de l'obligation globalement promise par le médecin initial (A). Les obligations de ce dernier sont en effet plus nombreuses, puisqu'il doit, cas échéant, également informer le patient et entamer un traitement.

346. Si le médecin (A) ne fait pas intervenir son collègue, mais que le patient ne se satisfait pas de son seul avis et qu'il prend les clichés pour consulter un autre oncologue (B), la seule obligation de ce dernier consiste à établir le diagnostic basé sur les documents. Si ce médecin (B) demande l'avis du même confrère que dans l'hypothèse précédente (C), ce dernier exécute cette fois la totalité de la prestation initialement confiée à l'oncologue (B).

347. Ces deux hypothèses doivent être traitées de manière identique et qualifiées de substitution au sens de l'article 399 CO. Il n'y a pas de raison que le médecin tiers (C) ne soit débiteur de prétentions du mandant, selon l'article 399 alinéa 3 CO, que dans la seconde hypothèse. Son activité et sa marge de manœuvre sont dans les deux cas absolument identiques. La substitution ne dépend, par conséquent, ni de l'importance qualitative ni de l'importance quantitative de la prestation déléguée.

b. *L'identité des obligations promises*

348. Une partie de la doctrine soutient que le tiers ne peut pas être qualifié de substitut au sens de l'article 399 CO, s'il exécute une prestation que le mandataire ne pouvait techniquement pas exécuter lui-même¹⁶. Pour ces auteurs, la prestation du tiers doit être identique à l'une de celles que le mandataire a effectivement promises. Ce critère est principalement invoqué pour qualifier d'auxiliaire la banque du bénéficiaire dans un virement bancaire. Si le bénéficiaire n'a pas de compte auprès de la banque du donneur d'ordre, cette dernière n'a pas les moyens techniques et juridiques de créditer elle-même le compte du bénéficiaire. Elle ne peut que requérir de la banque du bénéficiaire, par le truchement du système de paiement SIC ou euroSIC, l'exécution de l'ordre de crédit.

349. Ce motif ne justifie pas la limitation du champ d'application de l'article 399 CO. En qualifiant d'auxiliaire ordinaire la banque du bénéficiaire, ces auteurs empêchent le donneur d'ordre d'agir directement contre elle en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO. Il n'y a aucune raison de la protéger ainsi. Elle exécute une activité que la banque du donneur d'ordre a globalement promise. Lorsque le donneur d'ordre confie à sa banque le virement d'une

¹⁶ KLEINER/SCHMID, 179 s. BK-BECKER, CO 399 N 2 considère que le mandataire doit confier au tiers un contrat de mandat de même contenu que le premier.

somme d'argent sur le compte bancaire d'un tiers, la banque accepte de mettre en œuvre les mesures nécessaires à atteindre l'objectif recherché par son client. Créditer le compte du bénéficiaire fait partie de ces mesures. Peu importe pour l'application de l'article 399 CO qu'elle ne soit techniquement et juridiquement pas en mesure de procéder elle-même à l'opération de crédit. Cette opération fait partie des services qu'une banque propose. Par conséquent, la seconde banque prend la place de la première et joue partiellement le même rôle, ainsi que le suggère l'analyse littérale de l'article 399 CO (N 112 ss).

350. Dans son arrêt de principe du 27 juin 1995, le Tribunal fédéral a qualifié la banque du bénéficiaire de substitut au sens de l'article 399 CO¹⁷. Il a admis une prétention en dommages-intérêts du donneur d'ordre contre la banque du bénéficiaire, sans toutefois préciser si le fondement de la responsabilité est l'article 399 alinéa 3 CO ou une stipulation pour autrui parfaite au sens de l'article 112 alinéa 2 CO¹⁸.

351. Les juges ont reconnu que le mandant savait d'emblée que sa banque n'était pas en mesure d'exécuter personnellement le mandat, raison pour laquelle ils ont retenu que l'usage autorisait la substitution au sens de l'article 398 alinéa 3 CO. En revanche, ils ont considéré que le donneur d'ordre était en droit de s'attendre, en vertu du principe de la confiance, à ce que la bonification sur le compte bloqué fasse partie du contrat¹⁹. Implicitement, le Tribunal fédéral admet donc que les démarches tendant à la bonification du compte auprès de la banque tierce faisaient objectivement partie des obligations promises par le mandataire du donneur d'ordre.

C. Une prestation du tiers principalement destinée au mandant

352. Le mandataire ne se substitue un tiers que si ce dernier est chargé d'effectuer une prestation positive (N 353 ss) et destinée au mandant (N 357 ss).

1. Une prestation positive

353. L'article 399 CO ne peut s'appliquer que si le mandataire confie au tiers l'exécution d'une prestation positive. Il n'est toutefois pas nécessaire que

¹⁷ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359. Pour un résumé de l'état de fait : N 277.

¹⁸ ATF 121 III 310, c. 5a, JdT 1996 I 359.

¹⁹ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359.

le substitut viole une obligation de faire pour que le mandant dispose d'une prétention en dommages-intérêts contre lui, voire contre le mandataire.

354. Une société charge un avocat d'introduire une action en paiement contre un client. Débordé, le mandataire confie, avec l'autorisation de la société, la rédaction de la demande à un confrère. Dans la soirée, le second avocat, très éméché, raconte fièrement quelques anecdotes sur l'entreprise à un compagnon de sortie. Il a eu connaissance de ces informations dans le cadre de l'activité qu'il a promise au mandataire initial.

355. L'avocat alcoolisé est débiteur d'une prestation positive à l'égard de son confrère. Il doit, en l'espèce, être qualifié de substitut au sens de l'article 399 CO. Si l'entreprise subit un dommage en raison des informations divulguées, elle bénéficie de prétentions directes contre le second avocat en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

356. Si par contre, dans les mêmes circonstances, l'avocat initial ne confie pas la rédaction de la demande au second, mais lui fait simplement part de ces anecdotes autour d'un café, la situation ne peut être qualifiée de substitution. Si des informations sont divulguées par le second, le mandataire initial répond du dommage en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO, pour la violation fautive de l'obligation personnelle de discrétion, mais l'entreprise ne bénéficie pas de prétentions contractuelles directes contre le second avocat (principe de la relativité des conventions).

2. Une prestation destinée au mandant

357. La prestation fournie par le tiers doit poursuivre les intérêts du mandant, soit lui être directement ou indirectement destinée. Cette condition doit être distinguée de l'intérêt poursuivi par la substitution²⁰, qui concerne les motifs de l'intervention du tiers. Pour admettre l'existence d'un cas de substitution au sens de l'article 399 CO, les raisons de l'intervention du tiers importent peu, mais sa prestation doit être destinée au moins indirectement au mandant.

358. Roméo CERUTTI considère que l'application de l'article 399 alinéa 3 CO est liée au destinataire effectif de l'activité du tiers²¹. Si, selon la convention, le tiers doit s'exécuter dans les mains du mandataire, il ne serait pas son substitut.

359. A notre sens, l'article 399 alinéa 3 CO n'empêche pas que la prestation ne profite au mandant que dans un second temps. Le droit du mandant à l'exécution (N 685 ss) peut viser le mandataire comme destinataire. Par

²⁰ L'intérêt poursuivi par la substitution n'est pas un critère de la substitution (N 274 ss).

²¹ CERUTTI, N 160 ss.

ailleurs, même si l'exécution doit être faite en mains du mandataire, la transmission d'instructions par le mandant (N 689 ss), la prétention en dommages-intérêts (N 699 ss) ou la résiliation du sous-contrat (N 696 ss) peuvent être exercées par ce dernier sans difficulté. Il n'est en réalité pas nécessaire qu'il soit fait référence au mandat principal ou qu'il soit reconnaissable pour le substitut qu'il intervient en tant que tel²².

360. Nous reconnaissons que la substitution est étroitement liée aux droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut. Ces prétentions sont la conséquence juridique la plus importante qui découle exclusivement de la reconnaissance d'un cas de substitution au sens de l'article 399 CO²³. L'application de l'article 399 alinéa 3 CO suppose, dès lors, que la prestation du tiers soit au moins indirectement destinée au mandant. Dans l'hypothèse inverse, la loi attribuerait à ce dernier des droits dont il ne pourrait pas faire usage.

361. L'outsourcing, au sens strict du terme n'est pas une hypothèse de substitution au sens de l'article 399 CO. Nous définissons l'outsourcing de manière stricte, contrairement par exemple à la circulaire de la Commission fédérale des banques du 26 août 1999 sur l'externalisation d'activités (*Outsourcing*)²⁴. Ce terme définit le fait, pour l'entreprise, de maximiser ses résultats en se concentrant sur son « core business » et en confiant à des spécialistes extérieurs certaines activités où elle excelle moins²⁵.

362. L'*outsourcing* consiste à externaliser une fonction interne à l'entreprise. Par activité interne, on entend en principe un ensemble de services rendus à l'entreprise elle-même, par opposition à l'exécution des prestations dues à la clientèle. On parle ainsi d'*outsourcing* lorsque l'on confie à une entreprise spécialisée la gestion de son parc informatique, de sa comptabilité, de son personnel, de l'entretien des bâtiments, etc.

363. Si le service fournit par le tiers n'est pas destiné au mandant, ce dernier n'a pas d'intérêt à bénéficier des prétentions de l'article 399 alinéa 3 CO. Il serait illogique de lui permettre de réclamer l'exécution d'un service dont il ne profite que très indirectement. Il n'y a pas de raison non plus qu'il puisse donner des instructions au prestataire ou qu'il puisse mettre fin à son activité si elle ne le concerne que de manière éloignée. Il est, certes, possible que l'activité du tiers cause un dommage au mandant, notamment si elle empêche le mandataire de s'exécuter convenablement. L'intérêt que

²² BK-BECKER, CO 399 N 2.

²³ La responsabilité du mandataire, cas échéant, la limitation de ses obligations, nécessite encore l'analyse de l'autorisation et de la justification de la substitution (N 474 ss et 520 ss).

²⁴ Site : http://www.ebk.admin.ch/f/archiv/2002/pdf/rs_outsourcing_f.pdf, 25/9/06.

²⁵ Sur la notion d'outsourcing, voir : FONTAINE Marcel, « Le contrat d'outsourcing : analyse d'ensemble et distinction des opérations voisines », FONTAINE / PHILIPPE / DELFORGE (éd.), *Les aspects juridiques de l'« Outsourcing »*, Bruxelles 2002, 7 ss.

pourrait présenter une action en dommages-intérêts dirigée contre le tiers ne justifie pas à lui seul la qualification de substitut. Si l'activité du tiers n'est pas destinée à servir directement les intérêts du mandant, le tiers ne prend pas la place du mandataire au sens où la notion de substitution l'entend (N 238).

364. Prenons l'exemple d'une étude d'avocats qui confie la gestion de son parc informatique à une entreprise tierce spécialisée. En procédant à quelques manipulations sur le réseau de l'étude, un employé de l'entreprise externe supprime des fichiers importants, notamment un projet de recours prêt à être envoyé. Si le recours ne peut être déposé dans le délai, le client subit un dommage s'il peut rendre vraisemblable qu'il aurait obtenu gain de cause en appel. Il ne lui serait pas inutile de bénéficier de prétentions parallèles contre l'avocat et l'entreprise informatique.

365. Même si l'entreprise informatique effectue globalement une activité nécessaire à l'atteinte de l'objectif fixé par le client, en tant que l'activité fournie est exclusivement destinée au mandataire, l'entreprise ne peut être qualifiée de substitut. Elle est, en revanche, l'auxiliaire de l'avocat et ce dernier en répond en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO.

D. L'indépendance du tiers

366. Les critères développés jusqu'ici ne permettent pas encore de distinguer le substitut au sens de l'article 399 CO de l'auxiliaire ordinaire (art. 101 al. 1 CO). L'un comme l'autre peuvent intervenir dans le cadre d'une relation contractuelle soumise aux règles du contrat de mandat et exécuter une prestation positive destinée essentiellement au mandant et globalement promise par le mandataire. Leur degré d'indépendance par rapport à ce dernier permet par contre de les distinguer.

367. Cette distinction essentielle est opérée par tous les auteurs et identifiée par de nombreuses décisions judiciaires²⁶. Pour éviter la réglementation de l'article 399 alinéa 2 CO, la notion de substitut est généralement interprétée restrictivement²⁷ et ce critère est utilisé dans ce but. Notre approche est

²⁶ ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; BG ZH, 15 octobre 1991, RJ N 824, c. IV.1 ; CJ GE, 25 novembre 1983, RJ N 253, c. 3 ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; KG VS, 27 février 1976, RJ N 31, c. I ; II. ZivK, 20 novembre 1970, GVP 1971 60, c. 1, RSJ 1973 359 ; HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2b ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25 s. ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202 s. ; BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BIZZOZERO, 90 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Vertrauenshaftung), 150 ; HOFSTETTER, 97 ; HONSELL, 314 ; JAUSSE, 7 ; KOLLER (Haftung), N 410 ; SCHWENZER, N 23.05 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3 ; CR-WERRO, CO 398 N 6.

²⁷ BÄCHLER, 19 ss ; FRIEDRICH, 461 s. ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HOFSTETTER, 96 ; KOLLER (Haftung), N 414 ; SCHNEEBERGER, 182 s. ; SPIRO, 90 s. ; VON BÜREN (Auftrag), 85.

différente ; nous entendons favoriser l'application de l'article 399 alinéa 3 CO et, donc, l'admission d'un cas de substitution.

368. Quelle que soit l'approche, la sécurité du droit nécessite une distinction claire entre ces deux personnes amenées à intervenir dans l'exécution d'un contrat soumis aux règles du mandat. Il est essentiel que le mandant sache s'il dispose de prétentions contractuelles contre le tiers qui intervient (art. 399 al. 3 CO) et si le mandataire peut valablement soutenir que ses obligations sont limitées au choix du tiers et aux instructions qu'il lui a données (art. 399 al. 2 CO).

369. Nous présentons tout d'abord les développements de la doctrine et la jurisprudence sur ce critère (N 370 ss). Nous déterminons ensuite les raisons d'être du critère de l'indépendance (N 374 ss) et nous terminons par l'identification d'éléments attestant de l'indépendance du tiers (N 393 ss).

1. Les développements en jurisprudence et en doctrine

370. Trois formes d'indépendance sont développées en doctrine : l'indépendance juridique, l'indépendance économique et l'indépendance technique²⁸. Est indépendant juridiquement le tiers qui n'est pas subordonné²⁹ au mandataire, soit celui qui n'est pas lié à ce dernier par un contrat de travail³⁰.

371. Dans un arrêt du 25 novembre 1949, le *Handelsgericht* bernois a soumis la responsabilité d'un commissionnaire-expéditeur à l'article 101 alinéa 1 CO pour les actes de la société à qui il avait confié une partie du service promis à l'expéditeur³¹. La société intervenue sur demande du commissionnaire-expéditeur avait été fondée et était entièrement détenue par ce dernier³². L'entreprise tierce ne disposait donc pas de l'indépendance économique nécessaire pour être qualifiée de substitut³³.

372. L'indépendance technique est le critère le plus utilisé en doctrine et en jurisprudence. Pour une partie importante des auteurs et des tribunaux, le tiers ne dispose de l'indépendance suffisante à l'égard du mandataire que s'il n'est

²⁸ Pour deux présentations complètes sur ces distinctions, voir : BK-FELLMANN, CO 398 N 539 ss ; KOLLER (Haftung), N 397 ss.

²⁹ KG VS, 27 février 1976, RJ N 31, c. I ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25 s.

³⁰ BG ZH, 15 octobre 1991, RJ N 824, c. IV.1 ; CJ GE, 25 novembre 1983, RJ N 253, c. 3 ; HOFSTETTER, 97.

³¹ HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2c.

³² HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2b.

³³ Il convient de noter que l'article 399 CO, ainsi que le suggère cet arrêt, est également applicable lorsque le contrat de base est une commission-expédition (N 845 ss).

pas dirigé³⁴, surveillé³⁵ ou encore soumis aux instructions de ce dernier³⁶. Certains auteurs précisent que le substitut ne peut pas être intégré dans l'entreprise du débiteur³⁷ et que la prestation qu'il fournit doit être *aus dem Pflichtprogramm des Beauftragten eliminiert*³⁸.

373. D'une manière générale, les auteurs retiennent le cumul des indépendances juridique, économique et technique³⁹. Le *Handelsgericht* st-gallois semble, lui, s'attacher essentiellement aux aspects technique et économique⁴⁰, le *Handelsgericht* bernois à l'indépendance juridique et économique⁴¹ alors que Martin HESS se satisfait de la composante économique⁴². Nous constatons et regrettons que plusieurs auteurs et autorités judiciaires, en particulier le Tribunal fédéral, retiennent le critère de l'indépendance, sans néanmoins en préciser les modalités⁴³.

2. Les raisons d'être du critère de l'indépendance

374. L'indépendance du substitut a deux raisons d'être : l'alinéa 2 et l'alinéa 3 de l'article 399 CO. Si la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 2 CO est liée à l'intérêt poursuivi par la délégation (N 520 ss), les moyens de nature contractuelle du mandant, dans une approche systématique, nécessitent d'être coordonnés à d'éventuelles prétentions extracontractuelles (N 375 ss). Par ailleurs, les prétentions accordées au mandant contre le substitut, malgré l'absence de relation contractuelle, doivent justifier l'exception au principe de la relativité des conventions. La charge pour le tiers ne doit pas être plus importante du fait de l'application de l'article 399 alinéa 3 CO⁴⁴ (N 382 ss).

³⁴ ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202 s. ; BK-FELLMANN, CO 398 N 543 ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

³⁵ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25 s. ; HG, 13 octobre 1930, ZR 1931 202 s. ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542 ; HOFSTETTER, 97 ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

³⁶ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CA FR, 29 février 1944, JdT 1947 I 25 s. ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

³⁷ CR-THEVENOZ, CO 101 N 16 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

³⁸ Bak-WEBER, CO 398 N 3.

³⁹ BILLOTTE-TONGUE, N 202 ; BIZZOZERO, 90 ; HOFSTETTER, 97 ; KOLLER (Haftung), N 410 ss ; CR-THEVENOZ, CO 101 N 16.

⁴⁰ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a. Voir également DERENDINGER, N 315 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 542.

⁴¹ HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2b.

⁴² HESS (Vertrauenshaftung), 150.

⁴³ Voir notamment : ATF 103 II 59, JdT 1977 I 521, c. 1a ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; SCHWENZER, N 23.05.

⁴⁴ CHAIX, 189.

a. L'article 399 alinéa 2 CO

375. Dans notre approche, les conditions de la substitution ne trouvent pas leur fondement essentiel à l'article 399 alinéa 2 CO, puisque cette disposition nécessite encore que la substitution ait été autorisée et justifiée. Nous pensons toutefois qu'il est nécessaire à ce stade de coordonner l'application de cette norme à celle de l'article 55 alinéa 1 CO, dont la teneur est la suivante :

« L'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve 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. »

376. Ce texte fonde une responsabilité objective simple de l'employeur pour les dommages causés par l'acte illicite de l'un de ses auxiliaires⁴⁵. La norme accorde à l'employeur une preuve libératoire que doctrine et jurisprudence interprètent toutefois restrictivement. L'employeur doit démontrer avoir choisi, instruit et surveillé son auxiliaire convenablement⁴⁶. Il doit également apporter la preuve que son entreprise est organisée rationnellement⁴⁷.

377. Si cet employeur est lié par un contrat de mandat à la victime du dommage causé par le tiers et que ce préjudice résulte également de la violation d'une obligation que le mandataire a confiée au tiers, la responsabilité contractuelle du mandataire est susceptible d'être engagée, alternativement, en vertu des articles 101 alinéa 1, 398 alinéas 1 et 2 et 399 alinéas 1 et 2 CO. L'application de toutes ces dispositions doit être coordonnée. Elle n'est cohérente que si les personnes dont le débiteur répond en vertu de l'article 55 alinéa 1 CO ne sont pas des substituts au sens de l'article 399 CO.

378. En effet, lorsque l'intervention du substitut a été autorisée par le mandant et poursuit même ses intérêts, les obligations du mandataire sont limitées à la qualité du choix et des instructions données (art. 399 al. 2 CO). Si ces deux obligations sont convenablement exécutées, mais que le dommage eût été évité si le tiers avait été surveillé par le mandataire, ce dernier n'en répond pas. Il ne saurait répondre de la violation d'une obligation dont il n'est pas débiteur.

⁴⁵ TF, 14 mai 1985, JdT 1986 I 571, c. 3c ; ATF 110 II 456, c. 2, JdT 1985 I 378 ; BK-BREHM, CO 55 N 31 ss ; OETINGER/STARK, § 20 N 2 ; WERRO (responsabilité), N 436.

⁴⁶ TF, 14 mai 1985, JdT 1986 I 571, c. 3c ; ATF 110 II 456, c. 2, JdT 1985 I 378 ; BK-BREHM, CO 55 N 55 ss ; OETINGER/STARK, § 20 N 132 ss ; WERRO (responsabilité), N 470 ss.

⁴⁷ TF, 14 mai 1985, JdT 1986 I 571, c. 3c ; ATF 110 II 456, c. 3a, JdT 1985 I 378 ; BK-BREHM, CO 55 N 77 ss ; WERRO (responsabilité), N 477.

379. Si ce substitut devait également être qualifié d'auxiliaire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO, la situation du mandataire serait différente. Libéré sous l'angle contractuel, il serait responsable du dommage causé par le tiers, en raison du lien de causalité existant entre l'absence de surveillance et le préjudice⁴⁸.

380. Cette solution ne présente pas la cohérence que l'on est raisonnablement en droit d'attendre de notre système juridique. Si le mandataire ne répond pas du dommage sous l'angle contractuel, il n'est pas logique que le mandant dispose d'une prétention extracontractuelle (art. 55 al. 1 CO) pour obtenir réparation. Le simple fait que l'activité du tiers soit également constitutive d'un acte illicite ne saurait justifier cette opportunité. En limitant, dans des situations particulières, les obligations du mandataire, le législateur ne peut avoir souhaité autoriser le mandant à se fonder sur le régime extracontractuel pour éviter les effets de la limitation. Si notre système juridique est cohérent, soit le mandataire a l'obligation de surveiller son substitut, soit il ne l'a pas.

381. La limitation des obligations du mandataire (art. 399 al. 2 CO) et l'admission de la qualité de substitut ne peuvent être envisagées que lorsque les conditions d'application de l'article 55 alinéa 1 CO ne sont pas réalisées, soit si le tiers n'est pas l'auxiliaire du mandataire au sens de cette disposition. La coordination des articles 55 et 399 CO permet de justifier la condition d'indépendance du substitut que tous les auteurs exigent sans pourtant en préciser le fondement. Elle permet également de s'inspirer de l'article 55 alinéa 1 CO pour identifier les critères de l'indépendance (N 403 ss).

b. L'article 399 alinéa 3 CO

382. L'article 399 alinéa 3 CO fonde également l'indépendance du substitut. La dérogation au principe de la relativité des conventions, que cette disposition implique, doit se justifier. Il convient de s'assurer que les prétentions directes accordées au mandant n'engendrent pas une charge supplémentaire pour le tiers (N 266). Les conditions de la substitution doivent notamment justifier la possibilité pour le mandant de donner des instructions au tiers, de résilier le contrat et de réclamer des dommages-intérêts⁴⁹.

383. L'attribution de ces droits s'explique si le tiers assume individuellement et personnellement l'exécution de l'obligation et s'il peut déterminer, en totale indépendance, les moyens à mettre en œuvre pour atteindre le but recherché par le mandant⁵⁰. S'il est subordonné au mandataire, le substitut ne peut pas raisonnablement assumer la réparation du dommage du créancier. En

⁴⁸ BK-BREHM, CO 55 N 91 ss ; OETINGER/STARK, § 20 N 146 ss ; WERRO (responsabilité), N 464.

⁴⁹ Sur les moyens ouverts au mandant contre le substitut, N 683 ss.

⁵⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 543.

étant le destinataire d'instructions rigides et en faisant partie d'une structure lourde qui l'empêche d'exécuter le service de manière autonome, les prétentions directes du mandant représentent une charge inadmissible pour le tiers. Il ne peut raisonnablement être considéré juridiquement comme le responsable direct de la violation d'une obligation qu'il n'a pas la possibilité d'exécuter comme il l'entend.

384. Nous verrons que la relation juridique, en vertu de laquelle le tiers intervient, n'est pas déterminante pour la substitution (N 866 ss). Nous sommes cependant d'avis qu'il ne peut s'agir d'un contrat de travail. Juridiquement, la position du travailleur ne dépend pas de sa qualité de substitut au sens de l'article 399 CO. S'il ne l'est pas, le mandataire peut lui donner des instructions (art. 321*d* CO), résilier son contrat de travail (art. 335 al. 1 et 337 CO) ou lui réclamer des dommages-intérêts (art. 321*e* CO). S'il est substitut, le mandant dispose contre lui des mêmes prétentions que le mandataire (art. 399 al. 3 CO). Les droits du mandant ne vont pas au-delà. Les obligations dont le travailleur a la charge sont identiques dans les deux hypothèses ; seule la personne du créancier ou son nombre dépendent de sa qualité de substitut.

385. Economiquement, la position du travailleur dépend, en revanche, largement de son éventuelle qualité de substitut au sens de l'article 399 CO. Les employeurs font rarement usage de leur prétention en dommages-intérêts contre leurs employés (art. 321*e* CO). Cela est dû aux conditions restrictives de la responsabilité du travailleur (N 388 ss), mais pas exclusivement. Les entreprises acceptent d'assumer la perte financière résultant de la faute de leurs employés, du moins lorsque le dommage n'est pas considérable et qu'il n'a pas été causé intentionnellement. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit en 1972, le Tribunal fédéral n'a publié que deux décisions portant significativement sur l'article 321*e* CO⁵¹, ce qui démontre que les procédures ne sont pas nombreuses.

386. L'employeur qui subit directement un dommage ou qui doit indemniser un tiers en raison de la négligence de son employé dispose d'autres moyens contre lui que l'action en dommages-intérêts. Il peut l'avertir, lui refuser une promotion, lui refuser une prime, voire le licencier. L'exception que représente l'action en dommages-intérêts se justifie. Celui qui dispose d'employés maximise ses profits. Il doit tolérer également les pertes inévitables imposées par toute délégation de l'activité commerciale. Le risque est d'ailleurs raisonnable et calculé.

387. L'article 399 alinéa 3 CO ne peut pas avoir pour conséquence de modifier cette réalité économique. En autorisant le mandant à agir directement contre l'employé, le risque est grand que ce dernier soit amené à indemniser le

⁵¹ ATF 123 III 257, JdT 1998 I 176 ; ATF 110 II 344 (f).

mandant d'une somme que l'employeur, condamné à verser au mandant (art. 101 al. 1 CO), ne répercuterait pas nécessairement sur le travailleur.

388. Pour des motifs d'équité, les juridictions du travail sont réticentes à condamner l'employé. Or, si le demandeur n'est pas l'employeur, mais un mandant désargenté, ces considérations d'équité pourraient ne pas être prises en compte. L'équilibre entre employeurs et employés que connaissent généralement ces juridictions entend protéger les intérêts de l'une et l'autre des parties. Si elles ne sont pas liées contractuellement par un contrat de travail, cette représentation équitable n'a pas les effets escomptés.

389. Pour des raisons évidentes, le droit de résiliation, qu'il faut également accorder au mandant en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO (N 696 ss), ne se justifie pas s'il est dirigé contre un employé. Ce n'est pas aux partenaires contractuels de l'employeur de décider si l'employé qui a exécuté le travail imparfaitement doit être remercié.

390. Si la nature du contrat conclu par le tiers ne modifie que sa position économique, elle influence, en revanche, la position juridique du mandant lorsque l'intervention du tiers est autorisée et justifiée au sens de l'article 399 alinéa 2 CO. Si un employeur confie une activité à un travailleur qui ne dispose pas des connaissances nécessaires, ce dernier n'est responsable d'une violation contractuelle que si l'employeur ignorait son manque de compétence et qu'il ne pouvait pas le connaître⁵². Le droit du travail ne connaît pas le principe de l'*Übernahmeverschulden* du travailleur⁵³. Ce dernier ne viole pas son obligation contractuelle par le simple fait qu'il exécute une activité pour laquelle il ne dispose pas des compétences. De plus, dans certaines activités, l'employé ne peut pas éviter de commettre des fautes, même s'il fait preuve de la diligence due. C'est le cas notamment de celui qui est chargé de la conduite d'un véhicule sur la voie publique⁵⁴.

391. Si l'employé était responsable de toute faute dans ce type d'activité, le risque professionnel serait à sa charge, ce que le droit du travail n'admet pas⁵⁵. En cas de faute légère, la responsabilité du travailleur n'est en réalité que rarement engagée⁵⁶ et lorsque les conditions de la responsabilité du travailleur sont réalisées, le juge prononce souvent en équité et en fonction de la situation économique des parties⁵⁷. En d'autres termes, l'indemnité due par le travailleur ne correspond, même en cas de faute grave, pas nécessairement au dommage subi par l'employeur, respectivement son cocontractant.

⁵² Dans ce sens : CR-AUBERT, CO 321e N 2 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 9 ss.

⁵³ *Contra* : Bak-PORTMANN, CO 321e N 2.

⁵⁴ CR-AUBERT, CO 321e N 3 ; Bak-PORTMANN, CO 321e N 6 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 23 ss.

⁵⁵ CR-AUBERT, CO 321e N 3.

⁵⁶ CR-AUBERT, CO 321e N 6.

⁵⁷ CR-AUBERT, CO 321e N 5.

392. Par conséquent, si un employé pouvait être qualifié de substitut, la situation juridique du mandant serait péjorée. Le mandataire pourrait, à certaines conditions, s'exonérer en vertu de l'article 399 alinéa 2 CO sans qu'une prétention contre l'employé, fondée sur les articles 399 alinéa 3 et 321e CO, ne permette au mandant d'obtenir une pleine indemnité. Le législateur ne peut avoir souhaité cette solution.

3. Les critères de l'indépendance

393. Le tiers peut être qualifié de substitut, au sens de l'article 399 CO, au regard de l'indépendance qui caractérise sa relation avec le mandataire lorsqu'il n'est pas son organe (N 394 ss) et lorsqu'il n'est ni son employé (N 398 ss), ni son auxiliaire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO (N 403 ss).

a. Le tiers n'est pas l'organe du mandataire

394. Une personne morale qui fait exécuter une obligation par l'un de ses organes fournit personnellement la prestation, puisque l'organe est inclus dans sa personnalité⁵⁸. L'exécution de l'obligation n'étant pas transférée au sens des articles 398 alinéa 3 et 399 CO, l'organe ne peut pas être le substitut de la personne morale.

395. L'organe et la personne morale forment une unité⁵⁹. Les deux premiers alinéas de l'article 55 CC sont en effet libellés ainsi :

« ¹ La volonté d'une personne morale s'exprime par ses organes.

² Ceux-ci obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits. »

396. L'organe n'est pas seulement la personne physique formellement chargée de tâches de nature sociétaire. Il est également celui qui, dans les faits, participe de manière décisive à la formation de la volonté de la personne morale. Ce n'est pas seulement celui à qui est confiée la direction de la personne morale, mais également celui qui, en fait, la prend en charge⁶⁰.

397. Prenons l'hypothèse où trois conseillers en entreprise fondent une société anonyme, dont le but est de fournir un service de conseil dans divers domaines commerciaux. Une entreprise prend contact avec la société et lui confie l'audit organisationnel de sa fabrique. L'audit et le rapport sont rédigés conjointement par deux des trois actionnaires, lesquels sont par ailleurs administrateurs de la société. La société anonyme ne se substitue pas ses deux

⁵⁸ ATF 54 II 250, c. 1, JdT 1929 I 38 ; Bak-HUGUENIN, CC 54/55 N 6 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 138.

⁵⁹ Bak-HUGUENIN, CC 54/55 N 9.

⁶⁰ ATF 124 III 418 (f), c. 1b ; ATF 122 III 225, c. 4b, JdT 1997 I 195 ; ATF 117 II 57, c. 3, JdT 1993 I 80 ; Bak-HUGUENIN, CC 54/55 N 13 ; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 138 s.

administrateurs ; elle exécute au contraire personnellement, mais par le truchement de deux de ses organes, le service qu'elle a promis à l'entreprise.

b. *Le tiers n'est pas l'employé du mandataire*

398. Le tiers n'est pas indépendant s'il est lié au mandataire par un contrat de travail (art. 319 ss CO). Un travailleur est une personne physique⁶¹ au service de l'employeur, qui lui est subordonnée⁶², qui déploie une activité dans la durée⁶³ et qui reçoit un salaire⁶⁴. Le lien de subordination représente l'élément déterminant⁶⁵. Il se caractérise généralement par quatre composantes : temporelle, spatiale, hiérarchique et économique.

399. La personne physique est subordonnée à raison du temps si son cocontractant lui fixe des horaires de travail qu'elle doit respecter⁶⁶. Elle l'est à raison de l'espace s'il désigne les locaux dans lesquels l'activité physique ou intellectuelle de la personne physique doit être exécutée⁶⁷. La composante hiérarchique est réalisée s'il lui donne des instructions et la surveille⁶⁸. Enfin, lorsque la personne compte sur la rémunération prévue pour assurer sa subsistance⁶⁹, elle lui est subordonnée économiquement⁷⁰.

400. Ce dernier élément n'est pas suffisant pour retenir la subordination⁷¹. Il en est néanmoins un indice fort. Lorsque la personne physique dispose de nombreux partenaires commerciaux, que les rentrées d'argent sont diverses et que la résiliation d'un rapport contractuel n'aurait une influence que relative sur sa santé financière, elle n'est généralement pas un employé. A l'inverse, lorsqu'une portion importante de son temps est consacrée, dans la durée, au même bénéficiaire, son activité est en principe soumise aux articles 319 ss CO.

401. Ces critères de subordination ne sont pas toujours réunis au même degré. Il faut donc se fonder sur l'image globale, l'intégration de l'intéressé

⁶¹ CR-AUBERT, CO 319 N 26 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 4.

⁶² CR-AUBERT, CO 319 N 1 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 14 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 26 ss.

⁶³ CR-AUBERT, CO 319 N 1 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 11 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 16 ss.

⁶⁴ CR-AUBERT, CO 319 N 1 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 12 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 23 ss. Sous réserve de l'article 320 alinéa 2 CO, l'absence de salaire indique que les parties ne sont pas liées par un contrat de travail (CR-AUBERT, CO 319 N 14 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 13 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 24).

⁶⁵ ATF 112 II 41 (f), c. 1a/aa.

⁶⁶ CR-AUBERT, CO 319 N 8. Qualifié d'indice par Bak-PORTMANN, CO 319 N 16 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 28.

⁶⁷ CR-AUBERT, CO 319 N 9. Qualifié d'indice par Bak-PORTMANN, CO 319 N 16 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 28.

⁶⁸ CR-AUBERT, CO 319 N 10 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 16 ; ZK-STAEHELIN, CO 319 N 27.

⁶⁹ ZK-STAEHELIN, CO 319 N 29.

⁷⁰ ZK-STAEHELIN, CO 319 N 29. *Contra* : CR-AUBERT, CO 319 N 24, pour qui la composante économique n'est pas déterminante.

⁷¹ ZK-STAEHELIN, CO 319 N 29.

dans l'entreprise du cocontractant⁷² et divers indices, tels que la convention d'un délai de congé, de vacances, d'une rémunération en cas de maladie ou d'une interdiction de concurrence⁷³.

402. L'avocat-stagiaire ne peut pas être le substitut de son maître de stage⁷⁴. Ce dernier lui désigne son lieu de travail, lui fixe ses horaires, lui donne des instructions et surveille son activité. Si sa rémunération est généralement peu élevée, elle est nécessaire à sa subsistance, de sorte qu'il est, dans la majorité des cantons, considéré à juste titre comme un travailleur⁷⁵.

c. Le tiers n'est pas l'auxiliaire du mandataire (art. 55 al. 1 CO)

403. Lorsque le tiers n'est ni l'organe, ni l'employé du mandataire, il ne bénéficie pas nécessairement de l'indépendance suffisante pour être qualifié de substitut. Il faut encore qu'il ne soit pas l'auxiliaire du mandataire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO. Est un tel auxiliaire celui qui, sans recevoir de rémunération ou sans même être lié contractuellement au débiteur⁷⁶, lui est personnellement subordonné⁷⁷. Seule est déterminante la relation de fait⁷⁸. Toute relation de durée ou temporaire entre deux personnes dans laquelle l'une des deux est sous les ordres de l'autre, pour une affaire particulière, suffit pour l'application de l'article 55 alinéa 1 CO⁷⁹. L'auxiliaire reçoit des instructions⁸⁰. Il ne dispose que d'une marge de décision limitée⁸¹.

404. Ne peut donc être un substitut que le tiers qui n'est personnellement pas subordonné au mandataire, soit qui n'est, dans les faits et au moment de l'exécution de sa prestation, pas sous ses ordres.

405. Le substitut selon l'article 399 CO bénéficie nécessairement d'une marge de manœuvre suffisante pour déterminer lui-même les mesures à mettre en œuvre pour exécuter son obligation⁸². Il importe, en revanche, peu que le mandataire le surveille pour s'assurer que le travail est effectué

⁷² CR-AUBERT, CO 319 N 12.

⁷³ CR-AUBERT, CO 319 N 19 ; Bak-PORTMANN, CO 319 N 16.

⁷⁴ Quant au résultat, voir : ATF 117 II 563 (f), c. 3a.

⁷⁵ Aujourd'hui encore, certains avocats-stagiaires vaudois sont considérés comme des indépendants. Cette qualification est virtuelle, dans la mesure où l'ensemble de ces critères sont réalisés dans les faits. Eux aussi doivent donc être appréhendés comme des auxiliaires ordinaires de leur maître de stage.

⁷⁶ ATF 50 II 469, c. 2, JdT 1925 I 53 ; BK-BREHM, CO 55 N 7 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 66 ; WERRO (responsabilité), N 447.

⁷⁷ ATF 61 II 339 (f), c. 2 ; ATF 46 II 122, c. 2, JdT 1920 I 455 ; ATF 41 II 494, c. 3, JdT 1916 I 6 ; BK-BREHM, CO 55 N 6 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 60 ; WERRO (responsabilité), N 447.

⁷⁸ BK-BREHM, CO 55 N 7 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 64 ; WERRO (responsabilité), N 447.

⁷⁹ BK-BREHM, CO 55 N 6 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 60.

⁸⁰ BK-BREHM, CO 55 N 9 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 60 ; WERRO (responsabilité), N 449.

⁸¹ WERRO (responsabilité), N 449.

⁸² BK-FELLMANN, CO 398 N 543.

correctement. Lorsqu'un mandant surveille l'activité de son mandataire, l'indépendance de ce dernier n'est en effet pas contestée.

406. Cette condition peut être illustrée par un exemple médical. Un patient doit être opéré à la hanche par son chirurgien. L'intervention et l'hospitalisation ont lieu dans une clinique privée. Trois relations contractuelles sont conclues. Le patient et le chirurgien sont liés par un contrat de mandat. Le patient et la clinique sont liés par un contrat innommé mixte, comprenant notamment des prestations soumises au contrat de mandat (soins infirmiers) et au contrat de bail (hébergement). Le chirurgien et la clinique concluent un contrat innommé portant sur la mise à disposition du matériel opératoire, de la salle d'opération et de plusieurs infirmières⁸³.

407. Le chirurgien confie aux infirmières une partie de l'activité qu'il a promise globalement à son patient, puisqu'elles ont pour fonction de l'assister pendant l'opération, de préparer le matériel opératoire, cas échéant de contrôler les fonctions vitales du patient. Indirectement, par le biais de ses employées, la clinique intervient également dans l'exécution des prestations promises par le chirurgien. Dans sa relation avec le patient, le chirurgien a deux possibles substituts au sens de l'article 399 CO : la clinique et les infirmières.

408. Les infirmières ne sont pas les substituts du chirurgien. Elles ne lui sont pas liées par un contrat de travail, mais elles sont les destinataires de directives précises sur la manière d'exécuter leur prestation. Malgré l'absence de relation contractuelle, elles lui sont directement subordonnées. Elles ne disposent pas de la possibilité de déterminer librement la manière d'atteindre les objectifs fixés par le chirurgien. Les infirmières sont donc les auxiliaires du mandataire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO, de sorte qu'elles ne peuvent être ses substituts.

409. La clinique n'est pas le substitut du chirurgien, nonobstant le fait qu'elle exécute indirectement des prestations qu'il a promises et qu'elle dispose en principe d'une totale indépendance juridique et technique. Les organes de la clinique ne reçoivent en effet pas de directives sur la manière de gérer leur établissement ou celle d'instruire et former leurs employés. Néanmoins, les personnes à qui la clinique confie l'exécution du service promis et qui, à ce titre, la représentent sont les infirmières. Celles-ci sont techniquement dépendantes du chirurgien, de sorte que cette dépendance technique est répercutée sur la clinique.

⁸³ Sur l'application de l'article 399 CO aux contrats innommés, voir N 831 ss.

4. Synthèse

410. Les composantes juridique et technique sont à notre sens déterminantes pour évaluer l'indépendance du tiers. Ce dernier est suffisamment indépendant du mandataire s'il n'est ni son organe (art. 55 CC), ni son employé (art. 319 ss CO) ou son auxiliaire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO, et peut donc être un substitut au sens de l'article 399 CO.

411. Seule est donc pertinente la possibilité pour le tiers d'exécuter le service en toute liberté et selon les modalités qu'il détermine lui-même. Il est qualifié de substitut s'il dispose réellement de l'opportunité de déterminer, personnellement, librement et en pleine responsabilité, les moyens qu'il entend mettre en œuvre pour atteindre l'objectif fixé. Ce n'est, en effet, qu'à ces conditions qu'il se justifie qu'il réponde directement de ses actes à l'égard du mandant (art. 399 al. 3 CO).

412. Une éventuelle dépendance économique n'empêche pas la qualification de substitut au sens de l'article 399 CO. Le fait d'être financièrement dépendant des mandats qui lui sont « sous-traités » par le mandataire n'empêche pas le tiers d'être qualifié de substitut, puisque cela ne remet pas en cause la possibilité de juger librement des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif fixé par le mandant ou le mandataire.

413. Nous l'avons mentionné (N 371), dans un arrêt du 25 novembre 1949, le *Handelsgericht* bernois a soumis la responsabilité d'un commissionnaire-expéditeur à l'article 101 alinéa 1 CO pour les actes de la société à qui il avait confié une partie du service promis à l'expéditeur⁸⁴. La société intervenue sur demande du commissionnaire-expéditeur avait été fondée et était entièrement détenue par ce dernier⁸⁵. Le *Handelsgericht* bernois a considéré que l'entreprise tierce ne disposait pas de l'indépendance économique nécessaire pour être qualifiée de substitut.

414. A notre sens, ce fait n'empêche pas la société intervenante de déterminer librement son activité et donc d'assumer une éventuelle responsabilité (art. 399 al. 3 CO). Ce lien économique n'interdit pas la qualification de substitution au sens de l'article 399 CO et l'action directe qui en découle. En revanche, la substitution ne poursuit pas exclusivement les intérêts du mandant, puisque le mandataire augmente ses profits grâce à la substitution (N 527 ss). Le commissionnaire-expéditeur répond donc des actes du sous-expéditeur comme des siens (art. 399 al. 1 CO).

⁸⁴ HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2c.

⁸⁵ HG, 25 novembre 1949, RSJB 1950 416, c. 2b.

415. Selon le même raisonnement, l'avocat d'une étude totalement intégrée⁸⁶ qui confie une partie d'un dossier à un associé se substitue ce dernier, quand bien même il aurait un intérêt financier à la substitution. L'intervention de l'associé doit être qualifiée d'indue, au sens de l'article 399 alinéa 1 CO, puisqu'elle ne poursuit pas exclusivement les intérêts du mandant.

416. Enfin, le fait que le mandataire surveille le tiers n'est pas déterminant non plus. Une éventuelle surveillance n'empêche pas ce dernier d'exécuter sa prestation librement et d'assumer une éventuelle mauvaise exécution à l'égard du mandant. Même s'il n'en a pas réellement l'obligation en cas de substitution justifiée (art. 399 al. 2 CO), il est normal que le mandataire s'intéresse, notamment, à l'état d'avancement de l'exécution de la prestation.

E. L'intervention du tiers à l'initiative du mandataire

417. L'intervention du tiers doit en principe résulter d'une initiative du mandataire. Les libellés des articles 398 alinéa 3 et 399 alinéa 1 CO sont à cet égard clairs. La responsabilité du mandataire fondée sur l'article 399 alinéa 1 CO porte sur les « actes de celui qu'il [le mandataire] s'est indûment substitué ». Le mandataire apparaît comme la personne active. Si le législateur avait envisagé une demande du mandant, il aurait fondé la responsabilité du mandataire sur les actes de celui que le mandant lui a substitué, voire sur ceux de celui qui lui a été substitué. L'article 398 alinéa 3 CO précise par ailleurs que le mandataire peut être autorisé à transférer le mandat à un tiers. Le débiteur principal est le sujet actif ici également. C'est par son biais que le tiers intervient.

418. L'initiateur de l'intervention du tiers permet de distinguer la substitution au sens de l'article 399 CO de la conclusion directe d'un rapport contractuel entre le mandant et le tiers. Contrairement à une majorité écrasante de la doctrine⁸⁷, nous soutenons qu'une relation contractuelle entre le mandant et le tiers n'exclut pas la qualification de substitution et l'application de l'article 399 CO. Il faut cependant que cette relation contractuelle résulte de l'intervention du mandataire, soit que celui-ci ait représenté directement le mandant (art. 32 al. 1 CO) (N 885 ss).

⁸⁶ Une étude d'avocats totalement intégrée est une étude dont les associés se partagent, par exemple, par tête ou en fonction d'un pourcentage déterminé à l'avance les bénéfices résultant de l'activité de tous.

⁸⁷ BK-BECKER, CO 399 N 1 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 564 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 5 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; Bak-WEBER, CO 398 N 6 ; CR-WERRO, CO 398 N 6.

419. L'enjeu de la distinction entre la conclusion d'une convention directe et la substitution au sens de l'article 399 CO se situe au premier alinéa de cette dernière norme. Lorsque l'intervention du tiers ne poursuit pas les intérêts du mandant, ce dernier ne dispose d'une prétention en dommages-intérêts contre le mandataire qu'en cas de substitution. Si le mandant confie lui-même une activité à un second prestataire de services, il ne peut plus s'agir d'une substitution, de sorte que l'article 399 alinéa 1 CO ne s'applique pas.

420. Nous abordons dans un premier temps les hypothèses principales (N 421 ss). Nous présentons ensuite trois cas d'application particuliers (N 425 ss), la question importante des modalités de la représentation du mandant étant traitée ultérieurement, soit au stade de l'extension de la notion de substitution (N 885 ss).

1. Les hypothèses principales

421. Dans de nombreuses activités soumises aux règles du contrat de mandat, certains prestataires fournissent des services de nature généraliste, d'autres d'un type beaucoup plus spécialisé. Lorsque le client d'un mandataire généraliste est dirigé vers un confrère spécialisé, une substitution au sens de l'article 399 CO peut être envisagée. Le plus souvent, le client conclut cependant directement une convention avec le second mandataire.

422. Si l'intervention d'un médecin spécialisé est parfois qualifiée de substitution en doctrine⁸⁸, elle résulte régulièrement d'une demande du patient. Lorsque le patient régulier d'un médecin généraliste consulte ce dernier pour des maux répétitifs dans la poitrine, le médecin devrait lui suggérer de requérir le diagnostic d'un cardiologue. En pratique, le patient consulte directement le cardiologue conseillé, en prenant lui-même rendez-vous. L'intervention du second praticien résulte donc d'une offre du mandant, de sorte qu'un contrat direct entre le mandant principal et le tiers est conclu et qu'il ne s'agit pas d'une substitution au sens de l'article 399 CO.

423. En principe, le tiers effectue une prestation que le médecin généraliste n'a pas promise ou a renoncé à fournir, puisqu'en raison de la nécessité de consulter un spécialiste, il a lui-même indiqué implicitement à son patient que ses compétences n'étaient pas suffisantes. En admettant les limites de ses compétences et en lui suggérant le nom d'un praticien spécialisé, le médecin met implicitement un terme à la relation contractuelle qui le lie à son patient (art. 404 al. 1 CO). Il met fin à ses obligations en indiquant le nom du tiers, mais engage éventuellement sa responsabilité si le conseil prodigué s'avère ne pas avoir été donné de manière diligente (art. 398 al. 1 et 2 CO).

⁸⁸ HOFSTETTER, 98.

424. Certes, il arrive que le généraliste prenne, lui-même ou par le biais de son secrétariat, le rendez-vous pour le patient. Ce dernier, qui donne son accord, est donc représenté directement par le généraliste et lié au cardiologue par un contrat de mandat. L'impulsion provient du généraliste, mais le médecin spécialisé n'exécute pas une prestation que le mandataire initial s'est globalement engagé à exécuter⁸⁹. Pour cette raison, il ne s'agit pas d'une hypothèse de substitution au sens de l'article 399 CO.

2. Les cas particuliers

a. *Le mandataire remplacé en ses locaux*

425. Les médecins, les avocats et les notaires prennent des vacances, peuvent être malades ou astreints au service militaire. Pendant leurs absences, certains confient les clés de leur cabinet à un tiers qui les remplace ou dirigent leurs patients vers leurs confrères du même cabinet de groupe. L'application de l'article 399 CO à ses hypothèses dépend des circonstances, nombreuses en pratique.

426. Lorsqu'une personne prend pour la première fois contact avec un médecin pour fixer rendez-vous et qu'on lui répond que le médecin est remplacé par un confrère pendant quelques semaines ou qu'elle sera dirigée vers un autre praticien du groupe, la personne dispose d'un choix, celui de consulter ou non le remplaçant. Si elle accepte d'être reçue, elle se lie logiquement directement au remplaçant par un contrat de mandat. N'étant pas lié contractuellement avec le patient, le médecin remplacé ne se substitue pas le remplaçant. L'intervention de ce dernier résulte exclusivement d'une initiative du patient.

427. La situation est inverse si le patient dispose d'un rendez-vous avec le médecin et qu'il ne constate son absence qu'une fois au cabinet. Il a la possibilité théorique de refuser l'intervention du remplaçant. En pratique, il a fixé rendez-vous avec le médecin depuis quelque temps, il a annoncé son absence à son employeur, il s'est déplacé. Il ne dispose donc pas d'un véritable choix. En consultant le remplaçant, il n'en requiert pas lui-même l'intervention, mais accepte celle, dont l'origine est à mettre sur le compte du médecin absent. Il s'agit, dès lors, d'un cas de substitution au sens de l'article 399 CO.

428. Au-delà de ces deux hypothèses opposées, restent celles qui sont plus délicates. Le patient est d'ores et déjà en traitement. Son taux de sucre dans le sang est trop élevé, raison pour laquelle, il doit le contrôler tous les six mois. Ce délai étant échu, le patient téléphone à son médecin pour fixer un rendez-

⁸⁹ Sur cette condition : N 321 ss.

vous. On lui apprend que le praticien est absent, mais qu'il est remplacé par un confrère en ses locaux. Si le patient consulte le remplaçant, il est possible de considérer que l'intervention de celui-ci résulte de l'initiative de celui-là.

429. Toutefois, le patient consulte généralement le même médecin. Ce dernier est le seul à disposer de son dossier et connaît sa pathologie et les moyens adéquats de la traiter. Le patient ne bénéficie donc pas réellement d'un choix. Le remplaçant, instruit par son confrère et en possession du dossier, apparaît comme la personne la plus indiquée pour recevoir le patient en l'absence du médecin habituel. On peut également soutenir que l'intervention du tiers résulte d'une demande du médecin absent, puisque c'est lui qui a confié les clés de son cabinet ou instruit son secrétariat pour que le patient soit redirigé. L'application de l'article 399 CO dépend, à notre sens, de la suite donnée à la relation médicale.

430. Si à l'avenir, le patient poursuit son traitement auprès du remplaçant et ne consulte plus le médecin initial, cette disposition ne s'applique pas. Le patient manifeste sa volonté de mettre fin aux relations contractuelles (art. 404 al. 1 CO) et de conclure une convention directe avec le remplaçant. Il n'y a pas de raison d'empêcher les effets de cette volonté de rétroagir au moment de la première consultation.

431. A l'inverse, si le patient reste en traitement auprès du médecin habituel, le remplaçant permet à celui-ci de conserver sa clientèle. Il effectue une prestation globalement promise par le médecin initial. Il rend une partie d'un service presque entièrement fourni par le mandataire principal. L'intervention du remplaçant doit donc être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO.

432. Lorsque l'intervention du tiers ne peut être exclusivement attribuée au mandant ou au mandataire, la deuxième condition de la substitution permet de déterminer l'application de l'article 399 CO (N 321 ss). Si le tiers effectue une prestation globalement promise par le mandataire, la disposition s'applique. Si au contraire, cette prestation apparaît indépendante de celle du mandataire initial, le mandant et le tiers sont directement liés et ce dernier n'apparaît pas comme le substitut du mandataire.

433. Dans un arrêt du 1^{er} avril 1953, l'*Obergericht* zurichois a jugé les faits suivants⁹⁰ :

Le Dr. S. remet, pendant ses vacances, son cabinet médical à l'étudiant en médecine B., lequel est sur le point de passer les examens d'état. Pendant la période de remplacement, Sch. tombe d'une échelle et est conduit au cabinet médical de S. Le remplaçant B. l'ausculte et procède à des radiographies. Il ne découvre rien. Les douleurs ne disparaissant pas, B. envoie le patient à l'hôpital

⁹⁰ OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352.

cantonal le lendemain. Une luxation de l'épaule est identifiée et l'articulation est traitée. La tardiveté de l'intervention a néanmoins provoqué un endommagement des nerfs et une paralysie durable. Sch. réclame des dommages-intérêts à S.

434. L'*Obergericht* zurichois a qualifié B. de substitut au sens de l'article 399 CO. On peut regretter que la juridiction n'est pas au moins envisagé que Sch. ait pu conclure directement une convention avec B. Les faits sont d'ailleurs un peu succinctement exposés pour trancher. A certaines conditions, la solution retenue par les juges est soutenable en application des principes que nous venons de développer.

435. En admettant que Sch. ait souhaité se faire soigner par le Dr. S., parce qu'il s'agit de son médecin de confiance, en possession de son dossier médical complet, il peut être difficilement exigé de Sch. qu'il fasse le choix d'un autre médecin une fois qu'il constate que S. est absent de son cabinet. Avec l'épaule endolorie, il n'est pas en position de refuser la prestation du remplaçant.

436. Si au contraire, S. a été choisi totalement par hasard, son cabinet étant par hypothèse le plus proche du lieu de l'accident et Sch. ne le connaissant en réalité pas véritablement, B. n'est pas le substitut de S. au sens de l'article 399 CO. Il importe en réalité peu à Sch. d'être traité par S. ou par B., puisque le choix s'est fait sur le hasard. Par conséquent, en entrant dans le cabinet et en acceptant de se faire soigner par B., Sch. s'engage directement avec ce dernier.

b. La requête d'un auxiliaire ou d'un substitut

437. De manière évidente, la requête ne doit pas être absolument effectuée par le mandataire lui-même. L'initiative peut venir de son auxiliaire ordinaire ou de son substitut au sens de l'article 399 CO.

438. Lorsqu'un chef d'étude confie, pendant ses vacances, la gestion de l'ensemble des dossiers à son avocat-stagiaire, il arrive parfois que ce dernier, débordé, demande à un avocat breveté d'une autre étude de représenter l'un des clients lors d'une audience. Dans une telle hypothèse, le chef d'étude se substitue son confrère en raison de l'intervention de son auxiliaire dépendant (avocat-stagiaire).

439. Dans le cadre d'un virement bancaire, la banque du bénéficiaire n'intervient le plus souvent pas sur l'initiative de la banque du donneur d'ordre (mandataire). Par le système SIC (interne) et euroSIC (européen), des institutions intermédiaires (substituts) participent à l'exécution du virement et confient l'ordre de crédit à la banque du bénéficiaire. Cela n'empêche pas cette dernière d'être qualifiée de substitut de la banque du donneur d'ordre⁹¹.

⁹¹ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359.

c. *Le tiers imposé par le mandant*

440. Certains auteurs considèrent que le tiers, imposé par le mandant, n'est pas le substitut du mandataire. Heinrich HONSELL estime ainsi que l'exécution d'un ordre de virement par la banque du bénéficiaire n'est, en principe, pas une hypothèse de substitution au sens de l'article 399 CO⁹². Lorsque le donneur d'ordre confie à sa banque le soin de transférer une somme d'argent à un tiers dans une autre banque, il l'oblige à faire usage des services de la banque du bénéficiaire. La banque du donneur d'ordre n'a pas la possibilité juridique et technique d'exécuter seule le mandat qui lui est confié.

441. Nous pensons qu'il n'est pas déterminant que le substitut ait été imposé par le mandant⁹³. Le Tribunal fédéral considère, à raison, que la banque du bénéficiaire exécute une activité globalement promise par la banque du donneur d'ordre⁹⁴. Cette dernière ne dispose, certes, d'aucun choix pour l'exécution finale du service, mais cela ne modifie en rien la position de la banque du bénéficiaire. Pour la fourniture de son service, elle dispose d'une autonomie totale et de la possibilité d'en déterminer les modalités librement. Il n'y a donc pas de raison de la protéger en empêchant le mandant de faire valoir contre elle des droits de nature contractuelle.

442. En cas d'intervention autorisée et justifiée du tiers, comme dans cette hypothèse, les obligations du mandataire sont limitées à la qualité du choix du substitut et des instructions données (art. 399 al. 2 CO). Heinrich HONSELL y voit l'argument empêchant la qualification de substitution au sens de l'article 399 CO⁹⁵. Il soutient que cette conséquence juridique est inapplicable au virement bancaire lorsque le mandataire n'a pas l'obligation de choisir le tiers avec soin, soit lorsque celui-ci est imposé par le mandant.

443. En réalité, rien n'empêche les parties de limiter davantage les obligations du mandataire en cas de substitution autorisée et justifiée (art. 19 al. 1 CO). C'est ce qu'elles font implicitement lorsque le mandant impose un substitut à son mandataire. L'obligation de choisir le substitut avec soin ne naît tout simplement pas.

F. Synthèse

444. La qualification de substitution au sens de l'article 399 CO suppose la réalisation de cinq conditions. La première appréhende le rapport de base, soit

⁹² HONSELL, 315.

⁹³ ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521.

⁹⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359.

⁹⁵ HONSELL, 315.

le contrat liant le mandant au mandataire. Il doit être, en principe, soumis aux articles 394 ss CO, soit au contrat de mandat proprement dit. Nous verrons néanmoins que l'application de l'article 399 CO se justifie dans d'autres hypothèses (N 828 ss).

445. Les deuxième et troisième conditions portent sur la prestation du tiers. Celui-ci doit fournir une activité globalement promise par le mandataire. Il importe peu qu'elle soit importante, qualitativement ou quantitativement. Il n'est pas non plus nécessaire qu'elle ait été, techniquement ou juridiquement, exécutable par le mandataire. Il suffit que cette prestation fasse objectivement partie des mesures nécessaires au but que le mandant a fixé au mandataire.

446. La prestation du tiers doit être positive et poursuivre principalement les intérêts du mandant. L'article 399 alinéa 3 CO suppose, de plus, que le mandant soit le destinataire final de l'activité du substitut pour qu'il puisse faire valoir des prétentions directes contre ce dernier.

447. L'indépendance du tiers est la quatrième condition nécessaire à la qualification de substitution au sens de l'article 399 CO. Au regard du principe de la relativité des conventions, sa qualité de débiteur à l'égard du mandant, malgré l'absence fréquente de relations contractuelles, ne peut se justifier que si le tiers assume la responsabilité de l'exécution de la prestation qui lui est confiée. Il doit effectivement pouvoir déterminer librement la manière d'exécuter son activité. Ce ne peut être le cas que si le tiers n'est ni l'organe (art. 55 CC), ni l'employé (art. 319 ss CO), ni l'auxiliaire du mandataire au sens de l'article 55 alinéa 1 CO.

448. L'intervention du tiers doit enfin résulter d'une initiative du mandataire. Si elle est due au mandant, une convention directe est, en principe, conclue entre ce dernier et le tiers, de sorte que le mandataire n'est pas concerné par leur convention et l'intervention du tiers ne peut être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO. Il importe, en revanche, peu que ce ne soit pas directement le mandataire qui requiert l'intervention du tiers, mais qu'elle se fasse par le biais de son auxiliaire ou de son substitut.

449. L'exemple suivant nous permet d'illustrer ces cinq conditions et de procéder à une analyse complète de la question de savoir si l'intervention d'un tiers peut être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO. Il porte sur les prestations d'un avocat.

450. Une entreprise consulte un avocat généraliste dans le but de constituer une société à responsabilité limitée. Si les connaissances juridiques du praticien lui permettent de rédiger les statuts, l'entreprise joint à sa requête une série de préoccupations de nature fiscale, qui nécessitent éventuellement un *ruling*, pour lequel l'avocat n'estime pas nécessairement avoir toutes les compétences. Tout en restant assez vague avec le client, l'avocat accepte le

mandat et indique au mandant qu'il utilisera probablement les services d'un confrère s'agissant des aspects fiscaux.

451. Traditionnellement, l'activité de l'avocat est soumise aux articles 394 ss CO, puisqu'elle est liée à certains éléments, en l'espèce, surtout les aspects fiscaux, qu'il ne peut totalement maîtriser (aléatoires). La relation entre le client et l'avocat est à ce titre soumise à l'application éventuelle de l'article 399 CO.

452. L'avocat ne promet pas à son client qu'il rédigera lui-même le *ruling*. Il laisse au contraire le client penser qu'un tiers participera activement aux négociations avec l'administration. L'avocat s'engage néanmoins à mettre en œuvre l'ensemble des moyens permettant à la future société de bénéficier d'arrangements fiscaux satisfaisants. Par conséquent, l'avocat spécialisé en droit fiscal, qui rédige finalement le *ruling*, effectue une activité globalement promise par l'avocat généraliste.

453. La prestation du fiscaliste est destinée principalement au client, même si le *ruling* est préalablement soumis à l'avocat généraliste pour signature.

454. L'avocat fiscaliste est indépendant de son confrère. Les collaborateurs à qui il confie la rédaction du *ruling* sont ni les organes, ni les employés de l'avocat généraliste. Ils ne sont par ailleurs pas ses auxiliaires au sens de l'article 55 alinéa 1 CO, de sorte que le fiscaliste reste indépendant techniquement. Lui et ses employés sont libres d'organiser le travail comme ils l'entendent. Ils sont destinataires d'instructions éventuelles de l'avocat généraliste, mais ces instructions ne vont pas au-delà de celles qu'un mandataire reçoit généralement de son mandant.

455. L'intervention de l'avocat spécialisé en droit fiscal provient enfin de l'initiative du premier juriste. C'est ce dernier qui prend contact et qui lui envoie les informations nécessaires à la négociation.

456. L'avocat fiscaliste est, par conséquent, le substitut de son confrère au sens de l'article 399 CO. Il est lié à ce dernier par un contrat de mandat et peut être débiteur de prétentions directes du client en application de l'article 399 alinéa 3 CO.

Quatrième partie : L'autorisation et la justification de la substitution

457. Les critères permettant d'identifier une substitution au sens de l'article 399 CO ayant été présentés, il convient désormais de distinguer les types de substitution pour déterminer, notamment, le fondement de la responsabilité du mandataire. La doctrine retient généralement deux types de substitution : « autorisée » et « non autorisée » (N 59). Est autorisée la substitution fondée sur l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 *in fine* CO. Le mandataire ne répond dans ce cas que du soin avec lequel il a choisi le tiers et lui a donné ses instructions (art. 399 al. 2 CO)¹. N'est pas autorisée celle qui ne se fonde sur aucun de ces motifs. Le mandataire répond des actes du tiers comme s'ils étaient siens (art. 399 al. 1 CO)².

458. Notre approche est différente pour deux raisons. Tout d'abord, lorsque le mandataire viole son obligation d'exécuter personnellement le mandat (art. 398 al. 3 CO), sa responsabilité ne peut être fondée exclusivement sur l'article 399 alinéa 1 CO³, comme le soutiennent ces auteurs. Le mandataire qui, par son comportement, viole fautivement une obligation ne doit pas répondre des actes du tiers comme des siens, mais de toutes les circonstances résultant de l'inexécution en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO. Cette responsabilité est plus étendue que celle fondée sur l'article 399 alinéa 1 CO (N 811 ss). Le mandataire qui procède à une substitution non autorisée répond selon les règles de la causalité. Il n'est pas nécessaire de rechercher si une faute, même hypothétique, lui est imputable ou si le comportement du substitut est fautif. Il suffit de démontrer que si le mandataire n'avait pas violé ses obligations en recourant au substitut, le dommage ne se serait pas produit⁴.

459. Ensuite, l'extension que nous proposons du champ d'application de l'article 399 CO, résultant notamment du refus d'élever l'intérêt poursuivi par la délégation au rang de condition de la substitution au sens de l'article

¹ HONSELL, 314 ; SCHNEEBERGER, 173 ; TERCIER (contrats), N 4655 ss ; CR-WERRO, CO 398 N 43.

² BK-FELLMANN, CO 399 N 18 ; HONSELL, 315 ; SCHNEEBERGER, 173 ; Bak-WEBER, CO 399 N 5 ; CR-WERRO, CO 398 N 43.

³ SCHWENZER, N 23.05, pour qui l'utilisation d'un substitut sans autorisation est une violation d'une obligation au sens de l'article 97 alinéa 1 CO.

⁴ VON TUHR/ESCHER, 122 s.

399 CO, nous empêche de lier l'application de l'article 399 alinéa 2 CO au simple respect de l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 *in fine* CO. L'intérêt poursuivi par la substitution intervient au contraire, à ce stade, pour distinguer les substitutions soumises aux deux premiers alinéas de l'article 399 CO (N 520 ss).

460. Ces considérations nous invitent à constater l'existence de trois types de substitution : les substitutions non autorisée, indue et justifiée (N 63). Une substitution est non autorisée lorsque aucune des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO n'est réalisée. Le mandataire qui se substitue un tiers, sans l'accord du mandant ou sans que l'usage ou les circonstances le lui permettent, viole l'une de ses obligations personnelles et répond du dommage causé par cette violation en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO.

461. Lorsqu'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO est réalisée, se pose la question de la justification de la substitution. Si le mandataire agit, au moins partiellement, dans son intérêt, la substitution est indue et il répond des actes du tiers comme des siens en vertu de l'article 399 alinéa 1 CO. A l'inverse, si l'intérêt du mandant ou d'un tiers désigné par lui est poursuivi, les obligations du mandataire sont essentiellement restreintes au choix du substitut et à la qualité des instructions données (art. 399 al. 2 CO). Le mandataire qui procède à une substitution justifiée peut, néanmoins, engager sa responsabilité en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO en cas de violation des obligations dont il reste débiteur.

462. Pour être en mesure d'analyser les exceptions à l'exécution personnelle, il convient dans un premier temps de présenter cette obligation (N 463 ss). Dans le chapitre XI, nous analysons les trois hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO (N 474 ss). Nous clôturons cette partie par l'examen de l'intérêt poursuivi par la substitution (N 520 ss).

Chapitre X : L'obligation de s'exécuter personnellement

463. L'obligation d'exécution personnelle du mandataire a deux volets. Elle se fonde partiellement sur l'article 68 CO (N 464 ss) et sur la disposition propre au contrat de mandat qu'est l'article 398 alinéa 3 CO (N 469 ss).

A. En général

464. Conformément à l'article 68 CO, « [le] débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même. » Cette disposition autorise, en principe, le débiteur à confier à un tiers le soin d'exécuter son obligation, ou une partie de celle-ci ; elle n'exige pas qu'il exécute son obligation personnellement¹. Le législateur a considéré qu'il était indifférent pour le créancier que le débiteur s'exécute lui-même ou qu'il fasse intervenir un tiers, pour autant que l'obligation soit correctement exécutée².

465. Le créancier n'a, en règle générale, pas d'intérêt particulier à ce que le débiteur s'exécute lui-même lorsque son obligation consiste à livrer une chose ou à verser une somme d'argent. L'obligation de livraison dans le contrat de vente (art. 184 al. 1 CO) ou celle de restituer une somme d'argent empruntée dans le contrat de prêt de consommation (art. 312 CO) peuvent valablement être exécutées par un tiers.

466. La situation est, en revanche, différente lorsque l'obligation consiste en un devoir d'abstention³ (obligation de non concurrence, obligation de garder le secret, etc.) ou en une prestation de services⁴, raison pour laquelle le législateur a notamment inséré des dispositions particulières dans les contrats de travail (art. 321 CO), d'entreprise (art. 364 al. 2 CO) ou de mandat (art. 398 al. 3 CO). L'autorisation de principe de l'article 68 CO souffre par ailleurs quelques exceptions lorsque les parties conviennent, implicitement ou explicitement⁵, que le débiteur doit s'exécuter personnellement⁶ ou lorsque la bonne exécution

¹ ZK-SCHRANER, CO 68 N 3 ss ; TERCIER (obligations), N 929.

² BK-WEBER, CO 68 N 5.

³ ZK-SCHRANER, CO 68 N 28 ; BK-WEBER, CO 68 N 27.

⁴ TERCIER (obligations), N 931 ; BK-WEBER, CO 68 N 24.

⁵ CR-HOHL, CO 68 N 2 ; BK-WEBER, CO 68 N 26.

⁶ CR-HOHL, CO 68 N 2 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 32 ss ; TERCIER (obligations), N 931 ; BK-WEBER, CO 68 N 26. Notons également que les parties peuvent, au contraire, prévoir que le débiteur doit s'adjoindre les services d'un tiers (ZK-SCHRANER, CO 68 N 34).

de la prestation promise dépend des qualités individuelles du débiteur⁷. C'est le cas lorsqu'elle est à tel point dépendante de ses capacités physiques, techniques, intellectuelles ou morales, que le contenu de l'obligation ne pourrait être le même si un tiers s'exécutait à sa place⁸. Il appartient en tous les cas au créancier de prouver un accord éventuel entre les parties ou que les circonstances impliquent une exécution personnelle⁹.

467. L'obligation pour le débiteur de s'exécuter personnellement, conformément à l'article 68 CO ou à une disposition de la partie spéciale du code des obligations, ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse pas s'adjoindre les services d'un tiers. Au contraire, sous réserve des exceptions mentionnées, le débiteur peut en principe faire usage d'auxiliaires dépendants, pour autant qu'il garde une influence déterminante sur l'exécution de l'obligation, en d'autres termes, qu'il en garde le poids matériel¹⁰. En fonction du type de prestation convenue, le tiers peut préparer l'exécution de l'obligation ou aider le débiteur, mais aussi offrir des parts importantes de la prestation, voire l'ensemble de celle-ci. L'exécution par un tiers, sous la direction et la surveillance du débiteur, est donc souvent suffisante au regard de l'article 68 CO¹¹.

468. L'obligation d'exécution personnelle, fondée sur l'article 68 CO ou sur une disposition spéciale, interdit au mandataire de faire appel à un tiers qui dispose d'une indépendance importante à son égard (N 366 ss).

B. Dans les contrats soumis à l'article 398 alinéa 3 CO

469. En vertu de l'article 398 alinéa 3 CO, « [le mandataire] est tenu [d'exécuter le mandat] personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoir. »

470. Le mandataire est, en règle générale, choisi pour ses compétences ainsi que pour sa personnalité s'il s'agit d'une personne physique et pour son organisation lorsqu'il s'agit d'une personne morale. Le mandant confie le contrat à la personne qui, selon lui, est la mieux à même d'atteindre l'objectif recherché et attend généralement d'elle qu'elle l'exécute personnellement s'il s'agit d'une personne physique et qu'elle le fasse exécuter par ses organes ou

⁷ BK-FELLMANN, CO 398 N 526 ; CR-HOHL, CO 68 N 5 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 16 ; VON TUHR/ESCHER, 23.

⁸ « *Si duo faciunt idem non est idem* ». DERENDINGER, N 106 ; Bak-LEU, CO 68 N 3 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 16 ; VON TUHR/ESCHER, 23.

⁹ CR-HOHL, CO 68 N 4 ; BK-WEBER, N 25.

¹⁰ Bak-LEU, CO 68 N 1.

¹¹ ZK-SCHRANER, CO 68 N 31 ; BK-WEBER, CO 68 N 32.

ses employés, dans le cadre de son organisation, s'il s'agit d'une personne morale.

471. Compte tenu de la relation de confiance, souvent particulière, qui existe entre le mandant et le mandataire, ainsi que de l'obligation de moyens caractéristiques d'un contrat de mandat, le législateur a inversé la règle de l'article 68 CO en obligeant, en principe, le mandataire à s'exécuter personnellement (art. 398 al. 3 CO). Il appartient à ce dernier de prouver qu'il n'était pas tenu d'exécuter lui-même le contrat¹².

472. Cette *lex specialis*¹³ n'empêche en principe pas le mandataire, qu'il soit une personne physique ou morale, de s'adjoindre les services d'un tiers¹⁴ pour autant que l'exécution se fasse sous sa direction et sa responsabilité¹⁵. Le mandataire est autorisé à s'adjoindre les services d'auxiliaires dépendants¹⁶, l'article 398 alinéa 3 CO ne dérogeant à l'article 68 CO que s'agissant de la participation de substituts au sens de l'article 399 CO¹⁷. Ce n'est que dans le cadre d'une activité pour laquelle le mandataire doit disposer de qualités et connaissances particulières (strictement individuelles)¹⁸ qu'il ne peut s'adjoindre les services d'un tiers, même dirigé et surveillé¹⁹. C'est le cas notamment de la prestation d'un pianiste ou d'un dessinateur de portraits²⁰.

473. Pour déroger, par substitution, à l'exécution personnelle de l'obligation, le mandataire doit démontrer l'existence d'une des hypothèses, exclusives²¹, prévues par l'article 398 alinéa 3 CO. Cette possibilité ne lui est ouverte que lorsqu'il est implicitement ou explicitement autorisé par le mandant, que les circonstances l'imposent ou que l'usage le lui permet. Dans le doute, il doit exécuter personnellement le contrat²².

¹² ATF 118 II 112, c. 2, JdT 1993 I 384 (implicite) ; KG, 12 septembre 1978, PKG 1978 23, c. 3a ; BK-FELLMANN, CO 398 N 587 ; HOFSTETTER, 95 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 17 et 21 ; BK-WEBER, CO 68 N 25 ; CR-WERRO, CO 398 N 8.

¹³ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; CR-HOHL, CO 68 N 2 ; CR-WERRO, CO 398 N 8.

¹⁴ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; DERENDINGER, N 105 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 31 ; CR-WERRO, CO 398 N 8.

¹⁵ DERENDINGER, N 105 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 529 ; VON TUHR/ESCHER, 24.

¹⁶ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; DERENDINGER, N 107 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 529 ; HOFSTETTER, 94 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 7 ; ZK-SCHRANER, CO 68 N 31 ; BK-WEBER, CO 68 N 32 ; CR-WERRO, CO 398 N 8.

¹⁷ DERENDINGER, N 105 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 532 ; HOFSTETTER, 94 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 7 ; CR-WERRO, CO 398 N 10.

¹⁸ BK-FELLMANN, CO 398 N 529 ; CR-WERRO, CO 398 N 9.

¹⁹ BK-FELLMANN, CO 398 N 529.

²⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 529.

²¹ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; SCHNEEBERGER, 173.

²² HG ZH, 24 août 1967, RSJ 1968 7, 9.

Chapitre XI : L'autorisation de se substituer

474. La substitution est autorisée si elle est fondée sur l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 *in fine* CO. Corollairement, le mandataire autorisé à se substituer un tiers ne viole pas son obligation d'exécution personnelle. L'étendue de ses obligations et de sa responsabilité, en particulier, dépend néanmoins encore de la justification de l'intervention du tiers. Cette analyse fait l'objet du chapitre suivant (N 520 ss).

475. Lorsque la substitution n'est pas autorisée, le mandant peut exiger du mandataire qu'il reprenne l'exécution du mandat (N 747 s.). Il peut également résilier le contrat sans indemnité au sens de l'article 404 CO. En cas de dommage, la responsabilité du mandataire est fondée sur l'article 398 alinéas 1 et 2 CO (N 811 ss).

476. A l'inverse, lorsque la substitution est fondée sur l'une des hypothèses de l'article 398 alinéa 3 CO, le mandant doit en principe tolérer l'exécution par le tiers. Il a cependant la possibilité de retirer l'autorisation qu'il a donnée (N 490 ss) ou de résilier le contrat qui le lie au mandataire. Dans cette hypothèse, il s'expose toutefois au paiement d'une indemnité fondée sur l'article 404 alinéa 2 CO¹.

477. Ce chapitre identifie les conditions permettant au mandataire de se substituer un tiers. Nous analysons l'accord du mandant (N 478 ss), l'usage (N 493 ss), ainsi que les circonstances (N 504 ss). Nous terminons ce chapitre par une brève synthèse (N 515 ss).

A. L'accord du mandant

478. L'article 398 alinéa 3 CO dispose que l'autorisation de la substitution peut résulter de l'accord du mandant. Il ne précise, néanmoins, pas quelle forme il doit revêtir (N 479 ss), à quel moment (N 485 ss) et selon quelles modalités (N 486 ss) il doit intervenir et s'il peut être révoqué par le mandant (N 490 ss).

1. La forme de l'accord

479. Sauf mention contraire de la loi, une manifestation de volonté n'est soumise à aucune forme (art. 11 al. 1 CO). Lorsqu'elle est destinée à produire des effets juridiques, il appartient à la partie qui devra s'en prévaloir

¹ Sur cette disposition, voir N 591 ss.

d'apporter la preuve de son existence (art. 8 CC). Le mandataire devrait, dans la mesure du possible, obtenir un accord écrit, mais il n'y est pas obligé².

480. Dans le domaine juridique, l'ordre des avocats du canton de Genève met à la disposition de ses membres un formulaire de procuration qui contient le texte suivant :

« La personne désignée ci-après : [...] donne mandat à : [...], avec faculté de substitution, de le représenter aux fins de : [...]. »

481. Le client qui signe cette procuration confie expressément à l'avocat la possibilité de se substituer un tiers dans l'exercice de son mandat. Les avocats ne font pas systématiquement signer ce document, mais cela ne les empêche pas de confier parfois à des confrères une partie du service qu'ils doivent fournir.

482. On peut regretter la relative obscurité d'une telle procuration et se demander s'il se justifie d'autoriser l'avocat genevois à se substituer un confrère en se fondant sur un texte rédigé en des termes qui correspondent, certes, à ceux utilisés par le législateur, mais qui ne sont pas d'une limpidité remarquable. Il n'est pas sûr que le client qui confie à l'avocat la « faculté de substitution » comprenne ce que cela implique. Cette condition ne peut toutefois être appliquée de manière trop restrictive. Il appartient au signataire d'un document de ce type de s'assurer qu'il en comprend toutes les expressions.

483. L'autorisation peut également être implicite ou résulter d'actes concluants³. Le client d'une banque, qui procède au paiement de ses factures par le biais du site Web de celle-ci, l'autorise implicitement à se substituer un tiers. En indiquant, comme destinataire des fonds, une personne ou une société titulaire d'un compte auprès d'une banque concurrente, le mandant impose à sa banque d'utiliser les services de la banque concurrente pour faire parvenir les fonds au destinataire⁴. Il donne donc, au moins implicitement, son accord.

484. De plus, le mandant qui constate qu'une partie de l'activité a été confiée à un tiers doit s'en plaindre s'il n'est pas d'accord. En tolérant l'intervention du tiers, le mandant ratifie, par actes concluants, et autorise la substitution⁵.

² BK-FELLMANN, CO 398 N 576.

³ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; BIZZOZERO, 91 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 576 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 8.

⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; BILLOTTE-TONGUE, N 211 ; HESS (Banküberweisung), 105 s.

⁵ Bak-WEBER, CO 398 N 5.

2. Le moment de l'accord

485. L'accord du mandant doit généralement intervenir avant la substitution. Le mandataire qui entend éviter la responsabilité étendue, qui découle de la simple violation fautive de l'obligation d'exécution personnelle (N 811 ss), a intérêt à disposer de cet accord avant de faire intervenir le substitut. L'accord peut néanmoins être postérieur à la substitution⁶. Exprès ou tacite, l'acceptation ratifie la substitution⁷. Elle annule rétroactivement la violation de l'obligation d'exécution personnelle.

3. Les modalités de l'accord

486. Les modalités de l'accord du mandant peuvent être diverses⁸. L'acceptation peut être générale, soit ne contenir aucune indication sur les personnes que le mandataire est autorisé à se substituer⁹. La procuration utilisée par les avocats genevois est, par exemple, formulée de manière générale (N 480). Le mandataire est libre de choisir la personne à qui il entend confier l'exécution du service.

487. L'accord peut être au contraire très précis, soit indiquer une seule personne à qui le mandataire peut confier la réalisation du service¹⁰. L'intervention du tiers peut également être imposée par le mandant¹¹. En confiant à sa banque le virement d'une somme d'argent au titulaire d'un compte auprès d'une banque tierce, le mandant impose la substitution et le substitut¹². Sauf motif justifiant son inaction, la banque qui ne procède pas à la substitution viole son obligation contractuelle¹³.

488. Entre ces deux extrêmes, de nombreuses situations intermédiaires peuvent se présenter. Le mandant peut donner son accord de principe et indiquer un substitut potentiel, sans pour autant que le mandataire soit obligé de recourir à ses services. Le mandant peut donner au mandataire une liste de personnes physiques ou morales, parmi lesquelles le mandataire doit choisir

⁶ BIZZOZERO, 91 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 575 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 8.

⁷ DERENDINGER, N 183 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 628 ; Bak-WEBER, CO 398 N 5.

⁸ JAUSSE, 12 s.

⁹ BK-FELLMANN, CO 398 N 577.

¹⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 577 ; JAUSSE, 12 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 8. *Contra* : BK-GAUTSCHI, CO 398 N 41a ; HONSELL, 315.

¹¹ Pour un exemple concernant le contrat de commission-expédition, voir ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521.

¹² HESS (Banküberweisung), 105 s. Le Tribunal fédéral fonde toutefois l'intervention de la banque du bénéficiaire sur un usage (ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359).

¹³ Lorsque le client ne bénéficie pas des liquidités suffisantes, les conditions générales du contrat de compte courant peuvent autoriser la banque à refuser d'exécuter l'ordre de virement.

s'il entend se substituer quelqu'un. Cette liste peut contenir au contraire le nom des personnes que le mandataire a interdiction de se substituer.

489. Ces modalités sont variables. Le mandataire a l'obligation contractuelle de les respecter. Moyennant que l'usage et les circonstances ne le lui permettent pas, le mandataire viole l'obligation d'exécution personnelle s'il se substitue quelqu'un sans l'accord du mandant, mais également s'il ne respecte pas les modalités contenues dans cet accord.

4. La révocation de l'accord

490. Autoriser le mandataire à se substituer un tiers est un des corollaires de la liberté contractuelle des parties. Cette liberté comprend aussi le droit pour le mandant de retirer cette autorisation.

491. Le mandataire qui accepte globalement de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour atteindre un objectif doit admettre, malgré l'accord préalable du mandant, que ce dernier le retire. Dans cette hypothèse, le mandataire doit reprendre personnellement, ou par le biais de ses auxiliaires, l'exécution du service (N 749 ss). Le retrait de l'autorisation peut néanmoins être un motif de résiliation du contrat de mandat sans indemnité (art. 404 al. 1 CO) si le mandataire l'avait accepté en raison de la possibilité qu'il avait d'en faire exécuter une partie par un tiers.

492. La révocation peut porter sur l'ensemble de l'autorisation. Elle peut également en modifier les modalités. Le mandant qui a donné une autorisation générale de substitution peut limiter celle-ci en indiquant au mandataire les personnes qui peuvent intervenir comme substitut. Le mandant qui a donné une liste de personnes susceptibles de participer à l'exécution de l'obligation peut également restreindre cette liste à tout moment. Le mandataire principal ne peut pas ignorer ces instructions (art. 397 CO). Tout au plus peut-il résilier le contrat de mandat sans verser d'indemnité si les modalités de l'accord donné par le mandant ont participé à l'acceptation du mandat.

B. Un usage

493. Selon l'article 398 alinéa 3 CO, l'usage autorise le mandataire à se substituer un tiers. Cette prérogative lui est accordée depuis 1912, date de l'entrée en vigueur du Code des obligations actuel. L'article 396 *in fine* aCO ne mentionnait en effet que l'autorisation du mandant et les circonstances¹⁴. A leur lettre, les législations qui nous entourent ne connaissent pas l'usage

¹⁴ FF 1881 III 151.

comme élément autorisant la substitution¹⁵. Si en Allemagne, les auteurs retiennent la *Verkehrssitte*¹⁶, les doctrines autrichienne¹⁷ et française¹⁸ ne semblent pas être aussi souples.

494. Cette introduction tardive et singulière n'empêche pourtant pas les auteurs et les tribunaux de l'envisager largement. La substitution serait très usuelle dans le commerce¹⁹. Tout mandataire qui doit effectuer une prestation à l'étranger pourrait, en l'absence de succursale au lieu d'exécution, se substituer quelqu'un sur place²⁰. Friedrich FICK et Alfred VON MORLOT considèrent même que l'usage autorise généralement la substitution dans le cadre de prestations de travail, telles que celles de l'avocat, du notaire, du gérant de fortune ou du médecin²¹. Le commissionnaire²² chargé d'acheter des papiers-valeurs auprès d'une bourse étrangère serait autorisé par l'usage à transférer l'exécution de l'affaire à un tiers²³. Selon Walter FELLMANN, l'utilisation par un commissionnaire-expéditeur²⁴ des services d'un sous-expéditeur serait également d'usage²⁵. En revanche, un exécuteur testamentaire ne serait pas, sans l'accord préalable du *de cujus*, autorisé à se substituer quelqu'un²⁶.

495. Notre approche est plus restrictive. En tant qu'exception à l'obligation d'exécution personnelle, la notion d'usage doit être interprétée restrictivement. Elle ne doit pas inciter le mandataire à renoncer à requérir l'accord du mandant par crainte, peut-être, de ne pas l'obtenir. L'usage ne peut pallier l'absence d'accord que s'il ne s'avère pas véritablement nécessaire, parce que le mandant l'aurait vraisemblablement donné. La substitution n'est, à notre sens, pas autorisée pour la seule raison que le tiers est un spécialiste²⁷.

496. L'existence d'un usage, au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, doit être déterminée de cas en cas. Elle ne peut résulter que d'une pratique fréquente dans une profession²⁸ réalisant l'une des hypothèses suivantes : être

¹⁵ Voir les paragraphes 664 BGB et 1010 ABGB, ainsi que l'article 1994 CCfr.

¹⁶ MK-SEILER, § 664 N 5 ; STAUDINGER-WITTMAN, § 664 N 5.

¹⁷ FEIL, 80 ; RUMMEL/STRASSER, § 1010 N 4.

¹⁸ MALLET-BRICOUT, N 210 ss.

¹⁹ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 580 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 9.

²⁰ HG, 21 février 1936, RSJB 1937 437, c. 5.

²¹ FICK/VON MORLOT, CO 398 N 130. *Contra* : BK-BECKER, CO 398 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 582.

²² La substitution au sens de l'article 399 CO existe également lorsque le contrat de base est une commission (N 837 s.).

²³ BK-BECKER, CO 398 N 13 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 580 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 9.

²⁴ La substitution au sens de l'article 399 CO existe également lorsque le contrat de base est une commission-expédition (N 845 ss).

²⁵ BK-FELLMANN, CO 398 N 580.

²⁶ OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b.

²⁷ *Contra* : BK-FELLMANN, CO 398 N 581.

²⁸ TERCIER (contrats), N 4655.

reconnaissable pour le mandant (N 497 ss) ou avoir pour but de sauvegarder les intérêts de ce dernier (N 502 s.). Par ailleurs, l'interdiction de se substituer manifestée par le mandant empêche le mandataire de se fonder sur un usage²⁹. Si le mandant a expressément ou implicitement exprimé la volonté que le mandataire s'exécute personnellement, une substitution fondée sur un usage n'est pas autorisée.

1. La pratique est reconnaissable

497. Selon le Tribunal fédéral, l'usage permet au mandataire de se substituer un tiers si le mandant sait d'emblée que le mandataire ne peut pas s'exécuter personnellement. Dans son arrêt de principe du 27 juin 1995, notre Haute Cour a estimé que la banque du donneur d'ordre, à qui il a été donné l'instruction de créditer un compte bancaire auprès d'une banque concurrente, était autorisée par l'usage à utiliser les services de la banque du bénéficiaire³⁰.

498. La nuance n'a pas d'importance pratique, mais dans ces circonstances, l'autorisation de procéder à une substitution résulte d'un accord implicite du mandant (N 483). Ce dernier impose même l'intervention d'un substitut.

499. Un usage peut être admis dans des situations proches, lorsque la pratique constante d'une profession est reconnaissable pour le mandant. Avec Georg GAUTSCHI, il faut admettre qu'un usage permet aux associés d'une grande étude d'avocats ou d'architectes, de se substituer l'un d'entre eux³¹. De nombreux avocats se regroupent désormais dans de grandes organisations, structurées en départements et fortement spécialisées. Il est fréquent, dans ce genre d'études, que les dossiers nécessitant des compétences diverses circulent, d'un associé à l'autre, en fonction des domaines de spécialisation de chacun.

500. Le client qui consulte un associé peut et doit reconnaître qu'il sollicite en réalité une structure composée de nombreuses personnalités susceptibles d'intervenir dans l'exécution du service, même si formellement le mandat n'est pas confié à tous. Ces éléments ressortent du papier à en-tête, du site Web de l'étude, ainsi que, le plus souvent, des discussions entre le client et l'avocat qui le reçoit. Par conséquent, peu importe que le client ne donne pas expressément son accord ou n'ait pas conscience que l'avocat se substitue un tiers, l'usage autorise l'associé consulté à répartir l'exécution de l'affaire entre ses confrères, en fonction de leurs spécialisations.

²⁹ JAUSSE, 12

³⁰ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359. Du même avis : BK-FELLMANN, CO 398 N 580.

³¹ BK-GAUTSCHI CO 398 N 42b. Même avis : Bak-WEBER, CO 398 N 5.

501. Dans de plus petites structures, la substitution n'est pas reconnaissable. La répartition de l'exécution des affaires n'est d'ailleurs pas la règle, de sorte que la pratique n'y est pas suffisamment fréquente.

2. La pratique a pour but de sauvegarder les intérêts du mandant

502. En tant que tel, le transfert de l'exécution de l'obligation à un spécialiste ne repose pas sur un usage³². Il faut que l'intervention du spécialiste soit fréquente dans la profession concernée. Si la substitution est courante et implique l'intervention d'un spécialiste, elle est en principe autorisée. Elle est fondée sur un usage, la pratique ayant pour but de sauvegarder les intérêts du mandant.

503. Cette analyse est proche de celle de l'intérêt poursuivi par la substitution, qui fait l'objet du chapitre XII (N 520 ss). Ces deux conditions ne sont toutefois pas identiques. L'intervention du tiers peut résulter d'une pratique courante et favoriser la sauvegarde des intérêts du mandant sans nécessairement poursuivre ses intérêts de manière prépondérante. Si le mandataire se substitue un spécialiste, mais qu'il profite par exemple des retombées financières de l'intervention, la substitution peut être fondée sur un usage, mais elle n'est pas opérée dans l'intérêt prépondérant du mandant (N 527 ss). A ce stade du raisonnement, il importe donc exclusivement de déterminer si la pratique courante de la profession a pour but de sauvegarder les intérêts du mandant.

C. Les circonstances

504. A teneur de l'article 398 alinéa 3 CO, les circonstances peuvent autoriser le mandataire à se substituer un tiers. Cette disposition ne précise néanmoins pas le type de situation que l'hypothèse recouvre.

505. En doctrine et en jurisprudence, l'accident³³ et la maladie³⁴ sont les motifs les plus souvent envisagés. Le manque de connaissances³⁵ et la surcharge de travail³⁶ sont parfois également mentionnés. Dans un arrêt du

³² *Contra* : BK-FELLMANN, CO 398 N 581.

³³ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 43d.

³⁴ OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; BK-FELLMANN, CO 398 N 585 ; Bak-WEBER, CO 398 N 5.

³⁵ OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; Bak-WEBER, CO 398 N 5.

³⁶ OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b.

17 août 1979, le *Zivilgericht* bâlois jugeait que la substitution était autorisée dans les circonstances suivantes³⁷ :

Une clinique procède à une appendicectomie³⁸, lorsque le patient est victime d'une thrombose veineuse³⁹. La clinique transfère le patient à l'hôpital universitaire bâlois pour le confier à un spécialiste.

506. Les circonstances autorisent, à notre sens, la substitution lorsque le mandataire peut démontrer qu'il est empêché, sans faute, d'exécuter le service promis, que l'inexécution ou l'exécution tardive est susceptible de causer un préjudice ou un inconvénient important au mandant et que l'accord du mandant ne peut être obtenu.

507. Le mandataire n'est empêché que si lui ou ses auxiliaires n'ont, provisoirement ou définitivement, plus la possibilité d'exécuter le service ou de le terminer pour la date convenue⁴⁰. L'empêchement doit être réel. L'intervention d'un tiers doit être objectivement nécessaire⁴¹. Sans la substitution, le mandant subirait un préjudice⁴² ou serait du moins privé d'un avantage ou victime d'un désavantage important.

508. Le mandataire doit en premier lieu chercher à informer le mandant de son incapacité à exécuter le service promis. Ce n'est que si cet accord ne peut être obtenu ou que son obtention suscite des difficultés déraisonnables que le mandataire peut s'appuyer sur les circonstances pour se substituer un tiers⁴³.

509. Les motifs qui empêchent le mandataire de s'exécuter ne sont pas très importants. Le mandataire doit néanmoins se retrouver, sans faute⁴⁴, dans l'incapacité de s'exécuter. Le manque de compétence peut notamment autoriser la substitution, moyennant que le mandataire n'ait pas fautivement accepté un mandat qu'il n'était pas en mesure d'exécuter. S'il pouvait ou devait connaître son incompétence, l'acceptation du mandat relèverait d'une *Übernahmeverschulden* (N 6).

510. Dans l'exemple de l'appendicectomie (N 505)⁴⁵, la clinique ne semblait pas disposer des compétences nécessaires pour traiter la thrombose veineuse. Toutefois, la pathologie n'était pas prévisible et la clinique avait les compétences permettant l'ablation de l'appendice. Dans ces circonstances, la

³⁷ ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2.

³⁸ L'appendicectomie est un acte opératoire qui consiste à retirer l'appendice iléo-cæcal inflammé.

³⁹ Une thrombose consiste en la formation d'un thrombus obstruant un vaisseau sanguin.

⁴⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 585.

⁴¹ BK-BECKER, CO 398 N 14 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 584.

⁴² BK-FELLMANN, CO 398 N 584 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 43a ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 398 N 10.

⁴³ JAUSSI, 14.

⁴⁴ BK-FELLMANN, CO 398 N 584.

⁴⁵ ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115.

clinique n'a pas accepté une activité qu'elle ne pouvait pas effectuer à l'aide de son personnel, de sorte que la substitution apparaît autorisée.

511. Parfois, les circonstances n'autorisent pas seulement le mandataire à se substituer quelqu'un, mais l'obligent à faire intervenir un tiers, sous peine de violer l'obligation de diligence⁴⁶. En principe, lorsque l'intervention d'un tiers est obligatoire, les conditions de la substitution autorisée au sens de l'article 398 alinéa 3 CO sont réalisées⁴⁷.

512. Paradoxalement, il n'est toutefois pas exclu que le mandataire ait l'obligation de faire intervenir un substitut, sans que la substitution puisse être considérée comme autorisée au sens de cette disposition. Dans un arrêt du 27 janvier 1941, le Tribunal fédéral a considéré qu'un médecin qui ne disposait pas des connaissances nécessaires ou d'une préparation suffisante violait son obligation de diligence en procédant seul à une opération⁴⁸. Dans l'espèce jugée par la Cour, l'opération a connu des complications graves et très peu fréquentes, mais le médecin n'a pas requis l'aide immédiate d'un spécialiste. Le Tribunal fédéral a considéré que le médecin avait violé son obligation de diligence, parce qu'il avait l'obligation de s'adjoindre les services d'un tiers pour gérer les complications.

513. Avec le Tribunal fédéral, il faut admettre qu'un médecin a l'obligation, dans les circonstances que l'on imagine vu la brièveté de l'arrêt, de s'adjoindre les services d'un tiers dès le début de l'opération. Pour ce faire, il peut requérir l'accord du mandant. Une fois les complications apparues, les circonstances nécessitent *a fortiori* l'intervention d'un spécialiste, éventuellement d'un substitut au sens de l'article 399 CO. A notre sens, cette substitution obligatoire ne serait pourtant pas autorisée, selon l'article 398 alinéa 3 CO, si elle avait lieu. L'accord du mandant doit être requis dès le début de l'opération. L'absolue nécessité de faire intervenir un tiers pour gérer les complications est due à une faute professionnelle grave du médecin, puisqu'il a pris en charge un patient sans disposer des compétences nécessaires⁴⁹. La possibilité initiale de requérir l'accord du patient et la faute grave du mandataire empêcheraient donc ce dernier de se prévaloir d'une autorisation fondée sur les circonstances.

514. La coordination entre l'accord ou le désaccord du mandant et les circonstances doit enfin être abordée. Selon Nelli JAUSSE, l'interdiction explicite ou implicite de se substituer, y compris lorsque les modalités de l'accord sont restrictives, empêche le mandataire de déléguer l'exécution, même si les

⁴⁶ ATF 67 II 22 s. (f) ; DERENDINGER, N 168 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 585 ; BK-GAUTSCHI CO 398 N 43a.

⁴⁷ Dans ce sens : BK-FELLMANN, CO 398 N 586.

⁴⁸ ATF 67 II 22 s. (f).

⁴⁹ *Contra* : BK-FELLMANN, CO 398 N 586, qui considère que la substitution est autorisée lorsque le mandataire est fautivement incapable de s'occuper de l'affaire, mais qu'elle ne poursuit pas les intérêts prépondérants du mandant.

circonstances l'auraient commandé⁵⁰. Nous ne sommes pas de cet avis. Il est dans l'intérêt du mandant que le mandataire empêché sans faute fasse intervenir quelqu'un⁵¹. Il faut toutefois être d'autant plus strict quant à l'obligation d'essayer à nouveau d'obtenir l'accord du mandant. Dans cette hypothèse, l'accord hypothétique ne peut pas être invoqué par le mandataire, puisque précisément, des éléments antérieurs indiquent que le mandant ne l'aurait pas donné.

D. Synthèse

515. L'obligation du mandataire d'exécuter personnellement son contrat connaît des exceptions. Il a la faculté générale de confier l'activité promise à des auxiliaires ordinaires, soit des personnes qui lui sont liées par un contrat de travail ou qui lui sont techniquement subordonnées.

516. Moyennant l'accord du mandant ou que l'usage ou les circonstances le permettent, le mandataire peut également confier l'exécution de l'une de ses obligations à un substitut au sens de l'article 399 CO, soit un tiers indépendant (art. 398 al. 3 CO). Le mandataire qui ne s'exécute pas lui-même, en se fondant sur l'une des ces hypothèses, ne viole pas l'obligation d'exécution personnelle. Il ne répond donc pas nécessairement de l'ensemble du dommage résultant de la simple intervention du tiers. Ses obligations ne sont toutefois pas encore limitées en application de l'article 399 alinéa 2 CO. Cet alinéa suppose encore que la substitution soit intervenue dans l'intérêt du mandant (N 520 ss).

517. L'autorisation du mandant peut intervenir par manifestation expresse ou tacite. Il convient d'être souple dans l'analyse de cette condition. Si le mandant tolère l'intervention du substitut, il n'y pas de raison que le mandataire réponde de tout le dommage résultant de l'intervention de celui-là. Il appartient au mandant de se manifester s'il apprend que le mandataire ne s'exécute pas lui-même. Le mandant qui a donné son accord peut néanmoins le retirer.

518. L'usage et les circonstances doivent être interprétés restrictivement. Avec les possibilités de communication que l'on connaît aujourd'hui, il est particulièrement aisé pour le mandataire de requérir l'accord exprès du mandant. Il ne faut donc pas admettre facilement l'existence d'un usage ou de circonstances permettant l'intervention d'un substitut. L'usage suppose une pratique très fréquente dans une profession et pour une activité données. Il faut alternativement que la substitution soit reconnaissable ou qu'elle ait pour but de favoriser les intérêts du mandant. Par ailleurs, pour que les

⁵⁰ JAUSSE, 14.

⁵¹ SCHNEEBERGER, 175.

circonstances permettent la substitution, il faut que le mandataire soit véritablement empêché de s'exécuter et que cet empêchement ne lui soit pas imputable.

519. Dans l'exemple de l'avocat généraliste, qui confie la rédaction d'un *ruling* à un confrère spécialisé en droit fiscal, l'intervention du second praticien est autorisée au sens de l'article 398 alinéa 3 CO (N 450 ss). Même si le mandataire est resté relativement vague, s'agissant de l'implication d'un tiers dans l'exécution du mandat, le mandant a accepté, de manière implicite, que les aspects de droit fiscal ne soient pas entièrement traités par le mandant.

Chapitre XII : La justification de la substitution par l'intérêt poursuivi

520. L'intérêt poursuivi par la substitution est considéré en doctrine et en jurisprudence comme un critère nécessaire à la qualification même de substitution au sens de l'article 399 CO¹. Nous avons refusé de lui donner un tel statut dans le chapitre VIII, considérant que les intérêts des parties ne justifient pas une limitation générale de l'application de l'article 399 CO (N 274 ss).

521. Notre analyse téléologique identifie plusieurs éléments justifiant la dérogation à l'article 101 alinéa 1 CO que constitue l'article 399 alinéa 2 CO et l'intérêt poursuivi par la substitution en fait partie (N 224 ss).

522. Lorsqu'il est procédé par le mandataire à une substitution au sens de l'article 399 CO et que l'intervention du tiers est autorisée, compte tenu de la possibilité offerte au mandataire de démontrer l'accord du mandant, un usage ou des circonstances particulières (art. 398 al. 3 CO), les obligations du mandataire, en particulier sa responsabilité, peuvent être d'une étendue encore variable. En vertu de l'article 399 alinéa 1 CO, le mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. La responsabilité du mandataire est sensiblement identique à celle résultant de l'application de l'article 101 alinéa 1 CO². S'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions (art. 399 al. 2 CO). Ces deux alinéas étant susceptibles de s'appliquer en cas de substitution autorisée, la justification de la substitution par l'intérêt poursuivi permet de trancher et de déterminer le fondement et l'étendue de la responsabilité du mandataire.

523. Si l'intervention du tiers poursuit les intérêts du mandant, la substitution est justifiée et les obligations du mandataire sont limitées au choix du substitut et aux instructions données (art. 399 al. 2 CO). Si, au contraire, la substitution intervient au moins partiellement dans l'intérêt du mandataire, ce dernier répond largement des actes du substitut intervenu indûment (art. 399 al. 1 CO).

524. Dans un arrêt du 21 janvier 2005, le Tribunal fédéral a considéré qu'une société, qui confiait le séchage de substances à une entreprise tierce,

¹ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284 ; ATF 112 II 347, c. 2b, JdT 1987 I 28 ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; BILLOTTE-TONGUE, N 209 ; BUCHER (BT), 232 ; CERUTTI, N 158 ss ; GUHL/SCHNYDER, § 49 N 16 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 s. ; HONSELL, 315 ; SCHWENZER, N 23.06 ; TERCIER (contrats), N 4658 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3. *Contra* : WERRO (mandat), N 557.

² HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. a ; CERUTTI, N 466 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 12 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395 ; CR-WERRO, CO 399 N 2. Voir également N 52.

agissait dans l'intérêt de son mandant si ce dernier lui avait indiqué que la date de livraison des substances était d'une haute importance pour lui³. Le fait que la société ne bénéficie peut-être pas des ressources en personnel et en équipement nécessaires pour exécuter le mandat n'a pas été pris en compte par le Tribunal fédéral, cet élément ne ressortant pas des faits arrêtés par l'autorité cantonale de dernière instance.

525. Dans son arrêt de principe du 27 juin 1995, le Tribunal fédéral a, d'autre part, considéré que la banque du bénéficiaire d'un virement bancaire intervenait dans l'intérêt du donneur d'ordre, puisque la banque de ce dernier n'avait pas la possibilité de créditer elle-même le compte du bénéficiaire⁴.

526. Pour déterminer l'intérêt poursuivi par la substitution, il convient, à notre sens, d'analyser deux éléments. L'intervention du substitut n'est justifiée que si le mandataire démontre l'absence de tout intérêt économique propre à la substitution (N 527 ss) et son intention de faire intervenir quelqu'un de plus compétent que lui (N 532 ss). Les deux conditions sont cumulatives.

A. L'absence d'intérêt économique du mandataire

527. La volonté de limiter l'application de l'article 399 alinéa 2 CO aux hypothèses où le mandataire n'a pas d'intérêt économique est généralisée⁵. L'idéologie est la même que celle qui a amené le législateur à introduire l'article 101 alinéa 1 CO et avant lui l'article 115 aCO. En utilisant la force de travail de tiers, le débiteur est en mesure d'exécuter des prestations plus nombreuses et plus importantes ; il peut sensiblement augmenter ses bénéfices. Il est donc logique que le débiteur supporte également les risques inhérents à l'intervention de tiers⁶. Il n'y a, à cet égard et dans ces circonstances, aucune raison de soumettre le mandataire à un régime de responsabilité différent de celui auquel sont soumis les autres débiteurs.

528. La substitution vise l'intérêt du mandataire si elle lui permet d'augmenter sa productivité⁷, soit le type et la quantité de ses prestations, ou son chiffre d'affaires⁸. Un mandataire ne peut pas accepter un nombre de

³ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 5.3.

⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359. De cet avis également : BILLOTTE-TONGUE, N 211 ; HESS (Banküberweisung), 105.

⁵ ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28 ; HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112 ; BILLOTTE-TONGUE, N 216 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 545 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 ; HONSELL, 315 ; MUSTAFA, 128 ; SCHNEEBERGER, 263 ; SCHNYDER, 108 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

⁶ VON TUHR/ESCHER, 123.

⁷ ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28 ; BILLOTTE-TONGUE, N 216 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 545 ; HESS (Banküberweisung), 106 ; HOFSTETTER, 96 ; MUSTAFA, 128 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

⁸ BK-FELLMANN, CO 398 N 545 ; HONSELL, 315 ; Bak-WEBER, CO 399 N 3.

mandat plus important qu'il n'a effectivement la possibilité d'exécuter avec l'aide de ses auxiliaires dépendants. S'il délègue certains mandats à ses confrères par manque de temps, l'intervention de ces derniers poursuit son intérêt, parce qu'elle résulte de la volonté initiale d'accepter un nombre d'affaires important pour augmenter ses ressources économiques. En agissant ainsi, le mandataire favorise ses activités, augmente sa notoriété et son chiffre d'affaires, de sorte qu'il se justifie qu'il réponde des actes du tiers.

529. Dans son arrêt du 3 juin 1986 concernant l'évaluation de la lampe d'Emile Gallé, le Tribunal fédéral a considéré que l'intervention de Sotheby Londres (substitut) poursuivait les intérêts de Sotheby Zurich (mandataire). Cette dernière société ne s'était, certes, pas adressée à n'importe qui. Sotheby Londres disposait de spécialistes susceptibles de procéder à une évaluation bien plus sérieuse qu'à Zurich. Néanmoins, la Cour a retenu que les deux sociétés fonctionnaient de telle manière qu'elles offraient toutes deux des prestations à leurs clients qu'elles se sous-traitaient mutuellement. L'idée étant d'augmenter sensiblement le nombre de clients⁹, l'intérêt principalement poursuivi était le leur.

530. René SCHNEEBERGER retient de cette jurisprudence que l'article 399 alinéa 2 CO n'est jamais applicable lorsque le mandat est confié contre rémunération¹⁰. L'auteur considère que le mandataire a toujours un intérêt économique si des honoraires sont convenus. S'il fallait suivre cette opinion, l'article 399 alinéa 2 CO n'aurait un champ d'application que théorique. La rémunération du mandataire est en effet la règle, malgré le libellé de l'article 394 alinéa 3 CO¹¹.

531. La rémunération éventuelle du mandataire portant sur l'activité du tiers est par contre plus intéressante pour la justification de la substitution. Si le mandataire ne se contente pas de répercuter les coûts du substitut sur son mandant, mais qu'il réclame un montant plus important, sans que le supplément ne soit lié à une activité qu'il a personnellement exécutée, son intérêt économique empêche l'application de l'article 399 alinéa 2 CO.

B. L'intention de confier l'activité à un spécialiste

532. La volonté de limiter l'application de l'article 399 alinéa 2 CO aux hypothèses où le mandataire confie l'activité à un spécialiste est généralisée en

⁹ ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28

¹⁰ SCHNEEBERGER, 248.

¹¹ ATF 82 IV 145, c. 2a, JdT 1957 IV 71. Le Tribunal fédéral considère dans cet arrêt qu'une rémunération est due quand l'affaire traitée ou le service rendu le sont à titre professionnel. Voir également : BK-FELLMANN, CO 394 N 366 ; VON BÜREN (Auftrag), 86 ; Bak-WEBER, CO 394 N 36 ; CR-WERRO, CO 394 N 38.

doctrine et en jurisprudence¹². Dans son arrêt du 17 août 1979, le *Zivilgericht* bâlois a considéré que l'intervention de l'hôpital universitaire poursuivait les intérêts du patient victime d'une thrombose veineuse, lorsque la clinique qui l'avait opéré d'une appendicite ne disposait pas des compétences nécessaires¹³.

533. Est un spécialiste la personne qui apparaît au mandataire comme étant plus qualifiée que lui, soit en mesure d'exécuter au moins aussi bien l'obligation. Il n'est à notre sens pas nécessaire que le substitut soit véritablement plus qualifié que le mandataire et qu'il dispose des compétences nécessaires pour l'exécution du service. Il suffit, pour que l'intérêt du mandant soit poursuivi, que le substitut apparaisse, aux yeux du mandataire, comme un spécialiste. En d'autres termes, il suffit que le mandataire ait eu l'intention de confier l'activité à un spécialiste. S'il s'avère que le tiers ne dispose pas des compétences et que cet élément était reconnaissable pour le mandataire, ce dernier viole son obligation de diligence quant au choix du substitut (art. 399 al. 2 CO) et répond du dommage qui en résulte. En revanche, l'absence des qualités nécessaires n'empêche pas la qualification de substitution justifiée.

534. Lorsque le mandataire est obligé de recourir aux services d'un substitut au sens de l'article 399 CO, parce que ce dernier est le seul à être en mesure d'exécuter le mandat ou une partie de celui-ci, la substitution est justifiée au sens de l'article 399 alinéa 2 CO. Ainsi, la banque du donneur d'ordre, qui se substitue la banque du bénéficiaire, agit dans l'intérêt du donneur d'ordre, puisque la banque du bénéficiaire est la seule à pouvoir, juridiquement et techniquement, créditer le compte du bénéficiaire¹⁴.

535. Dans certaines situations, il importe peu que le tiers apparaisse comme un spécialiste aux yeux du mandataire. Lorsque la substitution est fondée sur des circonstances empêchant le mandataire de s'exécuter au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, l'intervention d'un tiers poursuit généralement les intérêts du mandant. Il n'est pas déterminant que le tiers soit plus qualifié que le mandataire, puisque ce dernier n'est précisément plus en mesure d'exécuter le service qu'il a promis. L'intervention de tout substitut au sens de l'article 399 CO poursuit donc les intérêts du mandant, même s'il n'apparaît pas nécessairement compétent. La violation de l'obligation de diligence dans le choix du substitut permettra, en revanche, au mandant de faire valoir des prétentions contre le mandataire en vertu de l'article 399 alinéa 2 CO.

¹² TF, 14 décembre 1993, SJ 1994 284 ; ATF 112 II 347, c. 2a, JdT 1987 I 28 ; ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2 ; HOFSTETTER, 97 ; HONSELL, 315 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3.

¹³ ZG BS, 17 août 1979, RJ N 115, c. 2.

¹⁴ ATF 121 III 310, c. 4, JdT 1996 I 359 ; BILLOTTE-TONGUE, N 211 ; HESS (Banküberweisung), 105.

C. Synthèse

536. La substitution n'est justifiée, au sens de l'article 399 alinéa 2 CO, que si elle poursuit les intérêts du mandant. Il ne suffit pas qu'elle ait été autorisée ou qu'elle soit fondée sur un usage ou des circonstances particulières. Il faut que le mandataire démontre qu'il n'avait aucun intérêt économique à la substitution, soit qu'il ne réalise pas de bénéfice sur l'activité du tiers ou que cette dernière ne lui permet pas, notamment, d'augmenter ses rentrées financières. Lorsque la substitution ne résulte pas de circonstances particulières empêchant le mandataire de s'exécuter, il faut également que la personne apparaisse au mandataire comme au moins aussi compétente que lui. L'intervention du tiers ne poursuit véritablement les intérêts du mandant que lorsque ces conditions sont réalisées. Dans l'hypothèse inverse, les intérêts du mandant exigent que le mandataire s'exécute personnellement. Si le mandataire se substitue néanmoins un tiers, il répond des actes de ce dernier comme des siens (art. 399 al. 1 CO).

537. Ces critères peuvent être appliqués à l'exemple de l'avocat généraliste, qui confie la rédaction d'un *ruling* à un confrère spécialisé en droit fiscal (N 450 ss). Cette substitution, autorisée (N 519), est en principe également justifiée. Le mandataire se substitue en effet quelqu'un qui apparaît bénéficiaire des qualités nécessaires à l'exécution du service spécialisé pour lequel, lui-même, n'en dispose pas. La question de la justification de la substitution repose donc essentiellement sur les conséquences financières pour le mandataire. S'il réalise un bénéfice sur la rédaction du *ruling*, en majorant les honoraires de son confrère spécialisé, la substitution est opérée dans son intérêt de sorte que ses obligations ne sont pas limitées au sens de l'article 399 alinéa 2 CO. Il répond alors des actes du tiers comme des siens en vertu de l'article 399 alinéa 1 CO. A l'inverse, la substitution est justifiée, si l'avocat généraliste facture exclusivement son activité personnelle et le montant qu'il a versé à son confrère.

538. Dans le domaine juridique encore, lorsque l'avocat d'une grande étude confie une partie du mandat dont il a la charge à l'un de ses associés, il se substitue ce dernier. Dans la mesure où cette pratique est fréquente et reconnaissable pour le client, l'usage permet l'intervention de l'associé. Si l'étude est totalement intégrée, soit que les associés se partagent équitablement ou en fonction d'un pourcentage déterminé à l'avance les bénéfices résultant de l'activité de tous, l'avocat qui se substitue son confrère a un intérêt économique important à la substitution. Financièrement, il ne fait aucune différence pour lui qu'il exécute personnellement l'entier du mandat ou qu'il en confie une partie à son associé. Sa participation au résultat sera sensiblement, voire totalement identique. Par conséquent, la substitution n'est pas opérée dans l'intérêt du mandant puisque le mandataire y a un intérêt

financier important. Pendant qu'il travaille sur un autre dossier, son confrère effectue une activité dont le mandataire bénéficie économiquement. L'avocat ne peut donc se prévaloir de l'article 399 alinéa 2 CO. Il répond des actes de son associé comme des siens en vertu de l'article 399 alinéa 1 CO.

Cinquième partie : Le régime de la substitution

539. La troisième partie nous a permis d'identifier les conditions de la substitution, soit les hypothèses soumises à l'article 399 CO (N 311 ss). La quatrième partie nous a amené à développer les critères permettant de qualifier ces substitutions de non autorisée, indue ou justifiée (N 457 ss). Il s'agit désormais d'exposer le régime de la substitution, notamment ses conséquences juridiques.

540. Nous présentons les relations entre le mandataire et le substitut dans le chapitre XIII (N 543 ss). Peu dépendante de la problématique de la substitution, l'analyse de cette relation est importante, parce qu'elle est le fondement des prétentions que peut faire valoir le mandant contre le substitut en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

541. Dans le chapitre suivant, nous développons le rapport d'obligations qui lie le mandant au substitut (N 599 ss). Nous nous appuyons sur l'exposé des droits et obligations du mandataire et du substitut effectué au chapitre XIII pour présenter les droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut et les objections que ce dernier peut invoquer contre le mandant.

542. Nous présentons enfin les droits et obligations réciproques du mandant et du mandataire (N 740 ss). Nous présentons en réalité les obligations du mandataire propres à la substitution. Dans ce chapitre XV se trouvent les analyses de la responsabilité du mandataire à l'égard du mandant en cas de substitution. Les conditions de sa responsabilité sont développées pour chacune des trois formes de substitution : non autorisée, indue et justifiée.

Chapitre XIII : Les relations entre mandataire et substitut

543. La substitution s'opère en principe par une représentation indirecte du mandant (N 53)¹. Le mandataire s'engage en personne à l'égard du substitut. Ce dernier et le mandataire sont par conséquent liés par convention. Ce chapitre présente les droits et obligations des parties à ce sous-mandat.

544. En tant que telle, l'analyse de cette relation contractuelle n'est pas directement liée à la problématique de la substitution, puisque les droits et obligations qui en découlent résultent essentiellement de la volonté des parties. Il importe peu, en réalité, que l'activité du substitut se greffe sur un rapport d'obligations principal liant un mandataire à son mandant. Le mandataire, qui devient sous-mandant, n'a qu'une obligation supplémentaire en sa qualité de débiteur remplacé. Il a le devoir, lorsque ce fait ne résulte pas des circonstances, d'informer le substitut que le service qu'il exécute est destiné au moins partiellement à un tiers (N 581 ss).

545. Si les liens unissant le mandataire au substitut ne sont guère spécifiques à la substitution, leur présentation est néanmoins essentielle. Les droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO sont ceux dont le mandataire dispose contre ce dernier. Il est donc utile de les décrire brièvement avant de déterminer si et dans quelle mesure ils peuvent être directement exercés par le mandant (N 683 ss). De plus, les droits du substitut envers le mandataire sont à la base des objections que le substitut peut opposer au mandant (N 642 ss). Nous abordons successivement les droits du mandataire contre le substitut (N 546 ss) et ceux du substitut contre le mandataire (N 572 ss).

A. Les droits du mandataire contre le substitut

546. Les droits du mandataire contre le substitut sont divers. Ils vont du droit à l'exécution du sous-mandat et à la mise en demeure du substitut (N 547 s.) au droit à des dommages-intérêts (N 566 ss). Ils comprennent également le droit de donner des instructions (N 549 ss), la reddition de compte et la restitution (N 552 ss), la cession légale (N 558 ss) et le droit de mettre un terme au contrat (N 563 ss). Si le mandant peut faire valoir certaines d'entre elles directement contre le substitut, le mandataire reste titulaire de ces prétentions. Elles ne sont pas cédées au mandant au sens de l'article 166 CO

¹ Nous sommes néanmoins d'avis que la substitution s'accommode aussi bien de la représentation indirecte que de la représentation directe (N 885 ss).

(N 628 s.). Le mandataire conserve notamment la possibilité d'influencer l'exécution du sous-mandat à tout moment².

1. L'exécution du sous-mandat et la mise en demeure du substitut

547. Comme tout débiteur, le substitut a l'obligation d'exécuter la prestation qu'il a promise (*pacta sunt servanda*). Son obligation de diligence, fondée sur l'article 398 alinéa 2 CO, comprend par ailleurs celle d'exécuter le mandat pour le moment ou à la période convenue³. Si la convention indique expressément ou implicitement le mandant comme destinataire de la prestation, le mandataire peut exiger du substitut qu'il s'exécute directement auprès du mandant.

548. La demeure du substitut est régie par les dispositions générales que sont les articles 102 ss CO⁴. Outre les dommages-intérêts dus en cas de retard dans l'exécution (art. 103 CO)⁵, le mandataire peut se prévaloir des moyens de l'article 107 alinéa 2 CO⁶, soit de la demande en exécution⁷, de la renonciation à la prestation afin de réclamer des dommages-intérêts positifs⁸ et de la résolution⁹.

2. Le droit de donner des instructions

549. Le mandataire a la possibilité de donner des instructions au substitut. Ce dernier « ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du [mandataire] et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation. » (art. 397 al. 1 CO).

550. L'instruction est une manifestation de volonté par laquelle le mandataire précise, complète, ou restreint l'étendue du sous-mandat unilatéralement¹⁰. Il ne peut pas valablement renoncer à cette prérogative¹¹ et

² BK-FELLMANN, CO 398 N 592.

³ BK-FELLMANN, CO 398 N 251.

⁴ BK-FELLMANN, CO 398 N 254 ; Bak-WEBER, CO 398 N 20.

⁵ DERENDINGER, N 179 s. ; BK-FELLMANN, CO 398 N 287.

⁶ DERENDINGER, N 162 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 295 ; HOFSTETTER, 93 ; Bak-WEBER, CO 398 N 19.

⁷ BK-FELLMANN, CO 398 N 308 ss. *Contra* : BK-GAUTSCHI, CO 398 N 26a.

⁸ HOFSTETTER, 93 ; Bak-WEBER, CO 398 N 19. *Contra* : DERENDINGER, N 163.

⁹ BK-FELLMANN, CO 398 N 324 ss.

¹⁰ HOFSTETTER, 101 s. ; CR-WERRO, CO 397 N 3.

¹¹ TF, 9 août 1995, SJ 1996 193, c. 2 ; HOFSTETTER, 101 ; TERCIER (contrats), N 4676 ; Bak-WEBER, CO 397 N 6 ; CR-WERRO, CO 397 N 3. *Contra* : BK-FELLMANN, CO 397 N 28 ss.

peut librement révoquer les instructions qui n'ont pas encore été exécutées¹². L'origine des instructions est double. Le mandataire peut être l'initiant, mais également le messenger du mandant. Il agit en tant que tel, lorsqu'il fait part au substitut des instructions qu'il a lui-même reçues du mandant.

551. L'instruction illicite ou contraire aux mœurs ne lie pas le substitut¹³. En tant que spécialiste, il ne doit généralement pas suivre les instructions déraisonnables¹⁴, notamment s'il s'agit d'instructions techniques (*Fachanweisungen*)¹⁵. Il est, par contre, lié par les instructions relatives à l'objectif recherché (*Zielanweisungen*)¹⁶. En principe, le mandataire est dans la profession ; du moins, il la connaît bien. Sauf à résilier le contrat, le substitut doit donc respecter les instructions techniques du mandataire, moyennant qu'il ait avisé ce dernier de leur éventuelle inadéquation¹⁷.

3. La reddition de compte et la restitution

552. En vertu de l'article 400 alinéa 1 CO, « [le substitut] est tenu, à la demande du [mandataire], de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. » L'obligation de rendre compte présente deux aspects : l'obligation de renseigner et celle de présenter des comptes.

553. Le devoir de renseigner oblige le substitut à fournir toute information réclamée par le mandataire en rapport avec l'exécution du sous-mandat¹⁸. Il doit donner au mandataire un compte-rendu clair et détaillé des actes accomplis et de certains faits importants¹⁹. L'information permet au mandataire de s'assurer que le contrat est correctement exécuté. Elle lui permet également de faire valoir le droit à la restitution et éventuellement des dommages-intérêts²⁰.

554. Le substitut a le devoir de présenter des comptes à la fin du mandat, mais également pendant l'exécution de celui-ci, sur demande du mandataire²¹. Ce droit est de nature impérative ; le mandataire ne peut pas y renoncer²². Le

¹² Bak-WEBER, CO 397 N 6 ; CR-WERRO, CO 397 N 3.

¹³ HOFSTETTER, 103 ; TERCIER (contrats), N 4680 ; Bak-WEBER, CO 397 N 7 ; CR-WERRO, CO 397 N 8.

¹⁴ ATF 62 II 274 (f), c. 1 ; TERCIER (contrats), N 4679 ; CR-WERRO, CO 397 N 10.

¹⁵ ATF 91 II 438 (f), c. 6a ; BK-FELLMANN, CO 397 N 63 ss ; CR-WERRO, CO 397 N 10.

¹⁶ BK-FELLMANN, CO 397 N 61 ss ; CR-WERRO, CO 397 N 10.

¹⁷ ATF 108 II 197, c. 2a, JdT 1982 I 548 ; DERENDINGER, N 119 ; BK-FELLMANN, CO 397 N 103 s. ; HOFSTETTER, 103 s. ; TERCIER (contrats), N 4679.

¹⁸ ATF 110 II 181, c. 2, JdT 1984 I 488 ; HOFSTETTER, 115 ; TERCIER (contrats), N 4702.

¹⁹ BK-FELLMANN, CO 400 N 27 ss ; CR-WERRO, CO 400 N 4.

²⁰ ATF 110 II 181, c. 2, JdT 1984 I 488 ; DERENDINGER, 127 ss ; HOFSTETTER, 115.

²¹ BK-FELLMANN, CO 400 N 29 ; TERCIER (contrats), N 4703 ; CR-WERRO, CO 400 N 6.

²² HOFSTETTER, 118 ; TERCIER (contrats), N 4704. *Contra* : BK-FELLMANN, CO 400 N 154.

décompte doit en principe être rédigé ; il indique de manière détaillée les recettes et les dépenses et est accompagné des pièces justificatives²³. Cette obligation permet au mandataire qui le désire d'exercer un contrôle sur l'action du substitut²⁴.

555. Le substitut a l'obligation de restituer au mandataire tout ce qu'il peut avoir acquis ou reçu lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat²⁵. Le patrimoine du substitut ne doit pas être affecté par l'exécution du sous-mandat²⁶. L'obligation de restituer vise tout ce qui a été remis au substitut par un tiers, par le mandataire lui-même ou directement par le mandant²⁷. L'article 400 alinéa 1 CO s'applique aux biens réels, aux droits personnels et aux choses sans valeur patrimoniale, tels des documents²⁸. Les rabais et les commissions, à moins qu'ils portent sur des frais généraux du substitut²⁹ doivent être rétrocédés au mandataire³⁰.

556. Le substitut doit également remettre au mandataire ce qu'il a lui-même créé dans l'exécution du sous-mandat (expertises, radiographies³¹, plans)³². L'obligation ne porte cependant pas sur les documents purement internes³³. Le substitut peut notamment refuser de remettre ses notes personnelles. Il n'a que l'obligation de les expliquer dans le cadre de son devoir d'information et de reddition de compte³⁴.

557. La restitution est exigible dès que la chose n'est plus nécessaire au substitut³⁵. Ce dernier peut compenser sa dette avec la créance qu'il détient contre le mandataire³⁶. Il dispose même d'un droit de rétention réel (art. 895 CC) ou contractuel, pour autant que l'objet de la restitution soit réalisable³⁷.

²³ ATF 110 II 181, c. 2, JdT 1984 I 488 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 35 ss ; TERCIER (contrats), N 4703.

²⁴ CR-WERRO, CO 400 N 8.

²⁵ TERCIER (contrats), N 4704 ; CR-WERRO, CO 400 N 11.

²⁶ BK-FELLMANN, CO 400 N 114 ; TERCIER (contrats), N 4705 ; CR-WERRO, CO 400 N 11.

²⁷ ATF 122 IV 322, c. 3c/aa, JdT 1998 IV 109 ; TERCIER (contrats), N 4706.

²⁸ ATF 122 IV 322, c. 3c, JdT 1998 IV 109 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 122 ; TERCIER (contrats), N 4706.

²⁹ HOFSTETTER, 121 ; CR-WERRO, CO 400 N 13.

³⁰ BK-FELLMANN, CO 400 N 131 ; CR-WERRO, CO 400 N 13.

³¹ BK-FELLMANN, CO 400 N 137 ss.

³² BK-FELLMANN, CO 400 N 135 ss ; TERCIER (contrats), N 4706.

³³ ATF 122 IV 322, c. 3c/aa, JdT 1998 IV 109 ; BK-FELLMANN, CO 400 N 136.

³⁴ HOFSTETTER, 119 s. ; CR-WERRO, CO 400 N 14.

³⁵ CR-WERRO, CO 400 N 17.

³⁶ CR-WERRO, CO 400 N 19.

³⁷ ATF 122 IV 322, c. 3a et 3c/cc, JdT 1998 IV 109.

4. La cession légale

558. En vertu de l'article 401 alinéa 1 CO, « [lorsque] le [substitut] acquiert en son propre nom, pour le compte du [mandataire], des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du [mandataire] dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le [substitut]. » Cette disposition s'applique en cas de représentation indirecte³⁸.

559. Le but poursuivi par la norme est de rapprocher les effets de la représentation indirecte de ceux de la représentation directe³⁹. Lorsque le substitut représente indirectement le mandataire, il est personnellement titulaire des biens et des droits acquis. Il doit donc les transférer au mandataire, ce qui oblige ce dernier, en cas de refus du substitut, à exercer l'action en restitution (art. 400 al. 1 CO).

560. Pour éviter notamment le risque d'une faillite⁴⁰, l'article 401 CO accorde un privilège au mandataire. Il opère une cession légale au mandataire des créances et des biens mobiliers acquis par le substitut dans l'exercice de son mandat. L'application de cette disposition dépend de la réalisation de trois conditions : il doit s'agir de créances individualisables ou de biens mobiliers individualisés⁴¹ (également des papiers-valeurs⁴²) ; ces créances ou ces biens doivent avoir été acquis dans l'exécution régulière du mandat ; le mandataire doit avoir exécuté ses obligations vis-à-vis du substitut.

561. Le mandataire peut notifier la subrogation aux tiers dès que les conditions sont remplies⁴³, ce qui lui permet d'éviter que le substitut dispose des biens et des créances. Le mandataire devient titulaire des droits et des créances⁴⁴, mais il n'acquière pas la propriété des meubles⁴⁵. Il n'est titulaire que d'un droit tendant à son transfert.

562. La question se pose de savoir si le mandataire peut devenir titulaire des droits et créances acquis par le substitut contre des tiers, puisque le substitut agit en réalité pour le compte du mandant et non pour celui du mandataire. A notre sens, lorsqu'il a exécuté ses obligations à l'égard du substitut, mais que le mandant n'a encore pas honoré les siennes envers lui, le mandataire acquiert les droits. Nous n'admettons en effet pas leur cession au

³⁸ ATF 102 II 103 (f), c. I/1. Sur la notion de représentation indirecte : CR-CHAPPUIS, CO 32 N 4.

³⁹ ATF 117 II 429, c. 3b, JdT 1994 II 2.

⁴⁰ ATF 122 III 361, c. 3a, JdT 1997 I 206 ; TERCIER (contrats), N 4711.

⁴¹ CR-WERRO, CO 401 N 10. Pour que cette disposition trouve application, il faut que l'argent perçu par le substitut soit crédité sur un compte libellé au nom du mandataire et demeure séparé des autres fonds de ce dernier (TF, 20 juillet 1990, SJ 1990 637, c. 2 ; ATF 102 II 103 (f), c. II/1).

⁴² ATF 124 III 350, c. 2, JdT 1999 I 362.

⁴³ ATF 115 II 468, c. 2b, JdT 1990 I 374.

⁴⁴ TERCIER (contrats), N 4719.

⁴⁵ TERCIER (contrats), N 4720.

mandant tant que ce dernier n'a pas exécuté ses obligations à l'égard du mandataire (N 671 ss). Par conséquent, si nous devons donner une réponse inverse à cette question, cela permettrait au substitut de conserver la titularité des droits, ce que l'article 401 alinéa 1 CO entend précisément éviter. Le mandataire, qui acquiert ces droits et créances, dispose ainsi d'un moyen de pression sur son mandant s'il n'obtient pas sa rémunération.

5. Le droit de renoncer à l'exécution du sous-mandat et d'y mettre un terme

563. En application des règles sur la demeure⁴⁶, le mandataire peut renoncer à l'exécution du service ou résoudre le sous-mandat (art. 107 al. 2 CO). Ces deux moyens lui sont ouverts lorsque le substitut n'exécute pas la prestation promise, nonobstant la fixation, par le mandataire, d'un délai supplémentaire (art. 107 al. 1 CO). En vertu de l'article 404 alinéa 1 CO, le mandataire peut par ailleurs mettre un terme en tout temps au contrat de mandat avec effet *ex nunc*.

564. Lorsque le mandataire fait usage de l'une de ces prérogatives, l'obligation du substitut d'exécuter le service s'éteint, celles de restituer, de rendre compte, de discrétion ou encore d'indemniser en cas de dommage demeurent⁴⁷. En cas de renonciation à la prestation et de résiliation, l'obligation du mandataire de rembourser⁴⁸ et de rémunérer le substitut pour les services exécutés conformément à la convention est également maintenue⁴⁹.

565. La renonciation aux services du substitut et la résolution (art. 107 al. 2 CO), ainsi que la résiliation du sous-mandat (art. 404 al. 1 CO) n'influencent pas le contrat de base entre le mandant et le mandataire. Ce dernier a toutefois l'obligation de reprendre en main l'exécution du contrat ou de procéder à une nouvelle substitution (N 752 ss).

6. Les dommages-intérêts

566. Une prétention en dommages-intérêts du mandataire contre le substitut a plusieurs fondements possibles. Elle peut résulter de la demeure du substitut et conduire à une indemnisation de l'intérêt positif en cas de renonciation à l'exécution (art. 107 al. 2 CO) ou de l'intérêt négatif en cas de résolution (art. 109 al. 2 CO). Elle peut découler d'une résiliation en temps

⁴⁶ BK-FELLMANN, CO 398 N 254 ; Bak-WEBER, CO 398 N 20.

⁴⁷ BK-FELLMANN, CO 404 N 30 ; TERCIER (contrats), N 4827 ; Bak-WEBER, CO 404 N 4 ; CR-WERRO, CO 404 N 5.

⁴⁸ BK-FELLMANN, CO 404 N 30 ; CR-WERRO, CO 404 N 5.

⁴⁹ BK-FELLMANN, CO 404 N 30 ; TERCIER (contrats), N 4827 ; CR-WERRO, CO 404 N 5.

inopportun par le substitut (art. 404 al. 2 CO)⁵⁰. La prétention est néanmoins le plus souvent due à la violation par le substitut de son obligation de diligence ou de fidélité (art. 398 al. 1 et 2 CO).

567. En application de l'article 398 alinéa 1 CO, « [la] responsabilité du [substitut] est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail. » Le substitut est responsable envers le mandataire de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Le renvoi à l'article 321e CO se comprend comme une application des principes généraux des articles 97 et 101 CO⁵¹. La responsabilité du substitut est soumise à la réalisation des quatre conditions ordinaires de la responsabilité contractuelle : la violation d'une obligation, un préjudice, un lien de causalité entre la violation de l'obligation et le préjudice et une faute présumée.

568. Le mandataire doit démontrer que le substitut a violé l'une de ses obligations contractuelles. Il peut s'agir de l'obligation principale : l'exécution diligente et conforme aux instructions de la prestation (art. 397 et 398 al. 2 CO). Ce peut également être une obligation accessoire, telle que la reddition de compte ou la restitution des droits et des biens acquis (art. 400 al. 1 CO).

569. Le mandataire doit prouver l'existence d'un préjudice, qu'il s'agisse d'une diminution involontaire du patrimoine ou d'un tort moral. Il peut faire valoir son dommage immédiat et son dommage médiat. Le préjudice est immédiat si le comportement provoque par exemple une perte de clientèle pour le mandataire. Il est cependant le plus souvent médiat et prend la forme d'une prétention en dommages-intérêts du mandant dirigée contre le mandataire.

570. La violation de l'obligation du substitut et le dommage subi par le mandataire doivent être en lien de causalité naturel et adéquat. Il appartient au mandataire de démontrer que la violation de l'obligation est une *conditio sine qua non* de la réalisation du dommage. C'est au juge de déterminer si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la violation de l'obligation contractuelle est en soi propre à favoriser la survenance du préjudice subi.

571. Le substitut répond de toute faute, même légère (art. 99 al. 1 CO). Il répond également des actes de ses auxiliaires en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO. Si le substitut s'est lui aussi substitué un tiers, l'étendue de sa responsabilité dépend des éventuelles autorisation (art. 398 al. 3 CO) et justification de la substitution (art. 399 al. 1 ou 2 CO)⁵². Dans les cas rares, où le

⁵⁰ Sur cette notion et ses conséquences juridiques, voir l'analyse effectuée en lien avec la résiliation en temps inopportun du mandataire et la prétention en dommages-intérêts du substitut qui en résulte (N 591 ss).

⁵¹ TERCIER (contrats), N 4724.

⁵² Pour une présentation de la responsabilité du mandataire en fonction du type de substitution opéré, voir N 806 ss.

sous-mandat est confié sans rémunération, la responsabilité du substitut peut être appréciée avec moins de rigueur en vertu de l'article 99 alinéa 2 CO.

B. Les droits du substitut contre le mandataire

572. Les droits du substitut sont de plusieurs natures. En qualité de mandataire dans le cadre du sous-mandat, il dispose essentiellement du droit aux honoraires, au remboursement de ses frais et à la libération des obligations contractées (N 573 ss), du droit de mettre fin au sous-mandat (N 579 ss) et du droit à des dommages-intérêts (N 591 ss). En tant que substitut, il a également le droit de savoir qu'il a cette fonction (N 581 ss). Il se pose enfin la question de ses prérogatives en termes de représentation du mandant (N 585 ss).

1. Les honoraires, les frais et la libération des obligations

573. Le substitut dispose essentiellement de droits de nature pécuniaire. Malgré le libellé de l'article 394 alinéa 3 CO, la rémunération de son activité est aujourd'hui la règle (N 212 s.)⁵³. Le substitut a droit à une rémunération non seulement lorsque les parties l'ont convenue, mais également lorsque la prestation fournie l'est généralement contre rémunération. Si le substitut est un avocat, un médecin, un architecte, un notaire ou une banque, et qu'il fournit un service au mandataire en cette qualité⁵⁴, il a droit au paiement d'honoraires.

574. Le montant de la rémunération peut être déterminé à l'avance ou n'être que déterminable. C'est le cas si les parties se sont mises d'accord sur un montant forfaitaire ou sur un tarif horaire. C'est également le cas si la rémunération est fixée sur la base d'un pourcentage du résultat obtenu par le substitut. Notons que cette dernière méthode de fixation des honoraires peut être contraire aux règles déontologiques ou à la loi dans certaines professions⁵⁵.

575. Lorsque le montant de la rémunération n'a fait l'objet d'aucune discussion, il est en pratique déterminé par le substitut en fonction des usages de sa profession. Il est fixé en définitive par le juge si le mandataire le conteste.

⁵³ ATF 82 IV 145, c. 2a, JdT 1957 IV 71 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 366 ; VON BÜREN (Auftrag), 86 ; Bak-WEBER, CO 394 N 36 ; CR-WERRO, CO 394 N 38.

⁵⁴ ATF 82 IV 145, c. 2a, JdT 1957 IV 71. Le Tribunal fédéral considère dans cet arrêt qu'une rémunération est due quand l'affaire traitée ou le service rendu le sont à titre professionnel.

⁵⁵ Pour un exemple, voir l'article 12 lettre e de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA, RS 935.61).

576. En pratique, la facture du substitut est parfois envoyée directement au mandant. Le substitut ne dispose pourtant pas de créance contre le mandant⁵⁶, mais d'un point de vue économique, cette somme est due par lui et son paiement a le mérite d'être plus direct. Cette modalité est un exemple, parmi d'autres, qui illustre les particularités de la substitution. Aux fins de libérer le mandataire conformément à son obligation résultant de l'article 402 alinéa 1 CO, le mandant exécute parfois directement les obligations du mandataire à l'égard du substitut.

577. Le substitut peut réclamer le remboursement des frais nécessaires à l'exécution du service (art. 402 al. 1 CO). Pour être remboursables, ces frais doivent avoir été engagés volontairement. S'ils ne le sont pas, ils constituent un dommage. Ils doivent résulter d'une exécution régulière du mandat et conforme aux instructions du mandataire. Ils ne portent en principe pas sur les frais courants du substitut (loyer commercial, salaires, etc.) qui sont eux couverts par la rémunération. En règle générale, le substitut obtient une avance destinée à couvrir ces frais.

578. Le substitut peut exiger du mandataire qu'il le libère des obligations contractées. Il s'agit des dettes résultant d'un acte juridique conclu en son nom, mais pour le compte du mandataire ou du mandant (art. 402 al. 1 CO). Ces obligations doivent être nées de l'exécution régulière du mandat et conforme aux instructions du mandataire. Cette libération a lieu par le paiement direct de la dette par le mandataire, éventuellement par une reprise privative de dette (art. 175 ss CO).

2. Le droit de mettre fin au sous-contrat

579. Certains auteurs n'autorisent pas le substitut à résilier le sous-mandat⁵⁷. Nous sommes toutefois d'avis, avec le Tribunal fédéral⁵⁸, que l'article 404 alinéa 1 CO permet aux deux parties de mettre un terme au contrat de mandat avec un effet *ex nunc* (N 214 ss). Le substitut qui fait usage de cette prérogative s'expose tout de même à une prétention en dommages-intérêts fondée sur l'alinéa 2 de la disposition.

580. Lorsque le mandataire ne verse pas les acomptes prévus par la convention, le substitut peut également faire valoir les moyens de l'article 107 alinéa 2 CO et notamment celui de la résolution. La résiliation ou la résolution

⁵⁶ ATF 41 II 268 (n.t.), c. 3 ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; CJ, 30 octobre 1942, SJ 1943 231, 233 ; AK, 5 septembre 1903, ZR 1904 307 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 95 ; FICK/VON MORLOT, CO 399 N 19 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 45d ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 10 ; TERCIER (contrats), N 4660. *Contra* : CJ, 3 mars 1925, SJ 1925 299, 302 s. ; DÜRR, 92 ; ROSSEL, 442.

⁵⁷ HOFSTETTER, 63 ; Bak-WEBER, CO 404 N 8 ; CR-WERRO, CO 404 N 6.

⁵⁸ ATF 2A.502/2004, 28 avril 2005, c. 5.2 (révocation) ; ATF 4C.199/2004, 11 janvier 2005, c. 10.2.1 (répudiation) ; ATF 115 II 464, c. 2a, JdT 1990 I 312.

ne mettent pas fin au rapport contractuel de base. Le contrat de mandat conclu entre le mandant et le mandataire est maintenu, avec la charge éventuelle pour ce dernier de reprendre l'exécution personnelle du service (N 753 ss).

3. Le droit de connaître sa qualité de substitut

581. Le substitut a généralement la possibilité de reconnaître qu'il fonctionne en cette qualité. C'est le cas notamment s'il sait ou doit savoir que le service n'est pas exclusivement destiné au mandataire. La banque du bénéficiaire connaît le nom du donneur d'ordre et sait qu'elle n'agit pas pour le compte de la banque de ce dernier.

582. Lorsque sa qualité de substitut n'est pas reconnaissable, il appartient au mandataire de l'en informer en vertu du principe de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Le substitut doit savoir que son activité est destinée à un tiers et que ce dernier est susceptible de faire valoir des prétentions de nature contractuelle à son encontre. Si cette information n'est pas déterminante pour la qualification de substitution, elle peut en revanche l'être dans les relations entre le mandant et le substitut.

583. En effet, le substitut est débiteur, en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, d'une série d'obligations à l'égard du mandant (N 683 ss). S'il n'a pas conscience qu'un tiers est le véritable destinataire de ses prestations et, par conséquent, le titulaire de droits directs à son encontre, le substitut peut être amené à refuser d'entrer en matière sur certaines requêtes du mandant. Le manque d'intérêt du substitut pourrait être constitutif d'une violation contractuelle, notamment si le mandant a formulé des instructions que le substitut ne suit pas.

584. Contraint d'indemniser le mandant, le substitut pourrait éventuellement se retourner contre le mandataire en vertu de l'article 97 alinéa 1 CO. Si les conséquences pécuniaires de la violation de cette obligation devraient être rares en pratique, il ne faut pas pour autant ignorer cette obligation spécifique à la substitution.

4. La possibilité de représenter le mandant

585. La possibilité pour le substitut de représenter le mandant n'est pas véritablement un droit dont le substitut dispose contre le mandataire. Il s'agit d'une prérogative qui résulte de la convention passée entre eux et qui est transférée du mandataire au substitut.

586. Le contrat de mandat principal accorde parfois au mandataire la possibilité de représenter le mandant. En vertu de l'article 396 alinéa 2 CO, « le

mandat comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution. » En revanche, « [le] mandataire ne peut, sans un pouvoir spécial, intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles, ni faire des donations » (art. 396 al. 3 CO).

587. Lorsque l'exécution du contrat nécessite une représentation directe du mandant, le substitut doit disposer du pouvoir de représentation, faute de quoi, il ne peut pas atteindre l'objectif fixé par le mandant. Le pouvoir de représentation accordé au mandataire résulte d'un rapport de confiance particulier. Lorsque le mandant confie à son mandataire une activité qui implique la conclusion d'actes juridiques en son nom et pour son compte, il lui accorde une confiance qu'il n'octroierait pas nécessairement à n'importe qui. Cette prérogative du mandataire explique également l'interdiction de principe de la substitution (art. 398 al. 3 CO).

588. Lorsque la substitution est autorisée en vertu de l'article 398 alinéa 3 CO, soit qu'elle est fondée sur l'accord du mandant, un usage ou les circonstances, le pouvoir de représentation du mandant passe au substitut. Si le mandant autorise le mandataire à faire intervenir un tiers, il sait que ce dernier passera les actes que le mandataire avait la charge d'effectuer⁵⁹. Par ailleurs, lorsque l'usage ou les circonstances autorisent la substitution, il n'y a pas de raison d'empêcher le substitut d'exercer l'activité du mandataire de la même manière et avec les mêmes modalités que si le mandataire l'avait exécutée lui-même.

589. Il en va de même du pouvoir spécial visé à l'article 396 alinéa 3 CO. Si l'exécution du mandat consiste en l'aliénation d'un immeuble ou si le mandant a l'intention de trouver une solution transactionnelle à un litige, il faut que le substitut autorisé puisse exécuter les instructions du mandant.

590. Ces pouvoirs de représentation ne passent pas lorsque la substitution n'est pas autorisée. Le mandant dispose toutefois de la possibilité de ratifier la convention passée avec un quart. Une apparence efficace de pouvoirs de représentation peut également avoir pour effet d'engager le mandant (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO).

5. Les dommages-intérêts

591. En vertu de l'article 402 alinéa 2 CO, le mandataire doit indemniser le substitut du dommage causé par l'exécution du mandat, s'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute. L'indemnité est liée à la réalisation de

⁵⁹ Dans ce sens : BK-FELLMANN, CO 398 N 626 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 46a.

trois conditions. Le substitut doit avoir subi un dommage. Le préjudice doit résulter de l'exécution du mandat. Le mandataire doit enfin être fautif⁶⁰.

592. Le substitut peut également fonder une prétention en dommages-intérêts sur l'article 97 alinéa 1 CO s'il subit un dommage dû à la violation fautive d'une obligation contractuelle du mandataire. Le mandataire doit indemniser le substitut si celui-ci est victime d'un dommage parce qu'il ne sait pas qu'il agit en cette qualité (N 581 ss).

593. En pratique, une prétention en dommages-intérêts du substitut contre le mandataire résulte le plus souvent de l'application de l'article 404 alinéa 2 CO. En vertu de cette disposition, « [celle] des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit [...] indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause. »

594. Le régime de la résiliation immédiate du contrat de mandat rappelle celui de la résiliation immédiate du contrat de travail (art. 337 CO). Chacune des parties a le pouvoir de mettre un terme à la relation contractuelle. La manifestation de volonté que son destinataire comprend ou doit comprendre comme une résiliation a pour effet de mettre fin immédiatement aux relations contractuelles. Ce pouvoir de résilier ne signifie pour autant pas que la partie qui en fait usage a le droit de le faire. La notion de *temps opportun* que l'on peut déduire *a contrario* de l'article 404 alinéa 2 CO est interprétée par le Tribunal fédéral de manière sensiblement identique à celle de *justes motifs* de l'article 337 alinéa 1 et 2 CO⁶¹.

595. Le mandataire doit indemniser le substitut en vertu de l'article 404 alinéa 2 CO lorsque lui ou le mandant (N 579) met un terme à la convention sans être au bénéfice de motifs sérieux et que la résiliation cause un dommage au substitut. « Est un motif sérieux une faute entraînant la perte de confiance dans le partenaire contractuel. »⁶²

596. Sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports contractuels (art. 337 al. 2 CO). Le motif peut être imputable à la faute personnelle de l'autre partie, à celle de son auxiliaire, éventuellement à son organisation.

597. Dans le cadre de la substitution, lorsque le mandant résilie le contrat de mandat principal, il oblige le mandataire à retirer le mandat confié au substitut. Cette circonstance n'est pas constitutive d'un juste motif de résiliation si elle n'est pas imputable au substitut. Le mandant doit ici être

⁶⁰ La charge de la preuve fait l'objet de controverses en doctrine. Sur cette question, voir notamment : TERCIER (contrats), N 4768 ; WERRO (mandat), N 683 ss.

⁶¹ TF, 22 décembre 1999, SJ 2000 I 485, c. 1a/bb.

⁶² CR-WERRO, CO 404 N 12.

considéré comme l'auxiliaire du mandataire. Le motif de résiliation doit donc être imputé à ce dernier.

598. Le substitut peut réclamer la réparation de son intérêt négatif. Il est replacé dans la situation dans laquelle il serait s'il n'avait pas engagé les frais nécessaires à l'exécution du service qu'on lui a retiré.

Chapitre XIV : Les relations entre mandant et substitut

599. La substitution s'opère en principe par une représentation indirecte du mandant (N 53)¹. Le mandataire s'engage en personne à l'égard du substitut. Il n'agit que pour le compte du mandant. Ce dernier et le substitut ne sont par conséquent pas liés par convention (art. 32 al. 3 CO). En raison de l'article 399 alinéa 3 CO, l'absence de rapport contractuel entre eux ne les empêche toutefois pas d'être liés juridiquement. Ce chapitre porte essentiellement sur l'analyse et l'application de cette disposition.

600. Nous l'ouvrons par une présentation du contexte (N 601 ss). Nous décrivons ensuite l'article 399 alinéa 3 CO (N 616 ss) avant d'exposer les droits du mandant contre le substitut (N 683 ss). La responsabilité de ce dernier fait finalement l'objet d'un examen indépendant (N 699 ss).

A. Le contexte

601. Les relations entre le mandant et le substitut se caractérisent par l'absence de relation contractuelle (N 602 ss) et, en principe, de prétentions contractuelles (N 606 ss). Les exceptions sont néanmoins potentiellement nombreuses (N 610 ss).

1. L'absence de relation contractuelle

602. Lorsque le mandataire conclut la convention avec le substitut en son propre nom, il ne représente qu'indirectement le mandant, de sorte que ce dernier et le substitut ne sont pas liés contractuellement². Certains auteurs considèrent toutefois qu'une substitution autorisée par le mandant (art. 398 al. 3 CO) crée une relation contractuelle³.

603. Georg GAUTSCHI se fonde à cet égard sur l'article 424 CO⁴, qui dispose : « Si les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, les règles du mandat deviennent applicables. » L'auteur applique cette théorie lorsqu'un mandat est confié à l'un des partenaires d'un cabinet d'avocats ou d'un bureau

¹ Nous sommes néanmoins d'avis que la substitution s'accommode aussi bien de la représentation indirecte que de la représentation directe (N 885 ss).

² AK, 5 septembre 1903, ZR 1904 307 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 92 ; JAUSSE, 35 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 10 ; SCHNEEBERGER, 179 ; TERCIER (contrats), N 4660.

³ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 42b ; JAUSSE, 33.

⁴ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 41b. Bak-WEBER, CO 399 N 6 semble être du même avis.

d'architectes. L'usage permettrait au mandataire initial de transmettre le dossier à l'un de ses associés. L'associé entrerait en relation contractuelle directe avec le mandant, si ce dernier ratifie la substitution ou la tolère⁵. Par ailleurs, lorsque le fiduciaire, gravement malade, est contraint de se faire remplacer parce qu'il ne peut pas joindre son mandant, un lien contractuel se nouerait entre ce dernier et le remplaçant si le mandataire meurt⁶.

604. Nous ne sommes pas de cet avis. La ratification des actes du gérant ne suffit pas à créer un contrat de mandat ; l'article 424 CO n'engendre que l'application de certaines règles du mandat, il ne crée pas de rapport contractuel direct⁷. Le but de cette disposition est de pallier l'absence de cause à l'activité du gérant. En cas de substitution, la prestation du substitut a une base contractuelle, il n'est donc pas nécessaire de combler des lacunes qui n'existent pas.

605. De plus, la création d'un rapport contractuel nécessite la volonté de toutes les parties. Il convient de déterminer si elles souhaitent qu'un lien soit noué entre le mandant et le substitut. Si ce n'est pas le cas, sous réserve d'une apparence de pouvoir (art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO) ou d'une application de l'article 32 alinéa 2 CO⁸, la représentation, voulue indirecte, le reste.

2. L'absence, en principe, de prétentions contractuelles

606. En vertu de la relativité des conventions (N 56), seules les parties au contrat sont débitrices et/ou créancières des obligations qu'elles ont contractées. Les droits de créance ne peuvent être élevés que contre le ou les débiteur(s) et exclusivement par le ou les titulaire(s) du droit⁹. Un tiers ne peut pas se prévaloir d'une convention à laquelle il n'est pas partie pour faire valoir des droits de nature contractuelle¹⁰ ; la créance appartient au créancier et à personne d'autre¹¹. Il ne peut pas non plus se voir imposer des obligations auxquelles il ne s'est pas lui-même engagé¹².

⁵ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 42b.

⁶ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 43b.

⁷ ZK-GAUCH/SCHMID, CO 424 N 15 et 17 ; CR-HERITIER LACHAT, CO 424 N 4. Voir également HOFSTETTER, 249 s., et TERCIER (contrats), N 5334, pour qui la relation contractuelle est fictive.

⁸ « Lorsque au moment de la conclusion du contrat, le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation, ou s'il lui était indifférent de traiter avec l'un ou l'autre. » (art. 32 al. 2 CO).

⁹ ATF 114 II 91, c. 4a/aa, JdT 1988 I 310 ; Bak-BUCHER, Einl. vor CO 1 ss N 40.

¹⁰ ATF 4C.126/2005, 30 août 2005, c. 2.3 ; ATF 131 III 217 (f), c. 4.2 ; ATF 4C.387/2000, 15 mars 2001, c. 2a ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 44 ; CR-THÉVENOZ, CO 97 N 42.

¹¹ BK-KRAMER, All. Einl. OR N 47.

¹² CR-THÉVENOZ, CO 97 N 42.

607. En rapport avec la convention conclue entre le mandant et le mandataire, le substitut est un tiers. Le mandant est également externe à la convention conclue entre le mandataire et le substitut. L'un et l'autre ne pouvant se prévaloir d'un contrat auquel ils ne sont pas partie, le mandant et le substitut ne peuvent en principe pas élever de prétentions réciproques de nature contractuelle¹³.

608. Tous deux ont pourtant intérêt, en pratique, à bénéficier de telles prétentions. Le substitut effectue une prestation destinée principalement au mandant (N 352 ss). D'un point de vue économique, il est illogique qu'il ne bénéficie pas du droit de réclamer au mandant la rémunération qui s'y rapporte. Il n'est d'ailleurs pas rare en pratique que le substitut envoie directement sa facture au mandant. Cela ne signifie pas qu'il est juridiquement créancier, mais le paiement par le mandant a le mérite d'éteindre la dette du mandataire à l'égard du substitut et de libérer le mandant de celle qu'il a à l'égard du mandataire.

609. Le mandant, destinataire final de la prestation, a un intérêt bien plus direct que le mandataire à ce que le service soit exécuté à la date convenue et conformément à la convention. Il est paradoxal, d'un point de vue économique également, qu'il ne bénéficie pas de la possibilité de réclamer l'exécution, de donner des instructions ou de se faire indemniser par le mandant lorsqu'il subit un dommage. Ces droits sont ouverts si le mandataire représente directement le mandant (art. 32 al. 1 CO), mais le principe de la relativité des conventions les exclut en cas de représentation indirecte. Dans ces cas, « une cession de la créance ou une reprise de la dette est nécessaire en conformité des principes qui régissent ces actes. » (art. 32 al. 3 CO).

3. Les fondements exceptionnels de prétentions réciproques

610. En vertu de l'article 164 alinéa 1 CO, « [le] créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. » Cette disposition permettrait au mandataire de céder au mandant les créances dont il dispose contre le substitut et de céder au substitut celles qu'il détient contre le mandant. Les deux cessionnaires éventuels sont toutefois dépendants de la volonté du mandataire¹⁴.

611. En vertu de l'article 175 alinéa 1 CO, « [la] promesse faite à un débiteur de reprendre sa dette oblige le reprenant à le libérer soit en payant le créancier, soit en se chargeant de la dette du consentement de celui-ci. » Cette norme

¹³ BK-FELLMANN, CO 399 N 92.

¹⁴ Sur les rapports entre la cession de créance et l'article 399 alinéa 3 CO, voir N 628 s.

permettrait également au mandant et au substitut de devenir titulaires de créances réciproques. Cette procédure nécessite cependant l'accord de toutes les parties. Le mandant bénéficierait de prétentions contre le substitut si ce dernier reprenait la dette du mandataire. Cela suppose l'accord du mandataire et du substitut (reprise de dette interne), mais également celui du mandant (reprise de dette externe)¹⁵.

612. D'autres constructions juridiques sont susceptibles de générer des prétentions contractuelles entre le mandant et le substitut. En vertu de l'article 112 alinéa 1 CO, « [celui] qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. » L'alinéa 2 ajoute que « [le] tiers ou ses ayants droits peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage. » Le mandataire qui se fait remplacer peut convenir avec le remplaçant que la prestation de ce dernier sera fournie directement au mandant (art. 112 al. 1 CO). Dans un cas comme celui-ci, il ressort de la volonté des parties que le mandant peut en réclamer l'exécution personnellement (art. 112 al. 2 CO). Des droits de nature contractuelle peuvent ainsi être créés à charge du substitut et au profit du mandant. L'existence d'une stipulation pour autrui parfaite ne se présume néanmoins pas¹⁶.

613. La théorie allemande du contrat avec effet protecteur envers les tiers permettrait également d'attribuer une prétention de nature contractuelle au mandant contre le substitut, éventuellement une prétention du substitut contre le mandant¹⁷. Elle a l'avantage, par rapport à la liquidation du dommage de tiers, de donner la titularité de la créance à la victime du dommage¹⁸. Elle n'est toutefois pas encore admise par le Tribunal fédéral et de nombreux auteurs contestent son utilité en droit suisse¹⁹.

614. La cession de créance et la reprise de dette nécessitent l'accord du mandataire. La stipulation pour autrui parfaite suppose la volonté des parties d'attribuer des droits au tiers à la convention. L'effet protecteur du contrat envers les tiers ne fait pas (encore) partie du droit positif suisse. Les possibilités pour le mandant et le substitut d'invoquer des exceptions au principe de la relativité des conventions ont donc leurs limites.

¹⁵ Sur ces notions : CR-PROBST, Intro. CO 175-183 N 5 ss. Sur les rapports entre la stipulation pour autrui et l'article 399 alinéa 3 CO, voir N 622 ss.

¹⁶ BK-WEBER, CO 112 N 44.

¹⁷ Sur les rapports entre la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers et l'article 399 alinéa 3 CO, voir N 713 ss.

¹⁸ CR-THEVENOZ, CO 97 N 47 ; YUNG, 317 s. Sur la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers, voir notamment : TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; ATF 117 II 315 (f), c. 5c/bb ; CHAIX, 250 ss ; KOLLER (Grundzüge), 1492 ss ; MOSER, 47 ss ; WALTER, 284 ss. Sur la théorie de la liquidation du dommage de tiers, voir N 716 ss.

¹⁹ ATF 130 III 345, c. 1, JdT 2004 I 207 ; TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; KOLLER (Grundzüge), 1494 ; SCHWENZER, N 87.05.

615. Le législateur a cependant introduit l'article 399 alinéa 3 CO. Cette disposition permet au mandant de faire valoir des droits contre le substitut, qui rendent les dérogations en sa faveur, résultant des principes développés ci-dessus, inutiles. Celles en faveur du substitut ne le sont en revanche pas, puisque ce dernier ne peut tirer aucune prétention de cette norme²⁰.

B. L'article 399 alinéa 3 CO

616. L'article 399 alinéa 3 CO est libellé ainsi :

« Dans les deux cas, le mandant peut faire valoir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée les droits que ce dernier a contre elle. »

617. Cette norme attribue au mandant des droits de nature contractuelle dont il ne bénéficie pas en raison de la représentation indirecte. Elle a notamment pour but de compenser l'absence de prétention du mandant contre le mandataire lorsque la substitution est justifiée et que les obligations de ce dernier sont limitées au soin avec lequel il a choisi et instruit le substitut (art. 399 al. 2 CO)²¹. Contrairement à ce que la Cour de Justice genevoise semblait soutenir en 1925²², cette disposition ne s'applique pas qu'en cas de substitution justifiée. Elle trouve également application en cas de substitution non autorisée par l'article 398 alinéa 3 CO et en cas de substitution induite au sens de l'article 399 alinéa 1 CO.

618. La jurisprudence n'est pas abondante sur l'article 399 alinéa 3 CO. Les illustrations ne sont donc pas nombreuses. Dans un arrêt du 21 janvier 1984, le Tribunal fédéral a considéré que cette disposition permet au mandant de donner des instructions et de réclamer la restitution des biens remis au substitut²³.

Le 11 mai 1977, dame A. charge la banque B., à Zurich, de transférer 10 lingots d'or d'un kilo au compte n°595.060.0.8 Q, à la banque C. à Locarno. La banque B. exécute l'ordre le 30 août 1977. Ce compte était ouvert au nom de sieur D. La banque C., après avoir consulté l'héritière universelle de dame A. et les exécuteurs de la succession, procède à l'ordre, malgré l'opposition de ces derniers.

²⁰ ATF 41 II 268 (n.t.), c. 3 ; OG, 26 mars 2001, AGVE 2001 30, c. 1b ; CJ, 30 octobre 1942, SJ 1943 231, 233 ; AK, 5 septembre 1903, ZR 1904 307 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 95 ; FICK/VON MORLOT, CO 399 N 19 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 45d ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 10 ; TERCIER (contrats), N 4660. *Contra* : CJ, 3 mars 1925, SJ 1925 299, 302 s. ; DÜRR, 92 ; ROSSEL, 442.

²¹ Sur les obligations du mandataire en cas de substitution (N 743 ss) et en particulier celles de choisir et instruire avec soin le substitut (N 757 ss).

²² CJ, 3 mars 1925, SJ 1925 299, 302.

²³ ATF 110 II 183, c 2b, JdT 1985 I 223.

619. Selon le Tribunal fédéral, la banque C. a agi en qualité de substitut de la banque B. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, l'héritière universelle de dame A. était en droit de donner l'instruction à la banque C. de ne pas procéder au virement. En enfreignant les instructions de la mandante, la sous-mandataire devait répondre du dommage qu'elle a causé²⁴. La mandante pouvait également revendiquer les lingots d'or.

620. Nous nous penchons dans un premier temps sur la nature de l'article 399 alinéa 3 CO (N 621 ss). Nous abordons ensuite l'étendue des prétentions que peut faire valoir le mandant (N 636 ss). Nous terminons par l'analyse des dérogations contractuelles que les parties peuvent prévoir (N 658 ss).

1. La nature de l'article 399 alinéa 3 CO

621. L'article 399 alinéa 3 CO fait partie des rares normes du Code des obligations qui, en dérogation au principe de la relativité des conventions²⁵, accordent des droits à une personne qui n'est pas partie au rapport contractuel. Elle permet au mandant de faire valoir les droits de créance dont le mandataire bénéficie contre le substitut. La nature de cette norme est controversée. Certains auteurs voient dans les effets de la norme l'expression d'une stipulation pour autrui (N 622 ss) ; d'autres celle d'une cession légale (N 628 s.). A notre sens, l'article 399 alinéa 3 CO crée un rapport d'obligations unilatéral (N 630 ss).

a. Un cas de stipulation pour autrui ?

622. Nombreux sont les auteurs à considérer que l'article 399 alinéa 3 CO est l'expression légale d'une stipulation pour autrui. Certains voient des conséquences juridiques similaires entre les deux institutions²⁶ ; d'autres considèrent que le mandant bénéficie de par la loi d'une stipulation pour autrui parfaite²⁷. Eugen BUCHER et Georg GAUTSCHI qualifient enfin toute substitution de stipulation pour autrui parfaite²⁸.

623. L'article 399 alinéa 3 CO n'est pas une hypothèse de stipulation pour autrui légale. Au-delà de l'incohérence terminologique évidente, les conditions d'application et les effets de la norme ne sont pas identiques²⁹.

²⁴ ATF 110 II 183, c 2b, JdT 1985 I 223.

²⁵ CHAIX, 188, 190 ; JAUSSE, 36 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 59 ; CR-THÉVENOZ, CO 97 N 42. Sur le principe de la relativité des conventions, voir N 56.

²⁶ Bak-WEBER, CO 399 N 6.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/REY, N 4139 ; HONSELL, 315 ; TERCIER (contrats), N 4661.

²⁸ BUCHER (BT), 232 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10a.

²⁹ BK-FELLMANN, CO 399 N 100 ; HOFSTETTER, 98.

624. L'application de l'article 112 alinéa 2 CO, qui permet au bénéficiaire de réclamer personnellement l'exécution, suppose la volonté du créancier et du débiteur d'accorder cette prérogative au bénéficiaire. Ce droit peut éventuellement résulter du but du contrat³⁰ ou de l'équité³¹. Lorsque le créancier et le débiteur excluent la prétention directe du bénéficiaire, ce dernier ne peut faire valoir aucun droit en se fondant sur l'article 112 alinéa 2 CO. Dans le cadre de la substitution, les droits du mandant contre le substitut ne peuvent pas être limités par la volonté du substitut et du mandataire sans que ce dernier ne limite également les siens (N 660 ss). Les conditions d'application de ces deux dispositions ne sont donc pas identiques.

625. Le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite ne peut réclamer que la prestation que le débiteur s'est engagé à lui fournir. Tout au plus peut-il se faire indemniser directement par le débiteur si la prestation n'est pas correctement exécutée et qu'il en résulte un dommage³². A moins que le contraire ne ressorte de la convention entre les parties, il ne peut ni influencer l'exécution de l'obligation en donnant des instructions au débiteur, ni mettre un terme à la relation contractuelle liant le créancier au débiteur³³. Ces deux prétentions lui sont, en revanche, ouvertes en application de l'article 399 alinéa 3 CO (N 689 ss et 696 ss).

626. Enfin, dans le cadre de la stipulation pour autrui, la prestation est destinée au tiers exclusivement. Sauf accord du débiteur, le créancier peut seulement exiger que la prestation soit fournie au bénéficiaire. Il ne peut la réclamer personnellement³⁴. L'article 399 alinéa 3 CO n'empêche pas le mandataire de réclamer l'exécution de l'obligation pour lui³⁵. Au contraire, il en est généralement le premier créancier et le demeure, sauf accord contraire des parties. Il ne perd la qualité de bénéficiaire qu'en perdant celle de créancier, soit une fois que le substitut s'est exécuté auprès de lui ou du mandant (N 636).

627. Les effets de l'article 399 alinéa 3 CO sont parfois semblables à ceux qui résultent d'une stipulation pour autrui parfaite. Ses conditions d'application et ses conséquences juridiques sont néanmoins suffisamment différentes pour en faire une institution juridique qui l'est également.

³⁰ ATF 5C.7/2004, 22 avril 2004, c. 4.3 ; ATF 4C.5/2003, 11 mars 2003, c. 2.1.1 ; Bak-GONZENBACH, CO 112 N 10 ; BK-WEBER, CO 112 N 43 ; YUNG, 306.

³¹ ATF 117 II 315 (f), c. 5e ; CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 9.

³² Bak-GONZENBACH, CO 112 N 15 ; CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 18.

³³ CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 17 ; VON TUHR/ESCHER, 239.

³⁴ BK-FELLMANN, CO 399 N 100 ; HOFSTETTER, 98 ; CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 10 ; VON TUHR/ESCHER, 236 s.

³⁵ BK-FELLMANN, CO 399 N 100 ; HOFSTETTER, 98.

b. Une cession légale ?

628. Hermann BECKER estime que l'article 399 alinéa 3 CO est l'expression d'une cession légale³⁶. Cette opinion est, à juste titre, peu soutenue aujourd'hui. En vertu des articles 164 et 166 CO, la cession de créance peut être légale ou conventionnelle. Elle a pour effet de transférer les droits du cédant au cessionnaire. Celui-ci devient créancier en lieu et place de celui-là³⁷.

629. Si le mandant dispose, à teneur de l'article 399 alinéa 3 CO, des droits que le mandataire a contre le substitut, il n'en bénéficie pas en vertu d'une cession légale. La cession de créance, qu'elle soit conventionnelle ou légale implique un changement de créancier que l'acquisition des droits par le mandant n'engendre pas. En cas de substitution, le mandant ne prend pas la place du mandataire au détriment de ce dernier. Le mandataire reste créancier, aux côtés du mandant³⁸. L'article 399 alinéa 3 CO ne crée que des prétentions parallèles³⁹.

c. Un rapport d'obligations unilatéral

630. L'article 399 alinéa 3 CO crée un rapport d'obligations entre le mandant et le substitut⁴⁰, dont l'une des particularités est son caractère unilatéral. Seul le mandant en est bénéficiaire. Le substitut n'a aucune prétention contractuelle à faire valoir contre le mandant. Les droits du mandant sont, eux, de nature contractuelle. Il fait valoir les prétentions que le mandataire tire de la convention conclue avec le substitut. Le mandant devient cotitulaire des droits de créance et des droits formateurs du mandataire.

631. L'article 399 alinéa 3 CO ne détermine pas le moment de l'acquisition des droits. Elle est, à notre sens, permanente. Lorsque le mandataire dispose d'une créance ou d'un droit formateur, le mandant en devient aussitôt titulaire.

632. En vertu de l'article 150 alinéa 1 CO, « [il] y a solidarité entre plusieurs créanciers, lorsque le débiteur déclare conférer à chacun d'eux le droit de demander le paiement intégral de la créance, et lorsque cette solidarité est prévue par la loi. » Sous réserve d'une telle déclaration, rare en pratique, le mandant et le mandataire ne seraient pas les créanciers solidaires du substitut. L'article 399 alinéa 3 CO ne prévoit en effet pas cette solidarité.

³⁶ BK-BECKER, CO 399 N 7. Voir également : AK, 5 septembre 1903, ZR 1904 307. Quant à elle, Nelli JAUSSE considère que l'article 399 alinéa 3 CO est un cas d'application de la cession légale de l'article 401 CO (JAUSSE, 36).

³⁷ CR-PROBST, CO 164 N 1.

³⁸ BK-FELLMANN, CO 399 N 97.

³⁹ ATF 5P.59/2000, 7 avril 2000, c. 4 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 97.

⁴⁰ CHAIX, 210 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 97 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11.

633. Il s'agit d'une lacune qu'il convient de combler. Le mandant et le mandataire doivent être considérés comme les créanciers solidaires du substitut⁴¹. Les effets de la solidarité sont, à notre sens, indispensables dans le cadre d'une substitution.

634. Un gérant de fortune (mandataire) remet une partie de la somme confiée par le mandant à son substitut, afin qu'il la place sur un marché qu'il connaît mieux. Si le substitut viole les instructions de placement et n'est en mesure de restituer que la moitié de la somme confiée, le mandataire est en droit de réclamer personnellement des dommages-intérêts ou de demander une indemnité pour le mandant.

635. Le créancier de l'indemnité dépend de l'éventuelle responsabilité du mandataire. Si le mandataire est responsable du dommage du mandant et l'indemnise (p. ex. art. 399 al. 1 CO), il peut réclamer personnellement des dommages-intérêts au substitut, puisqu'il subit lui-même un dommage. A l'inverse, s'il n'est pas responsable de ce dommage (art. 399 al. 2 CO), il ne peut que réclamer une indemnité pour le mandant. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant dispose également d'une prétention en dommages-intérêts contre le substitut (N 699 ss). Face à deux créanciers, le substitut qui indemnise l'un d'eux doit impérativement être libéré d'un deuxième paiement. Cette libération résulte de l'application de l'article 150 alinéa 2 CO. Le substitut peut choisir le créancier qu'il entend satisfaire, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (art. 150 al. 3 CO)⁴².

2. L'étendue des prétentions

636. L'étendue des prétentions ouvertes au mandant contre le substitut dépend essentiellement de la nature et des modalités convenues dans le contrat liant le mandataire au substitut. C'est le sous-contrat qui est le fondement matériel de toutes les prétentions que le mandant peut faire valoir en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO (N 637). Ces prétentions sont limitées par le contenu du contrat principal (N 638 ss) et sujettes aux objections et exceptions que le substitut peut invoquer directement contre le mandant (N 642 ss). L'étendue des prétentions ne dépend guère d'une résiliation de l'une des deux conventions. Qu'il soit mis fin au sous-contrat ou au contrat de base, le mandant reste titulaire des droits ouverts au mandataire contre le substitut après la résiliation⁴³.

⁴¹ DERENDINGER, N 324 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 97 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10c ; HOFSTETTER, 98 s. ; TERCIER (contrats), N 4659 ; VON TUHR/ESCHER, 325.

⁴² *Contra* : BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10c.

⁴³ JAUSSE, 25.

a. *Le sous-contrat comme fondement matériel des prétentions*

637. L'article 399 alinéa 3 CO permet au mandant de faire valoir contre le substitut les droits que le mandataire a contre ce dernier. Le mandant ne dispose pas de prétentions contractuelles propres⁴⁴, mais peut faire valoir les moyens dont bénéficie le mandataire. Ce ne peut donc être que du sous-contrat que découlent les droits et prétentions du mandant⁴⁵. Ce dernier ne peut invoquer son propre contrat avec le mandataire pour étendre ses droits, puisque la loi ne lui accorde pas plus de droits contre le substitut que le mandataire n'en a lui-même⁴⁶. Permettre au mandant de se prévaloir de son propre contrat reviendrait à déroger au principe de la relativité des conventions en accordant au contrat principal un effet négatif envers le substitut. Une telle dérogation n'est pas admissible (N 174).

b. *Le mandat principal comme limite aux prétentions*

638. Les prétentions ouvertes au mandant sont limitées par la convention qui le lie au mandataire. Le mandant peut notamment s'engager envers le mandataire à ne pas se prévaloir de l'article 399 alinéa 3 CO (N 663 ss).

639. La prestation due au mandataire par le substitut peut également être plus étendue que celle que le mandataire a promise au mandant. Dès lors qu'il n'y a substitution au sens de l'article 399 CO que si le tiers exécute une prestation que le mandataire a globalement promise à son mandant (N 321 ss), l'action du mandant, fondée sur l'article 399 alinéa 3 CO, ne peut être exercée qu'à cette condition.

640. Un avocat confie à un professeur d'université la rédaction d'un avis de droit destiné à un usage interne dans deux procédures dont les enjeux et les problèmes sont similaires. L'avocat lui demande de rédiger un seul avis de droit et de répondre à une dizaine de questions dont une moitié sert les besoins de la première cause et l'autre ceux de la seconde.

641. L'un des clients de l'avocat ne peut pas, sur la base de l'article 399 alinéa 3 CO, requérir l'avis de droit entier, même si son mandataire en a la possibilité. Le Professeur est le substitut de l'avocat, mais il n'a cette qualité à l'égard du client que pour la prestation qui concerne ce dernier. Le client ne peut réclamer que les informations qu'il aurait pu obtenir de son propre mandataire si celui-ci avait exécuté le mandat personnellement⁴⁷.

⁴⁴ BK-FELLMANN, CO 399 N 96.

⁴⁵ CHAIX, 209.

⁴⁶ ATF 91 II 442, c. 3, JdT 1966 I 337 ; CHAIX, 209 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 47a.

⁴⁷ JAUSSE, 42.

c. *Les exceptions et objections du substitut*

642. L'interdiction d'accorder à une convention un effet négatif sur un tiers (N 171) impose de s'assurer que la situation du substitut n'est pas péjorée par l'application de l'article 399 alinéa 3 CO. Pour ce faire, le substitut doit pouvoir se prévaloir de l'ensemble des objections et des exceptions dont il disposerait contre le mandataire si celui-ci faisait valoir lui-même ces prétentions⁴⁸.

643. D'un point de vue dogmatique, ces droits résultent de l'application analogique de l'article 169 CO, libellé ainsi :

« ¹ Le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession.

² S'il possédait contre le cédant une créance non encore exigible à cette époque, il peut invoquer la compensation, pourvu que sa créance ne soit pas devenue exigible postérieurement à la créance cédée. »

644. Cette disposition est directement applicable à la cession de créances, mais pas à la substitution puisque l'article 399 alinéa 3 CO ne constitue pas un cas de cession légale au sens de l'article 166 CO (N 628 s.). Il reste qu'une application analogique se justifie. En faisant abstraction du fait que les prétentions du mandataire sont maintenues, la situation du substitut est proche de celle d'un débiteur cédé. Sans son accord, le substitut devient le débiteur contractuel d'un tiers. Si on l'empêche d'invoquer les objections et les exceptions qui lui appartiennent contre le mandataire, les risques de voir sa situation péjorée sont aussi importants que pour le débiteur cédé, au sens des articles 164 ss CO. Il est donc raisonnable d'appliquer au rapport d'obligations liant le mandant au substitut la solution protectrice que le législateur a retenue dans le cadre de la cession de créances⁴⁹.

645. Si le substitut peut refuser une prestation au mandataire, il est autorisé à la refuser au mandant également⁵⁰, moyennant que les motifs de refus aient existé au moment où le substitut a connu les prétentions du mandant (art. 169 al. 1 CO p.a.). Le substitut peut néanmoins toujours faire valoir les objections et exceptions dont il dispose lui-même contre le mandant⁵¹.

646. Ces exceptions et objections peuvent être de nombreuses natures. Le mandant peut invoquer la nullité du sous-contrat, l'inexigibilité de la créance

⁴⁸ ATF 91 II 442, c. 3, JdT 1966 I 337 ; BK-BECKER, CO 399 N 7 ; CHAIX, 209 ; DERENDINGER, N 325 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 613 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 47a ; JAUSSE, 47 s. ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11 ; TERCIER (contrats), N 4661.

⁴⁹ JAUSSE, n. 140, semble fonder également ces objections sur cette disposition.

⁵⁰ JAUSSE, 47 s. ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11.

⁵¹ BK-FELLMANN, CO 398 N 613 ; TERCIER (contrats), N 4661.

ou la prescription (N 647), les droits de rétention personnel et réel (N 648 ss), la libération par l'exécution (N 651 ss) ou encore la compensation (N 654 ss).

i. La nullité, l'inexigibilité ou la prescription

647. Le substitut peut refuser d'exécuter une prestation qui résulte d'une obligation inexistante en raison de la nullité du contrat conclu avec le mandataire (art. 20 CO), non encore exigible, parce que le substitut et le mandataire ont stipulé une date d'exécution non échue, ou prescrite au sens de l'article 127 CO.

ii. Les droits de rétention personnel et réel

648. Le substitut qui ne reçoit pas du mandataire les avances et la rémunération convenues (art. 394 al. 3 CO), ou qui n'obtient pas le remboursement de ses dépenses (art. 402 al. 1 CO), est autorisé à invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* (art. 82 CO) et à retenir les prestations que le mandant est désireux d'obtenir si elles sont dans un rapport d'échange avec sa créance⁵². La jurisprudence applique toutefois cette disposition par analogie aux obligations qui ne sont pas dans un tel rapport, de sorte que le substitut bénéficie d'un véritable droit de rétention personnel⁵³. Il porte notamment sur les choses qui font l'objet de son obligation de restitution⁵⁴, si celles-ci sont réalisables⁵⁵. Le substitut qui n'obtient pas les avances escomptées ne peut cependant pas refuser, par exemple, de rendre compte de l'avancement de l'exécution du service.

649. Le même droit peut être invoqué par le substitut, que sa créance soit exigible ou non⁵⁶, si le mandataire est devenu insolvable, notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse (art. 83 al. 1 CO). Il dispose d'un droit réel de rétention en vertu de l'article 895 CC qui l'autorise à retenir les choses mobilières qu'il a en sa possession et dont le mandant est propriétaire. Cette prérogative suppose la réalisation des conditions suivantes : sa créance est exigible ; il existe un rapport naturel de connexité entre la chose qu'il retient et la créance dont il réclame l'exécution⁵⁷ ; la chose que le substitut retient est réalisable (art. 896 al. 1 CC).

650. Les exceptions que le substitut peut invoquer en vertu des articles 895 CC, 82 et 83 CO expliquent notamment l'obligation, dont le mandataire est

⁵² ATF 116 III 70 (f), c. 3b ; ATF 107 II 411, c. 1, JdT 1982 I 162 ; JAUSSE, 47.

⁵³ ATF 128 V 224 (f), c. 2b ; ATF 116 III 70 (f), c. 3b.

⁵⁴ CR-WERRO, CO 400 N 19.

⁵⁵ ATF 122 IV 322, c. 3a et 3c/cc, JdT 1998 IV 109.

⁵⁶ ATF 105 II 28, c. 2b, JdT 1979 I 314.

⁵⁷ C'est le cas notamment si le substitut est en possession d'un bien qu'il devait tenter de vendre pour le compte du mandataire, respectivement du mandant, que les négociations ont échoué et que le mandataire refuse d'honorer son obligation de rembourser et de rémunérer.

débiteur à l'égard du mandant, consistant à payer les honoraires et rembourser le substitut (N 786 ss).

iii. La libération par l'exécution

651. Le substitut peut objecter au mandant qu'il s'est d'ores et déjà exécuté auprès du mandataire. Cette exécution le libère, en principe, de toute nouvelle exécution. Cette objection résulte de l'application analogique de l'article 150 alinéa 2 CO, mandant et mandataire devant être considérés comme créanciers solidaires du substitut au sens de cette norme (N 630 ss).

652. Au contraire de la cession de créance (art. 167 CO), qui n'a pas pour conséquence de créer une solidarité active en les personnes du cédant et du cessionnaire, le premier perdant la qualité de créancier, il n'est pas nécessaire que le substitut ait ignoré les prétentions du mandant pour payer le mandataire avec effet libératoire. En cas de substitution, le mandataire et le mandant sont les créanciers du substitut, de sorte qu'il appartient à ce dernier de choisir la personne qu'il entend satisfaire, sauf s'il a été prévenu des poursuites de l'une d'elle (art. 150 al. 3 CO).

653. Une exécution en faveur du mandataire libère le substitut d'une seconde exécution au mandant. C'est le cas notamment si le substitut a indemnisé le mandataire pour le dommage subi par le mandant ou si le substitut a exécuté son obligation de restitution, conformément à l'article 400 alinéa 1 CO. En revanche, lorsque le mandataire peut réclamer une nouvelle exécution, le mandant dispose également de cette possibilité. Les informations relatives à l'avancement du service peuvent en outre être exigées par le mandant, quand bien même le substitut aurait déjà donné l'information au mandataire.

iv. La compensation

654. Le substitut peut en principe se prévaloir de la compensation pour rejeter une demande en paiement du mandant. Alors que l'article 120 alinéa 1 CO suppose la réciprocité des créances⁵⁸, il peut paradoxalement compenser une dette qu'il a à l'égard du mandant avec une créance qu'il détient contre le mandataire (art. 169 al. 2 CO p.a.) (N 643 ss.).

655. Une réserve doit être faite si le substitut sait qu'il agit en tant que tel et que la prestation qu'il s'engage à fournir est, de manière reconnaissable, destinée au mandant. L'article 122 CO empêche en effet celui qui s'est obligé en faveur d'un tiers de compenser sa dette avec ce que lui doit l'autre contractant. Si la disposition vise essentiellement la stipulation pour autrui (art. 112 CO), elle est applicable également à certaines substitutions⁵⁹.

⁵⁸ ATF 126 III 361, c. 6b, JdT 2001 I 131 ; CR-JEANDIN, CO 120 N 6 ; TERCIER (obligations), N 1401.

⁵⁹ Dans le même sens : DERENDINGER, 147 (n. 398). *Contra* : BK-FELLMANN, CO 398 N 613.

656. Hugo OSER et Wilhelm SCHÖNENBERGER poursuivent le raisonnement un peu plus loin en estimant que le substitut ne peut jamais invoquer les articles 120 ss CO contre le mandant, dans la mesure où il renonce implicitement à faire valoir ce droit conformément à l'article 126 CO⁶⁰. Nous ne sommes pas de cet avis. Tout d'abord, le fait de connaître sa qualité de substitut ne saurait constituer une renonciation à la compensation, dans la mesure où le Tribunal fédéral⁶¹ s'est prononcé à raison ainsi :

« Le débiteur peut renoncer d'avance à la compensation. Cette renonciation est réalisée par deux déclarations concordantes de volonté qui peuvent être expresse ou tacites (art. 1^{er} CO) et qui doivent être interprétées comme la partie adverse pouvait les comprendre, d'après les règles de la bonne foi et les a effectivement comprises [...]. Il ne faut pas déduire trop facilement de la déclaration du débiteur qu'il entend renoncer à la compensation, car une telle renonciation lui est préjudiciable et ne correspond pas au cours ordinaire des choses. »

657. Par ailleurs, l'activité du mandataire n'est pas toujours destinée directement au mandant. Il arrive même qu'il ne sache pas qu'il intervient pour un tiers. Dans cette hypothèse, l'article 122 CO ne trouve assurément pas application. La limitation du droit, pour le substitut, de compenser une créance du mandant avec une dette du mandataire suppose que la prestation du substitut doive être exécutée dans les mains du mandant. La connaissance de sa qualité de substitut n'est pas suffisante.

3. Les dérogations au régime de l'article 399 alinéa 3 CO

658. L'article 399 alinéa 3 CO est de droit dispositif⁶² ; il est loisible aux parties d'y déroger, d'en exclure les effets ou d'en modifier le contenu. Les dérogations peuvent résulter d'une convention entre le mandant et le mandataire, entre le mandataire et le substitut, plus rarement entre le mandant et le substitut ou entre les trois parties. Nous n'abordons pas ces deux dernières hypothèses, compte tenu de leur improbabilité et du fait que de telles négociations entraîneraient le plus souvent l'admission d'un contrat direct entre le mandant et le tiers⁶³.

659. Outre une clause du sous-contrat (N 660 ss) ou du contrat principal (N 663 ss), l'application d'un droit étranger à la convention conclue entre le

⁶⁰ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11.

⁶¹ ATF 83 II 395, c. 1, JdT 1958 I 239.

⁶² JAUSSE, 41 (n. 121).

⁶³ Sur la distinction entre la substitution et la conclusion directe d'une convention entre le mandant et le tiers : N 417 ss.

mandataire et le substitut ou une prorogation de for (N 668 ss) peuvent également limiter les effets de l'article 399 alinéa 3 CO.

a. *Un accord entre le mandataire et le substitut*

660. Il est possible que le substitut demande et obtienne du mandataire, que le mandant principal ne soit pas autorisé à faire valoir les droits attribués par l'article 399 alinéa 3 CO. Une telle limitation des droits du mandant n'est, en principe, pas possible dans la convention conclue entre le mandataire et le substitut⁶⁴. Une telle clause consiste en effet à supprimer le droit de créance d'un tiers au contrat, ce que le principe de la relativité des conventions n'admet pas (N 171).

661. Néanmoins, le mandant ne peut faire valoir que les droits dont le mandataire dispose contre le substitut. Une limitation convenue des prétentions du mandataire contre ce dernier restreint donc également celles du mandant. Moyennant que le droit puisse faire l'objet d'une restriction ou d'une limitation, en d'autres termes, qu'il ne soit pas de nature impérative, un accord entre le mandataire et le substitut peut restreindre l'étendue des prétentions que le mandant peut faire valoir contre le substitut.

662. Notons qu'une clause de ce genre empêche le mandataire de se prévaloir de la limitation de ses obligations selon l'article 399 alinéa 2 CO. Le mandant qui perd certains droits contre le substitut conserve la possibilité d'agir pleinement contre son mandataire. Il serait en effet insatisfaisant que le mandant perde toute possibilité de se faire indemniser en application des articles 399 alinéas 2 et 3 CO, des suites d'une convention limitative de responsabilité qu'il n'a lui-même pas acceptée.

b. *Un accord entre le mandant et le mandataire*

663. Il est également loisible au mandataire d'obtenir du mandant qu'il s'engage à ne pas agir directement contre le tiers en cas de substitution. Le mandataire peut y voir un intérêt s'il entend éviter que ses relations commerciales et professionnelles se détériorent par une action impromptue du mandant contre le substitut qui ne sait pas nécessairement qu'il agit comme tel.

664. Si les parties peuvent prévoir des peines conventionnelles sanctionnant l'utilisation contraire à la convention de l'article 399 alinéa 3 CO par le mandant, nous ne saurions éviter de poser et de résoudre la question de savoir si le substitut peut se prévaloir d'un accord entre le mandataire et le mandant pour refuser d'agir sur demande de ce dernier.

⁶⁴ *Contra* : JAUSSE, 41 (n. 121).

665. Sans véritablement expliquer son choix, François CHAIX⁶⁵ ne semble pas autoriser le substitut à se prévaloir d'un tel accord. Nous fondons notre opinion inverse sur l'application de l'article 112 CO. Stipule pour autrui, au sens de cette norme, celui qui promet d'exécuter une prestation en faveur d'un tiers. La doctrine admet l'application de cette disposition aux prétentions négatives, soit celles qui sont l'objet d'une obligation de ne pas faire⁶⁶. Tout ce qui peut être promis à un créancier peut être promis en faveur d'un tiers⁶⁷. En vertu de l'article 112 alinéa 2 CO, le bénéficiaire de la stipulation peut s'en prévaloir directement si cela ressort de la volonté des parties, si tel est l'usage ou si cette possibilité résulte du but de la stipulation⁶⁸. Si une prestation négative peut faire l'objet d'une stipulation pour autrui au sens de l'article 112 alinéa 1 CO, aucune raison objective n'empêche le tiers bénéficiaire de se prévaloir de celle-ci en vertu de l'alinéa 2.

666. Lorsque le mandant s'engage envers le mandataire à ne pas agir contre le substitut, en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, il s'oblige à une prestation négative à l'égard du substitut (art. 112 al. 1 CO). Il autorise également, au moins implicitement, le substitut à se prévaloir de la stipulation (art. 112 al. 2 CO). Il s'agit même du but de la clause. Il convient, dès lors, d'admettre que le mandant et le mandataire peuvent prévoir une dérogation à l'article 399 alinéa 3 CO, dont le substitut peut se prévaloir.

667. Notons qu'une clause de ce genre empêche en principe le mandataire de se prévaloir de la limitation de ses obligations selon l'article 399 alinéa 2 CO. Le mandant qui perd ses droits contre le substitut conserve la possibilité d'agir pleinement contre son mandataire. Ce n'est que s'il ressort clairement de la volonté des parties que le mandataire est autorisé à se prévaloir de l'article 399 alinéa 2 CO, malgré la présence d'une clause limitant l'accès au substitut, que sa responsabilité peut être parallèlement limitée.

c. L'application d'un droit étranger ou la prorogation de for

668. L'action directe du mandant contre le substitut n'existe que si le droit applicable au sous-contrat l'admet dans une situation similaire et purement interne. A notre sens, le substitut ne peut être visé par la prétention contractuelle d'un tiers à sa convention si le droit applicable à celle-ci ne la prévoit pas. Cette solution assure un minimum de prévisibilité pour le

⁶⁵ CHAIX, n. 689 et 726.

⁶⁶ Bak-GONZENBACH, CO 112 N 3 ; BK-WEBER, CO 112 N 22.

⁶⁷ CR-TEVINI DU PASQUIER, CO 112 N 2.

⁶⁸ ATF 5C.7/2004, 22 avril 2004, c. 4.3 ; ATF 4C.5/2003, 11 mars 2003, c. 2.1.1 ; Bak-GONZENBACH, CO 112 N 10 ; BK-WEBER, CO 112 N 43 ; YUNG, 306.

substitut. Par conséquent, même sans élection de droit, le domicile étranger du tiers peut empêcher l'action directe⁶⁹, si le droit applicable ne la connaît pas.

669. Lorsque l'action directe existe dans le droit applicable, le domicile du substitut à l'étranger ou une prorogation de for peuvent également sensiblement compliquer l'usage de la prétention pour le mandant, s'il doit agir à l'étranger.

670. Une élection de droit ou le domicile du substitut à l'étranger ont des effets insatisfaisants sur les droits du mandant contre ce dernier. Ils ne justifient néanmoins pas de restreindre la liberté contractuelle du mandataire et du substitut. Le choix d'un droit ou d'un prestataire de services ayant son établissement dans un pays qui ne connaît pas l'action directe empêche, par contre, le mandataire de se prévaloir de l'article 399 alinéa 2 CO.

4. L'article 401 alinéa 1 CO comme limite aux droits du mandant

671. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, la doctrine autorise généralement le mandant à faire valoir directement contre le substitut le droit à la restitution⁷⁰ (art. 400 al. 1 CO) et le privilège de la cession légale⁷¹ (art. 401 CO) du mandataire⁷². L'intérêt d'appliquer cette disposition à ces droits est finalement limité.

672. Selon l'article 401 alinéa 1 CO, « [lorsque] le [substitut] acquiert en son propre nom, pour le compte du [mandataire ou du mandant], des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du [mandataire] dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le [substitut]. » Lorsque le mandant et le mandataire s'acquittent de leurs obligations à l'égard du mandataire, respectivement du substitut, l'application seule de cette norme conduit à un résultat similaire pour le mandant à celle de l'article 399 alinéa 3 CO. L'exemple suivant permet d'illustrer notre propos.

673. Le propriétaire d'un tableau charge un antiquaire genevois de le vendre. Les parties conviennent, pour des raisons de confidentialité, que l'antiquaire ne doit pas indiquer le nom du propriétaire et vendre l'objet comme s'il s'agissait du sien (art. 425 ss CO)⁷³. Le commissionnaire a des

⁶⁹ Selon les principes ordinaires de droit international privé, le droit applicable au contrat de mandat est celui du domicile du mandataire. Ce dernier fournit en effet la prestation caractéristique. Voir par exemple l'article 117 alinéa 3 lettre c LDIP.

⁷⁰ CHAIX, 209 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 101 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11.

⁷¹ CHAIX, 209 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b.

⁷² Sur la nature et l'étendue de ces droits, N 554 ss et N 558.

⁷³ Nous verrons que l'article 399 CO s'applique également lorsque le contrat de base est une commission (N 837 ss).

difficultés à trouver un acheteur à Genève et confie le mandat à une connaissance zurichoise, également antiquaire. L'antiquaire zurichois n'a pas plus de réussite, ce qui amène le propriétaire à renoncer à la vente.

674. L'antiquaire genevois peut réclamer la restitution du tableau à l'antiquaire zurichois (art. 400 al. 1 CO). En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le propriétaire peut, selon la doctrine mentionnée, se prévaloir directement de ce droit contre le substitut et exiger lui-même la restitution. Le droit du mandataire genevois de réclamer au substitut zurichois la restitution du tableau est néanmoins une créance qu'il a acquise en son nom et pour le compte du propriétaire. Cette créance devient la propriété de ce dernier dès qu'il a satisfait à ses obligations envers l'antiquaire genevois (art. 401 al. 1 CO). L'article 399 alinéa 3 CO est d'une utilité limitée.

675. Admettons désormais que l'antiquaire zurichois trouve un acheteur et lui transfère la propriété du tableau. Le substitut zurichois est au bénéfice d'une créance contre l'acheteur tendant au versement du montant de la vente. Cette créance est acquise en son nom, pour le compte de l'antiquaire genevois et du propriétaire. Dès le moment où l'antiquaire genevois verse la commission de son confrère zurichois, il acquiert la créance en paiement du prix de vente contre l'acheteur (art. 401 al. 1 CO). Le mandataire genevois acquiert cette créance en son nom, mais pour le compte du propriétaire. Lorsque ce dernier verse la rémunération convenue à son mandataire genevois, il acquiert directement la créance en paiement du prix contre l'acheteur (art. 401 al. 1 CO). Le propriétaire n'a pas besoin de se prévaloir de l'article 399 alinéa 3 CO.

676. La situation est différente lorsque le mandant n'a pas satisfait à ses obligations à l'égard du mandataire. En se prévalant du droit à la restitution et du privilège de la cession légale du mandataire, grâce à l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant acquiert des créances contre l'antiquaire zurichois (substitut), respectivement contre l'acheteur, alors que l'application seule de l'article 401 alinéa 1 CO ne le permettrait pas.

677. Les auteurs précités n'y voient généralement pas d'inconvénient. Walter FELLMANN autorise expressément le mandant à se prévaloir des articles 399 alinéa 3 et 401 alinéa 3 CO pour revendiquer directement contre un quart la chose dont le substitut en faillite est propriétaire. Il suffirait au mandant d'exécuter envers le substitut, les diverses obligations du mandataire au sens de l'article 401 alinéa 1 CO *in fine*. Il n'aurait pas besoin d'exécuter ses propres obligations⁷⁴. L'auteur trouve la solution insatisfaisante, en raison de l'impossibilité pour le mandataire de faire valoir des droits de rétention contre son mandant, mais constate qu'il s'agit de la règle édictée par le législateur⁷⁵.

⁷⁴ BK-FELLMANN, CO 401 N 154.

⁷⁵ BK-FELLMANN, CO 401 N 155.

678. A notre sens, l'article 399 alinéa 3 CO doit être interprété conformément à l'article 401 CO. La première disposition vise l'attribution au mandant de l'ensemble des droits du mandataire. La réglementation de l'article 401 alinéa 1 CO, elle, est plus spécifique à l'attribution des créances.

679. Elle ne s'applique pas uniquement aux substitutions, mais elle concerne chacune d'elles. La disposition protège par ailleurs raisonnablement les intérêts du mandataire. Elle lui permet de conserver la propriété des créances, tant que le mandant n'a pas satisfait à ses obligations à son égard. Le mandataire peut ainsi, cas échéant, faire valoir les droits de rétention réels et contractuels, qui lui sont nécessaires pour assurer le paiement de ses honoraires.

680. L'article 399 alinéa 3 CO a pour but d'attribuer au mandant des droits directs contre le substitut, en particulier lorsque ces droits ne lui sont pas ouverts contre le mandataire (art. 399 al. 2 CO). Le sens de la norme n'est pas de priver le mandataire de droits de rétention contre le mandant qui ne le paie pas. Les conséquences ne seraient pas satisfaisantes, ainsi que le souligne Walter FELLMANN.

681. Si l'article 399 alinéa 3 CO n'est pas une hypothèse de cession légale de créances (N 628 s.), il doit toutefois être interprété conformément à l'article 401 alinéa 1 CO. Le mandant n'a pas la possibilité de se prévaloir directement du droit à la restitution en ses mains (art. 400 al. 1 CO) lorsqu'il n'a pas exécuté ses obligations à l'égard du mandataire. Il peut néanmoins réclamer au substitut la restitution dans les mains du mandataire.

682. Sauf instruction différente du mandataire, le substitut tâchera, de son côté, de ne pas s'exécuter dans les mains du mandant sans s'assurer au préalable que ce dernier est autorisé à se prévaloir directement de ce droit de créance.

C. Les droits directs du mandant

683. Nous l'avons relevé, les droits que le mandant peut faire valoir contre le substitut sont ceux dont le mandataire dispose également contre ce dernier (N 636 ss). Il convient de reprendre nos développements relatifs aux relations entre le mandataire et le substitut (N 543 ss) et de déterminer si les droits du mandataire peuvent être invoqués par le mandant, cas échéant, dans quelle mesure et selon quelles modalités.

684. Les droits du mandant vont de la demande en exécution et la mise en demeure du substitut (N 685 ss) au droit de mettre un terme au contrat (N 696 ss). Ils comprennent également le droit de donner des instructions (N 689 ss) et ceux de la reddition de compte et de la restitution (N 694 s.). La

prétention en dommages-intérêts fait l'objet de développements indépendants (N 699 ss).

1. L'exécution et la demeure du substitut

685. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant peut réclamer directement l'exécution du sous-contrat au substitut⁷⁶. Il peut également lui fixer un délai supplémentaire d'exécution au terme duquel, les moyens prévus par l'article 107 alinéa 2 CO peuvent être exercés⁷⁷.

686. Lorsque la prestation du substitut est effectivement destinée au mandant et qu'elle doit être, selon le sous-contrat, exécutée dans ses mains, le mandant peut la réclamer dès son exigibilité. Si le sous-contrat vise le mandataire comme bénéficiaire de la prestation, le mandant ne peut en principe qu'exiger l'exécution chez le mandataire. Lorsqu'une exécution directe, en ses mains, ne présente pas d'inconvénients particuliers pour le substitut, le mandant peut en réclamer l'exécution pour lui. La position du substitut ne doit toutefois pas être sensiblement modifiée par la prétention du mandant, sous peine de déroger, avec effet négatif, au principe de la relativité des conventions (N 171).

687. Un avocat conseille une entreprise et requiert d'un professeur d'université un bref avis de droit sur une question fiscale pointue. Le service n'est pas directement destiné au mandant ; il permet exclusivement à l'avocat de proposer des démarches judiciaires à l'entreprise. Dans la mesure où l'envoi de l'avis de droit à l'entreprise n'engendre pas d'inconvénient particulier pour le Professeur, la cliente peut en réclamer directement la livraison.

688. Le mandant peut s'engager à l'égard du mandataire à ne pas faire valoir son droit à l'exécution envers le substitut. Ce dernier peut se prévaloir d'un tel accord pour refuser la prestation au mandant (N 663 ss). Il peut également faire valoir les objections et les exceptions dont il dispose contre le mandataire. Le substitut peut notamment refuser d'exécuter la prestation au mandant tant qu'il n'a pas reçu du mandataire les avances convenues.

⁷⁶ CHAIX, 209 ; CHAIX/MARCHAND, 79 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 101 ; FICK/VON MORLOT, CO 399 N 22 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11.

⁷⁷ CHAIX/MARCHAND, 79.

2. Le droit de donner des instructions

689. Dans un arrêt du 24 janvier 1984, le Tribunal fédéral a jugé les faits suivants :

Le 11 mai 1997, A. a chargé la banque B., à Zurich, de transférer dix lingots d'or d'un kilo sur son compte n°595.060.0.8 Q à la banque C., à Locarno. La banque C., constatant que le compte mentionné appartenait en réalité à D., a crédité le compte n°881.558 appartenant à A. Suite au décès de A., en 1978, la banque C. a consulté l'Association X., héritière universelle de A., et a crédité le compte N°595.060.0.8 Q, contrairement aux instructions de cette dernière⁷⁸.

690. La Ire Cour civile a estimé que l'article 399 alinéa 3 CO permet au mandant de donner des instructions au substitut. En s'écartant des instructions données par l'héritière universelle de la mandante, la banque C. (substitut) a violé son obligation de diligence et a été condamnée à indemniser l'Association X.⁷⁹

691. La doctrine permet également au mandant de donner directement ses instructions au substitut⁸⁰. Il n'y a en effet aucune raison d'empêcher le mandant d'indiquer directement à celui qui exécute véritablement le service d'éventuelles précisions, voire certaines modifications. Le mandant garde néanmoins la possibilité d'instruire le mandataire, lequel peut et doit transférer ces instructions au substitut.

692. Si les instructions sont précises, le substitut ne peut s'en écarter « qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation. » (art. 397 al. 1 CO). Dans le cadre du sous-contrat, le mandant du substitut est le mandataire. Il doit rechercher l'autorisation de ce dernier pour s'écarter des instructions précises qu'il a reçues. Lorsqu'elles lui ont été directement transmises par le mandant, l'autorisation du mandataire ne devrait suffire que si ce dernier ne fait que transmettre l'accord du mandant.

693. Si le mandant ne peut renoncer à la possibilité de donner des instructions à son mandataire⁸¹, il peut renoncer, à l'égard du mandataire, à les transmettre directement au substitut. L'essentiel est qu'il puisse donner des instructions au mandataire qui seront transférées à la personne qui exécute le

⁷⁸ ATF 110 II 183, JdT 1985 I 223.

⁷⁹ ATF 110 II 183, c. 2b, JdT 1985 I 223.

⁸⁰ CHAIX, 209 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 101 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b.

⁸¹ TF, 9 août 1995, SJ 1996 193, c. 2 ; HOFSTETTER, 101 ; TERCIER (contrats), N 4676 ; Bak-WEBER, CO 397 N 6 ; CR-WERRO, CO 397 N 3. *Contra* : BK-FELLMANN, CO 397 N 28 ss.

service. Ce dernier ne peut toutefois pas faire abstraction d'instructions donnée par le mandant, en particulier si les circonstances empêchent ce dernier de les faire transiter par le mandataire.

3. La reddition de compte et la restitution

694. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant peut réclamer directement au substitut les informations qui découlent de l'obligation de ce dernier de rendre compte (art. 400 al. 1 CO). Il paraît en effet logique que le mandant, qui veut connaître l'avancement de l'exécution du service, puisse obtenir les informations directement auprès de celui qui l'exécute.

695. Le mandant peut également réclamer la restitution de tout ce que le substitut a acquis du chef de la gestion (art. 399 al. 3 et 400 al. 1 CO). Il faut néanmoins, par une application conforme à l'article 401 alinéa 1 CO, que le mandant ait satisfait à ses diverses obligations envers le mandataire (N 671 ss). Si ce n'est pas le cas, il ne peut que requérir du substitut qu'il restitue les biens au mandataire.

4. Le droit de renoncer à l'exécution et de mettre un terme au sous-contrat

696. Parmi les droits du mandataire, ouverts éventuellement au mandant en application de l'article 399 alinéa 3 CO, la renonciation à l'exécution, la résiliation et la résolution font l'objet de controverses. François CHAIX et Sylvain MARCHAND accordent au mandant la faculté de renoncer à l'exécution de la prestation du substitut et de réclamer des dommages-intérêts positifs en vertu de l'article 107 alinéa 2 CO⁸². Ils ne l'autorisent en revanche pas à résilier le contrat (art. 404 al. 1 CO)⁸³ ou à le résoudre (art. 107 al. 2 CO)⁸⁴.

697. Il est vrai que la majorité de la doctrine n'autorise pas la cession de droits formateurs dans le cadre des articles 164 ss CO⁸⁵. Il est vrai également qu'une stipulation pour autrui ne permet pas au bénéficiaire de mettre un terme au rapport contractuel qu'elle greffe⁸⁶. Toutefois, l'article 399 alinéa 3 CO n'est ni une concrétisation de l'article 166 CO (cession légale de créance), ni une hypothèse de stipulation pour autrui légale (N 622 ss). On ne voit, d'ailleurs, pas quelle différence cela fait pour le substitut que le mandant

⁸² CHAIX/MARCHAND, 79.

⁸³ CHAIX/MARCHAND, 80. Du même avis : CERUTTI, N 477 ss ; BK-FELLMANN, CO 399 N 103 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 15.

⁸⁴ CHAIX/MARCHAND, 80.

⁸⁵ GAUCH/SCHLUEP/REY, N 3626 ; CR-PROBST, CO 164 N 22 ; ZK-SPIRIG, CO 164 N 176.

⁸⁶ CERUTTI, N 478.

puisse renoncer à l'exécution, mais qu'il ne puisse pas mettre un terme au contrat. Dans les deux cas, le substitut doit renoncer à poursuivre l'exécution et les conséquences financières sont, pour lui, sensiblement identiques.

698. Contrairement à l'opinion de Walter FELLMANN⁸⁷, le libellé de la norme ne restreint, à notre sens, pas les droits du mandant aux créances. Le législateur a utilisé le terme « *Anspruch* » dans la version allemande, mais il a employé le mot « droits » dans le texte français. Nous suivons l'opinion que François CHAIX donne dans sa thèse⁸⁸ et considérons que le texte français, en parlant de droits, incorpore ceux qualifiés de formateurs. Le Tribunal fédéral⁸⁹ et la majorité de la doctrine⁹⁰ sont de cet avis.

D. La responsabilité du substitut

699. Une prétention en dommages-intérêts du mandant contre le substitut a plusieurs fondements possibles. Elle peut résulter de la demeure du substitut et conduire à une indemnisation de l'intérêt positif en cas de renonciation à l'exécution (art. 107 al. 2 CO) ou de l'intérêt négatif en cas de résolution (art. 109 al. 2 CO). Elle peut découler d'une résiliation en temps inopportun par le substitut (art. 404 al. 2 CO)⁹¹. La prétention est le plus souvent due à la violation par le substitut de son obligation de diligence ou de fidélité (art. 398 al. 1 et 2 CO).

700. Le Tribunal fédéral⁹² et la doctrine⁹³ accordent au mandant une action en dommages-intérêts contre le substitut qui lui cause un dommage. Le fondement de cette prétention fait l'objet d'importantes dissensions qu'il convient de présenter et de discuter (N 701 ss). Nous analysons ensuite les conditions auxquelles le substitut s'oblige à indemniser le mandant (N 731 ss).

1. Le fondement de la responsabilité

701. Le mandataire peut agir en dommages-intérêts contre le substitut en application de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO en cas de mauvaise exécution, en

⁸⁷ BK-FELLMANN, CO 401 N 154.

⁸⁸ CHAIX, n. 729.

⁸⁹ ATF 110 II 183, c. 2b (p.n.t. au JdT).

⁹⁰ CERUTTI, N 154 ; CHAIX, 209 s. ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b ; TERCIER (contrats), N 4661.

⁹¹ Sur cette notion et ses conséquences juridiques, voir l'analyse effectuée en lien avec la résiliation en temps inopportun du mandataire et la prétention en dommages-intérêts du substitut qui en résulte (N 591 ss).

⁹² ATF 121 III 310, c. 5a ; JdT 1996 I 359.

⁹³ BUCHER (BT), 232 ; CHAIX, 210 s. ; BK-FELLMANN, CO 399 N 102 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10b ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 11 ; TERCIER (contrats), N 4661.

vertu des articles 103, 107 alinéa 2 et 109 alinéa 2 CO en cas d'exécution tardive, conformément à l'article 397 alinéa 2 CO en cas de violation des instructions et sur la base de l'article 404 alinéa 2 CO en cas de résiliation notifiée en temps inopportun. En revanche, l'absence de relation contractuelle entre le mandant et le substitut empêche *a priori* le premier de faire valoir ces prétentions contre le second (principe de la relativité des conventions, N 56).

702. Si le mandataire devait seul être titulaire de prétentions de cette nature, cela poserait deux problèmes. Premièrement, le mandataire ne subit lui-même pas toujours un dommage. Lorsque la substitution est autorisée et justifiée au sens de l'article 399 alinéa 2 CO, le mandataire qui exécute correctement l'ensemble des obligations qui lui restent ne répond pas du dommage causé par le substitut. Il ne subit donc lui-même pas de préjudice et ne peut logiquement pas actionner le substitut en dommages-intérêts.

703. Deuxièmement, s'il peut éventuellement demander au substitut la liquidation du dommage de son mandant⁹⁴, le mandataire n'a pas nécessairement intérêt à le faire pour ne pas irriter un partenaire contractuel (le substitut), par hypothèse régulier. L'absence de prétention directe pour le mandant contre le substitut ne serait donc pas heureuse.

704. La majorité de la doctrine considère que l'article 399 alinéa 3 CO ne résout pas ce problème⁹⁵ ; le Tribunal fédéral, tout en admettant l'existence d'une prétention directe du mandant, a laissé la question de son fondement ouverte⁹⁶. Les auteurs s'appuient sur le libellé de la disposition qui n'accorde au mandant que les droits dont le mandataire bénéficie lui-même contre le substitut. Lorsque le mandataire ne subit pas de dommage, parce qu'il peut s'exonérer en vertu de l'article 399 alinéa 2 CO à l'égard du mandant, il ne bénéficie lui-même pas d'une prétention en dommages-intérêts contre le substitut, de sorte que le mandant ne l'acquiert pas non plus en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO⁹⁷. Un peu formaliste, le raisonnement est cependant logique.

705. Sensibles au problème, les auteurs cherchent d'autres fondements de responsabilité. Nous nous efforçons de décrire ces théories (N 706 ss), ainsi que les développements du Tribunal fédéral (N 719 ss). Nous démontrons finalement que l'article 399 alinéa 3 CO, même appliqué à la lettre, résout le problème dont il est question (N 725 ss).

⁹⁴ Sur cette notion, N 181.

⁹⁵ BUCHER (BT), 232 ; CHAIX, 241 ss ; BK-FELLMANN, CO 398 N 615 ; CR-WERRO, CO 399 N 6.

⁹⁶ ATF 121 III 310, c. 5a, JdT 1996 I 359.

⁹⁷ Sur ces aspects : BK-FELLMANN, CO 398 N 615.

a. Les théories envisagées en doctrine

706. Plusieurs théories sont envisagées en doctrine : la stipulation pour autrui (N 707 ss), la gestion d'affaires sans mandat (N 710 ss), le contrat avec effet protecteur envers les tiers (N 713 ss) et la liquidation du dommage de tiers (N 716 ss).

i. La stipulation pour autrui

707. Si les auteurs sont nombreux à considérer que l'article 399 alinéa 3 CO est l'expression légale d'une stipulation pour autrui⁹⁸, nous pensons avec Walter FELLMANN et Josef HOFSTETTER que les conditions d'application et les effets de la norme ne sont pas identiques⁹⁹. Le mandataire et le substitut n'ont en effet pas toujours la volonté d'autoriser le mandant à agir directement contre le substitut (art. 112 al. 2 CO).

708. Dans son arrêt du 27 juin 1995, le Tribunal fédéral accorde au donneur d'ordre une prétention en dommages-intérêts contre la banque du bénéficiaire du virement¹⁰⁰. Les contrats inter-banques ont en premier lieu un contenu technique et visent les modalités du traitement en masse de virements bancaires. Ils visent essentiellement des virements rapides et simples. Il est impensable, dans ce cadre là, que les banques entendent accorder des droits aux clients de leurs cocontractants¹⁰¹.

709. La prétention en dommages-intérêts qu'il faut accorder au mandant contre le substitut ne résulte donc pas de l'application de l'article 112 CO.

ii. La gestion d'affaires sans mandat

710. Les auteurs qui qualifient le substitut de gérant d'affaires sans mandat à l'égard du mandant fondent la prétention en dommages-intérêts de ce dernier sur l'article 420 CO¹⁰². En vertu de l'alinéa 1 de la norme, « [le] gérant répond de toute négligence ou imprudence. »

711. Dans son arrêt du 15 mai 1984¹⁰³, le Tribunal fédéral a admis la prétention de l'héritière universelle de A. (mandante) en dommages-intérêts contre la banque de Locarno (substitut)¹⁰⁴. Fondée sur les articles 397 alinéa 1, 399 alinéa 3 et 420 alinéa 3 CO, cette décision n'indique pas pour autant que le Tribunal fédéral voit dans le substitut un gérant d'affaires sans mandat. D'une

⁹⁸ BUCHER (BT), 232 ; BK-GAUTSCHI, CO 399 N 10a ; TERCIER (contrats), N 4661 ; Bak-WEBER, CO 399 N 6.

⁹⁹ BK-FELLMANN, CO 399 N 100 ; HOFSTETTER, 98.

¹⁰⁰ ATF 121 III 310, c. 5a, JdT 1996 I 359. Pour un résumé de l'état de fait, voir N 277.

¹⁰¹ HESS (Vertrauenshaftung), 152.

¹⁰² BK-GAUTSCHI, CO 399 N 3a ; Bak-WEBER, CO 399 N 6.

¹⁰³ ATF 110 II 183, c. 2b (p.n.t. au JdT). Pour un résumé de l'état de fait, voir N 40.

¹⁰⁴ Pour un résumé de l'état de fait, N 40.

part, le substitut n'agit pas sans mandat¹⁰⁵ ; son intervention est fondée sur le contrat conclu avec le mandataire. D'autre part, la décision publiée ultérieurement, dans laquelle notre Haute Cour accorde des dommages-intérêts au mandant contre le substitut¹⁰⁶, ne mentionne pas l'article 420 CO.

712. Les articles 419 ss CO n'étant pas applicables directement au substitut, l'article 420 alinéa 1 CO ne saurait être, à notre sens, le fondement de la prétention.

iii. L'effet protecteur du sous-contrat

713. Walter FELLMANN fonde la prétention en dommages-intérêts du mandant sur la théorie d'origine allemande de l'effet protecteur du contrat envers les tiers¹⁰⁷.

714. Soutenue dans des contextes différents par plusieurs autres auteurs¹⁰⁸, cette théorie suppose la réalisation de deux conditions. « Une telle prétention contractuelle en réparation du dommage d'un tiers étranger au contrat suppose que [le tiers] entre en contact avec la prestation principale en conformité avec son but – de manière reconnaissable pour le débiteur –, que le créancier de la prestation principale soit tenu de protéger le tiers et de lui porter assistance et, partant, ait un intérêt à ce que le tiers soit attiré dans le champ de protection du contrat ou que, de manière générale, les cocontractants aient eu la volonté de mettre à la charge du débiteur un devoir de protection en faveur du tiers étranger au contrat. »¹⁰⁹

715. Cette théorie ne fonde pas la prétention en dommages-intérêts du mandant contre le substitut de manière satisfaisante. Premièrement, et Walter FELLMANN l'admet implicitement, le substitut ne sait pas nécessairement qu'il intervient en cette qualité et que sa prestation est due à un tiers à sa convention¹¹⁰. Le besoin de protection de ce dernier n'est donc pas toujours reconnaissable. Deuxièmement, cette théorie est critiquée, elle n'est pas (encore) reconnue en droit suisse¹¹¹ et elle n'est pas nécessaire dans l'hypothèse de la substitution, dans la mesure où l'application de l'article 399 alinéa 3 CO conduit au résultat escompté (N 725 ss).

¹⁰⁵ BK-FELLMANN, CO 398 N 604.

¹⁰⁶ ATF 121 III 310, c. 5a, JdT 1996 I 359.

¹⁰⁷ BK-FELLMANN, CO 398 N 615 ss.

¹⁰⁸ CHAIX, 263 ; BK-KRAMER, All. Einl. OR N 144 ; Bak-WIEGAND, Einl. zu CO 97-109 N 9.

¹⁰⁹ TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b. Sur la théorie du contrat avec effet protecteur de tiers, voir notamment : TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; ATF 117 II 315 (f), c. 5c/bb ; CHAIX, 250 ss ; KOLLER (Grundzüge), 1492 ss ; MOSER, 47 ss ; WALTER, 284 ss.

¹¹⁰ BK-FELLMANN, CO 398 N 618 et 620.

¹¹¹ ATF 130 III 345, c. 1, JdT 2004 I 207 ; TF, 28 janvier 2000, SJ 2000 I 549, c. 3b ; KOLLER (Grundzüge), 1494 ; SCHWENZER, N 87.05.

iv. La liquidation du dommage de tiers

716. Envisagée pour pallier les inconvénients de la relativité des conventions, la liquidation du dommage de tiers n'est pas une véritable dérogation au principe¹¹². Son application est supposée nécessaire, notamment en cas de représentation indirecte¹¹³, parce que le bénéficiaire économique de la prestation, victime du dommage, n'est pas lié contractuellement au débiteur responsable. La liquidation du dommage de tiers ne confère pas de créance directe contre le débiteur. Elle permet exclusivement au créancier (mandataire) de réclamer en son nom, mais pour le compte du tiers (mandant), le dommage de ce dernier au débiteur (substitut)¹¹⁴.

717. En raison du fait que le mandant ne bénéficie pas de créance propre contre le substitut, la liquidation du dommage de tiers ne fonde pas la prétention en dommages-intérêts qu'il convient d'accorder au mandant. Lorsque les conditions de l'effet protecteur du contrat envers les tiers ne sont pas réalisées, Walter FELLMANN fonde néanmoins une créance du mandataire contre le substitut en application de la théorie de la liquidation du dommage de tiers. Le mandant pourrait se prévaloir directement de la prétention du mandataire fondée sur ces principes en application de l'article 399 alinéa 3 CO¹¹⁵.

718. Cette solution est intéressante, ce d'autant qu'elle est, à notre sens, soutenable dogmatiquement. Elle est cependant fondée sur une théorie, celle de la liquidation du dommage de tiers, qui ne connaît pas d'ancrage dans la loi. Pour cette raison, notre choix se porte sur une construction différente et plus proche des principes élaborés par le législateur. Avant de la développer, il convient encore de présenter l'opinion du Tribunal fédéral.

b. L'opinion du Tribunal fédéral

719. Dans son arrêt du 15 mai 1984¹¹⁶, le Tribunal fédéral a admis la prétention de l'héritière universelle de A. (mandante) en dommages-intérêts contre la banque de Locarno (substitut)¹¹⁷. Si elle vise les articles 397 alinéa 1,

¹¹² BK-KRAMER, All. Einl. OR N 58. Sur la liquidation du dommage de tiers, voir : ATF 117 II 315 (f), c. 5c/aa ; CHAIX, 244 ss ; THORENS Justin, *Le dommage causé à un tiers*, Genève 1962 ; WEBER Rolf H., « Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz », *Mélanges Paul PIOTET*, Berne 1990, 215 ss ; YUNG Walter, « La responsabilité contractuelle envers les tiers lésés », *Etudes et Articles*, Genève 1971, 303 ss.

¹¹³ OG, 18 juin 2001, ZR 2002 251, c. 2.4.6.b ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 44 ; YUNG, 312 s. *Contra* : PIOTET, 43 ss.

¹¹⁴ ATF 123 III 204, c. 2f, JdT 1999 I 9 ; CR-THEVENOZ, CO 97 N 44 ; YUNG, 317 s.

¹¹⁵ BK-FELLMANN, CO 398 N 620. Du même avis : HESS (Vertrauenshaftung), 152.

¹¹⁶ ATF 110 II 183, c. 2b (p.n.t. au JdT).

¹¹⁷ Pour un résumé de l'état de fait, N 40.

399 alinéa 3 et 420 alinéa 3 CO, cette décision ne tranche pas véritablement la question du fondement de la responsabilité du substitut à l'égard du mandant.

720. Dans l'arrêt de principe du 27 juin 1995¹¹⁸, le Tribunal fédéral constate que l'article 399 alinéa 3 CO s'inspire de l'article 1994 alinéa 2 CCfr¹¹⁹. Il rappelle également que le mandant ne peut faire valoir que les prétentions que le mandataire a contre le substitut, mais que la doctrine est unanime à estimer que l'interprétation littérale de la disposition conduit aux résultats insatisfaisants que nous avons présentés, soit que la victime du dommage n'est pas toujours créancière et que le créancier n'est pas toujours la victime du dommage (N 701). Les juges indiquent également que les auteurs fondent la prétention essentiellement sur la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO) et la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers¹²⁰.

721. La Cour procède ensuite à une analyse de droit comparé et constate que les pays qui nous entourent accordent généralement une prétention du mandant contre le substitut, en particulier dans les virements bancaires multiples. Le droit français fonde cette prétention sur l'article 1994 alinéa 2 CCfr, les droits allemand et autrichien sur la théorie du contrat avec effet protecteur envers les tiers¹²¹.

722. La décision est surtout intéressante, parce qu'elle s'appuie sur des appréciations d'équité. Les juges précisent¹²² :

« L'élément déterminant sur lequel se fonde cette appréciation est que les rapports de représentation indirecte sont en règle générale manifestes lors de virements multiples, étant donné qu'aucune des banques engagées ne peut valablement partir de l'idée que l'autre agit exclusivement pour son propre compte. L'intérêt du tiers est reconnaissable pour tous et immanent aux transactions de giro bancaire. Il en va de même de la nécessité de protéger le donneur d'ordre contre les manquements des banques. Les transactions effectuées par giro bancaire servent les intérêts du donneur d'ordre et du bénéficiaire. Le but du giro bancaire étant également de faciliter le déroulement des transactions pour les banques, il paraît justifié de faire supporter aux banques et non aux parties concernées le risque d'éventuels manquements qui pourraient en résulter. Il n'est pas admissible que le donneur d'ordre et le bénéficiaire ne soient pas protégés en raison de l'intervention d'une autre banque, alors même que les conditions d'une violation d'une obligation sont réunies dans le cas d'espèce. Il s'agit en définitive

¹¹⁸ ATF 121 III 310, JdT 1996 I 359.

¹¹⁹ Voir son texte au N 154.

¹²⁰ ATF 121 III 310, c. 4a, JdT 1996 I 359.

¹²¹ ATF 121 III 310, c. 4b, JdT 1996 I 359.

¹²² ATF 121 III 310, c. 4c, JdT 1996 I 359.

d'éviter que, pour des raisons d'organisation ou de technique bancaire, des droits protégés, respectivement des obligations soient réduits à néant, alors même qu'ils existent "en soi", c'est-à-dire indépendamment de la position de créancier contractuel du lésé. »

723. A l'audience de délibération, le juge rapporteur a proposé de fonder l'action en dommages-intérêts sur la théorie de l'effet protecteur du contrat. Les autres juges ont clairement refusé cette approche. La majorité a même renoncé à fonder la prétention sur les règles du contrat de mandat¹²³.

724. Dans la décision publiée, le Tribunal fédéral ne tranche pas. Il s'exprime ainsi : « La prétention directe du mandant principal a un fondement contractuel. Peu importe la question de savoir si elle se déduit directement de l'art. 399 al. 3 CO ou d'une stipulation pour autrui au sens de l'art. 112 CO. »¹²⁴

c. *Notre point de vue*

725. Le Tribunal fédéral et la majorité de la doctrine ont une approche un peu formaliste à notre sens. Cette approche ne pose guère de problèmes s'agissant de la plupart des prétentions. La situation est toutefois insatisfaisante en ce qui concerne les dommages-intérêts. L'analyse littérale d'une disposition est importante, mais elle n'est pas décisive (N 91). La recherche du sens véritable d'une norme doit être bien plus liée à l'objectif qu'elle poursuit.

726. A cet égard, l'article 399 alinéa 3 CO a essentiellement pour but d'attribuer au mandant, contre le substitut, les droits dont le mandant est privé contre le mandataire en vertu de l'alinéa qui le précède. Or, l'interprétation littérale qui est donnée à la disposition conduit précisément les auteurs et les tribunaux à ne pas appliquer la norme dans cette hypothèse. Si la qualité discutable de la rédaction de la disposition ne les empêche heureusement pas d'accorder au mandant une prétention en dommages-intérêts, nous pensons qu'une interprétation conforme au but de la norme serait soutenable, quand bien même elle irait à l'encontre de son texte.

727. Dans un arrêt du 3 mai 1968, la *Camera civile di appello* tessinoise s'est prononcée sur les faits résumés suivants :

Siemsglüss a confié à la société SIMS un mandat de commission-expédition portant sur l'envoi de 10 tonnes de « *Methylthiouracil* ». SIMS s'est substituée Rusconi, laquelle s'est substituée Castelletti. Cette dernière a confié le transport à

¹²³ NEUE ZÜRCHER ZEITUNG, 4 novembre 1995, 22.

¹²⁴ ATF 121 III 310, c. 5a, JdT 1996 I 359.

Schenker. Schenker a ensuite commis une erreur dans l'envoi des marchandises¹²⁵.

728. Fondée sur la violation des articles 97 alinéa 1 et 398 alinéa 2 CO, la responsabilité de Castelleti (sous-substitut) a été retenue par la Cour. Cette dernière a ensuite considéré que Siemsglüss (mandant) pouvait se prévaloir de cette prétention en dommages-intérêts en application de l'article 399 alinéa 3 CO¹²⁶. S'agissant du résultat, cette application *contra legem* doit être saluée. Ceci est d'autant plus vrai, et les juristes attachés à la lettre de la loi seront rassurés, que cette interprétation n'est pas nécessaire. L'application littérale de la disposition peut conduire au même résultat.

729. En effet, l'article 399 alinéa 3 CO n'accorde au mandant que les droits qui sont ouverts au mandataire. Si ce dernier ne subit pas de dommage, il ne dispose pas d'une prétention contre le substitut, de sorte que le mandant ne peut pas acquérir ce dont le mandataire n'est pas titulaire. Cette argumentation n'est pas erronée, mais elle repose sur une approche qui n'est que partielle. Dès la conclusion du sous-contrat, un rapport d'obligations unilatéral est créé de par la loi entre le mandant et le substitut (N 630 ss). En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant devient directement titulaire d'une créance tendant à l'exécution de la prestation promise aux côtés du mandataire (N 685).

730. Le mandant est alors créancier d'une obligation à l'égard du substitut au sens de l'article 97 alinéa 1 CO. Si le mandant ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur (substitut) est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'application cumulée des articles 399 alinéa 3 CO et de la disposition générale qu'est l'article 97 alinéa 1 CO permet donc au mandant de fonder son action en dommages-intérêts contre le substitut, indépendamment de l'existence d'un dommage pour le mandataire.

2. Les conditions de la responsabilité

731. La responsabilité du substitut est soumise à la réalisation des conditions ordinaires de la responsabilité dite contractuelle, visée à l'article 97 alinéa 1 CO. Le mandant doit démontrer que le substitut a violé l'une de ses obligations. Il peut s'agir de l'obligation principale : l'exécution diligente et conforme aux instructions de la prestation (art. 397 et 398 al. 2 CO). Ce peut également être une obligation accessoire, telle que la reddition de compte ou la restitution des droits et des biens acquis (art. 400 al. 1 CO).

¹²⁵ L'article 399 CO est également susceptible de s'appliquer au contrat de commission-expédition (N 845 ss).

¹²⁶ CCA TI, 3 mai 1968, Rep 1969 66, c. A.

732. L'obligation doit résulter de la convention conclue entre le mandataire et le substitut. Le mandant ne peut pas reprocher à ce dernier l'inexécution d'une obligation trouvant sa source dans le contrat qu'il a lui-même conclu avec le mandataire (N 637). Les modalités d'exécution de l'obligation qui sert de base à la prétention en dommages-intérêts sont donc déterminées par le mandataire et le substitut. Peu importe qu'elles correspondent aux obligations initiales du mandataire. La prestation promise par le substitut au mandataire peut avoir fait l'objet de modifications, en raison de la possibilité offerte aussi bien au mandataire qu'au mandant de donner des instructions au substitut (N 549 ss et 689 ss).

733. Le mandataire doit prouver l'existence d'un préjudice, qu'il s'agisse d'une diminution involontaire du patrimoine ou d'un tort moral. La violation de l'obligation du substitut et ce préjudice doivent être en lien de causalité naturel et adéquat. Il appartient au mandataire de démontrer que la violation de l'obligation est une *conditio sine qua non* de la réalisation du dommage. C'est au juge de déterminer si, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la violation de l'obligation contractuelle est en soi propre à favoriser la survenance du préjudice subi.

734. Le substitut répond de toute faute, même légère (art. 99 al. 1 CO). Il répond également des actes de ses auxiliaires en vertu de l'article 101 alinéa 1 CO. Si le substitut s'est lui aussi substitué un tiers, l'étendue de sa responsabilité dépend des éventuelles autorisation (art. 398 al. 3 CO) et justification de la substitution (art. 399 al. 1 ou 2 CO).

735. Dans les cas rares, où le sous-mandat est confié sans rémunération, la responsabilité du substitut peut être appréciée avec moins de rigueur en vertu de l'article 99 alinéa 2 CO.

736. A l'inverse, lorsque l'intervention du substitut est entreprise contre la volonté manifestée en termes exprès ou de quelque autre manière reconnaissable par le substitut, ce dernier est tenu même des cas fortuits à moins qu'il ne prouve qu'ils seraient aussi survenus sans son immixtion (art. 420 al. 3 CO p.a.)¹²⁷.

737. Le substitut n'est pas le gérant d'affaires du mandant (N 710 ss). Lorsqu'il peut reconnaître que son intervention n'est pas souhaitée par le mandant, il n'y a pas de raison que sa responsabilité ne soit pas aussi étendue que celle du gérant placé dans la même situation. Le substitut intervient, certes, en vertu d'une obligation contractuelle à l'égard du mandataire, mais il ne doit pas s'engager en sachant que le destinataire de la prestation ne le souhaite pas. S'il apprend la volonté opposée du mandant après la conclusion du contrat, il peut généralement invalider ce dernier pour erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 4 CO).

¹²⁷ BK-GAUTSCHI, CO 399 N 3.

738. L'interdiction peut être expresse ou ressortir de l'ensemble des circonstances¹²⁸. Elle doit être en principe reconnaissable au moment où le substitut intervient¹²⁹. S'il s'en aperçoit après avoir entamé l'activité, il doit s'abstenir d'interventions supplémentaires, sauf si les intérêts du mandant commandent qu'il la termine au moins partiellement.

739. Lorsque ces conditions sont réalisées, le substitut répond à l'égard du mandant du dommage causé par cas fortuit. Le mandant doit démontrer l'existence d'un lien de causalité naturel¹³⁰ entre son dommage et l'intervention du substitut, malgré l'interdiction reconnaissable.

¹²⁸ CR-HÉRITIER LACHAT, CO 420 N 12 ; ZK-GAUCH/SCHMID, CO 420 N 42 ; Bak-WEBER, CO 420 N 7.

¹²⁹ CR-HÉRITIER LACHAT, CO 420 N 12 ; ZK-GAUCH/SCHMID, CO 420 N 44 ; Bak-WEBER, CO 420 N 7.

¹³⁰ CR-HÉRITIER LACHAT, CO 420 N 14 ; ZK-GAUCH/SCHMID, CO 420 N 63 ; Bak-WEBER, CO 420 N 9 s.

Chapitre XV : Les relations entre mandant et mandataire

A. Le contexte

740. Le mandant et le mandataire sont en général liés par un contrat de mandat proprement dit (N 313 ss). Dans la mesure où la substitution fait intervenir un tiers, le contexte contractuel initial est sensiblement modifié. Le mandataire, qui se fait remplacer, fait le choix, parfois imposé par les circonstances, de ne pas exécuter personnellement l'une de ses obligations, contrairement à l'injonction de principe prévue à l'article 398 alinéa 3 CO. Il confie à un tiers, cas échéant, l'exécution de l'obligation principale.

741. La substitution ne met pas un terme au contrat liminaire conclu entre le mandant et le mandataire¹ ; les deux parties restent débitrices l'une de l'autre. Les obligations du mandant, tendant au versement des honoraires (art. 394 al. 3 CO), au remboursement des avances et des frais et à la libération des obligations contractées (art. 402 al. 1 CO) restent inchangées. En revanche, le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un arrêt du 7 avril 2000, la substitution n'engendre pas d'obligation particulière pour le mandant, raison pour laquelle elles ne font pas l'objet de développements spécifiques dans ce chapitre. Le mandant n'est, en particulier, pas obligé d'agir contre le substitut en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO².

742. Par la substitution, même autorisée, le mandataire n'est pas libéré de toute obligation. Il doit notamment rendre compte et faire valoir les prétentions du mandant contre le substitut³. Certaines obligations sont modifiées par la substitution. C'est leur analyse qui fait l'objet de ce chapitre. Les droits et obligations non spécifiques à la substitution peuvent être négligés, dans la mesure où nous les avons exposés dans le chapitre XIII, relatif aux relations entre le mandataire et le substitut (N 543 ss). Dans le présent chapitre, nous abordons, dès lors, exclusivement les obligations du mandataire spécifiques à la substitution.

¹ BK-FELLMANN, CO 398 N 590, qui considère que certaines obligations sont maintenues. Voir également : JAUSI, 19 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 7.

² ATF 5P.59/2000, 7 avril 2000, c. 4.

³ ATF 5P.59/2000, 7 avril 2000, c. 4. Dans le même sens : FICK/VON MORLOT, 399 N 20 ; JAUSI, 19 s.

B. Les obligations du mandataire

743. En se substituant un tiers, le mandataire est en principe libéré de l'obligation transmise au substitut. A certaines conditions, l'obligation d'exécution personnelle (art. 398 al. 3 CO) persiste ou renaît (N 744 ss). Dans le cadre de tout contrat de mandat, le mandataire a une obligation générale de diligence (art. 398 al. 2 CO). Cette obligation subsiste en cas de substitution, mais dans la mesure où le mandataire ne s'exécute pas personnellement, elle se concrétise par des devoirs particuliers, notamment celui de choisir et d'instruire le substitut avec soin (N 755 ss). Enfin, le mandataire qui se substitue un tiers reste débiteur d'une obligation de fidélité. Comme le devoir de diligence, elle prend d'autres formes en cas de substitution et a essentiellement pour but de permettre au mandant de faire valoir les prétentions qui découlent de l'article 399 alinéa 3 CO (N 792 ss).

1. L'exécution personnelle

744. Lorsque le mandataire est autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, son obligation d'exécuter personnellement le service s'éteint⁴ et fait place à une série d'obligations accessoires spécifiques à la substitution (N 755 ss). Dans de nombreuses situations, nonobstant la substitution, le mandant peut requérir l'exécution personnelle par le mandataire. C'est le cas lorsque le mandataire ne confie qu'une partie de son mandat à un tiers (N 745 s.), lorsque la substitution n'est pas autorisée (N 747 s.), lorsque les circonstances autorisant la substitution ne sont plus réalisées (N 749 ss) ou encore lorsqu'il est mis fin au sous-contrat (N 752 ss).

a. *En cas de transmission partielle de l'obligation*

745. Le mandant a la faculté de requérir du mandataire l'exécution personnelle du mandat lorsqu'une partie seulement du service promis a été transférée au tiers. Cette hypothèse, aussi logique et évidente soit elle, mérite d'être signalée, tant les substitutions partielles sont nombreuses.

746. Le médecin généraliste qui requiert d'un radiologue, avec l'autorisation de son patient, l'analyse de radiographies n'est pas dispensé de transmettre à ce dernier les résultats de l'analyse, d'établir un diagnostic et d'administrer les soins nécessaires. Le mandant peut par conséquent exiger du

⁴ WERRO (mandat), N 558. Voir également : BK-FELLMANN, CO 398 N 590, qui indique que le mandataire est libéré de l'*obligatio faciendi*; JAUSSE, 31, pour qui l'exécution personnelle se transforme en obligation de choisir et d'instruire le substitut avec soin.

mandataire qu'il exécute personnellement la partie du mandat qu'il n'a pas transférée au substitut.

b. *En cas de substitution non autorisée*

747. Le mandant conserve la faculté de requérir du mandataire l'exécution personnelle du mandat lorsque la substitution effectuée n'est pas autorisée. Le mandataire est tenu d'exécuter le mandat personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs (art. 398 al. 3 CO). *A contrario*, le mandataire n'est donc pas autorisé à se soustraire à l'exécution personnelle si aucune de ces trois hypothèses n'est réalisée.

748. Le client d'un avocat peut exiger que ce dernier reprenne la maîtrise du mandat s'il apprend que celle-ci a été confiée à un autre cabinet sans que l'on ait préalablement requis son autorisation. Il est également en droit de considérer que la prestation fournie par l'autre cabinet ne libère pas l'avocat de celle qu'il a promise⁵. Le mandant serait toutefois de mauvaise foi s'il invoquait la substitution non autorisée pour refuser un service exécuté avec succès et correspondant au mandat principal et à ses intérêts⁶.

c. *En cas d'extinction du motif autorisant la substitution*

749. Le mandant peut requérir du mandataire l'exécution personnelle du mandat lorsque les circonstances autorisant la substitution ne sont plus réalisées.

750. Le mandant a la possibilité de révoquer en tout temps l'autorisation qu'il a donnée au mandataire de se substituer quelqu'un (N 490 ss). Les circonstances sur lesquelles s'est fondé le mandataire pour transférer l'exécution du mandat à un tiers peuvent également ne plus exister. C'est le cas notamment si l'architecte, brièvement hospitalisé, retrouve les ressources nécessaires à la poursuite de la surveillance des travaux de construction.

751. Lorsque la cause s'éteint, le mandataire est à nouveau débiteur de l'obligation d'exécuter personnellement le mandat. Il convient cependant de modérer cette affirmation pour le cas où les intérêts du mandant invitent le mandataire à ne pas reprendre la maîtrise de l'exécution du service. Il s'agit notamment de situations dans lesquelles l'incapacité du mandataire a été de longue durée et qu'il lui serait difficile d'appréhender avec aisance les modifications apportées au service qu'il devrait rendre. Il s'agit également des cas où les délais d'exécution sont désormais trop courts pour que le mandataire puisse reprendre efficacement l'exécution.

⁵ BK-BECKER, CO 399 N 9 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 629 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 9.

⁶ BK-BECKER, CO 399 N 9 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 629 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 9.

d. En cas d'extinction du sous-contrat

752. Le mandant a la faculté de requérir du mandataire l'exécution personnelle du mandat lorsqu'il est mis fin au sous-contrat par une des parties ou de par la loi. Nombreuses sont les hypothèses concernées (résiliation, résolution, invalidation ou nullité du sous-mandat).

753. Le mandant (art. 399 al. 3 CO), le mandataire ainsi que le substitut peuvent mettre fin en tout temps à la relation contractuelle qui lie le mandataire au substitut (art. 404 al. 1 CO) (N 214 ss et 696 ss). Conformément à l'article 405 alinéa 1 CO, le mandat finit également par la mort, l'incapacité ou la faillite du mandataire, à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire.

754. Le sous-mandat peut prendre fin à tout moment dans de nombreux cas. Dans cette situation et si le mandataire l'apprend, il lui appartient de reprendre la maîtrise de l'affaire et de l'exécuter personnellement⁷, à moins qu'il ne dispose de la possibilité de se substituer quelqu'un d'autre en application de l'article 398 alinéa 3 CO.

2. L'obligation de diligence

755. « Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne [...] exécution du mandat. » (art. 398 al. 2 CO). L'obligation de diligence, que l'on déduit de cette disposition, contraint le mandataire à atteindre le résultat escompté par le mandant ou à mettre en œuvre toute mesure permettant, selon l'expérience générale, d'atteindre ce résultat⁸. Elle détermine, pour le mandataire, la manière d'exécuter le mandat⁹. Les règles de l'art ou les règles déontologiques peuvent servir de référence pour déterminer si le mandataire a fait preuve de la diligence que l'on pouvait exiger de lui¹⁰.

756. Dans le cadre de la substitution, l'obligation de diligence se traduit pour le mandataire essentiellement par le devoir de choisir (N 757 ss) et d'instruire le substitut avec soin (N 778 ss). Le mandataire a également le devoir d'exécuter les obligations découlant du sous-mandat conclu avec le substitut (N 786 ss) et d'enjoindre le substitut de s'exécuter correctement (N 790 s.). Il n'a, en revanche, pas le devoir de le surveiller (N 782 ss).

⁷ JAUSSE, 23.

⁸ BAK-WEBER, CO 398 N 24.

⁹ TERCIER (contrats), N 4663.

¹⁰ ATF 127 III 328, c. 3, JdT 2001 I 254 ; TERCIER (contrats), N 4670 ; CR-WERRO, CO 398 N 14.

a. Le devoir de choisir le substitut avec soin

757. Le mandataire a le devoir de choisir le substitut avec soin. Il s'agit d'une des rares obligations résultant de la substitution que le législateur a expressément mentionnée dans la loi (art. 399 al. 2 CO). Elle est incluse dans le devoir général de diligence du mandataire et résulte de la confiance particulière que le mandant place chez ce dernier. Le mandant, qui choisit généralement le mandataire en fonction de ses aptitudes et sur la base d'un rapport de confiance particulier, peut légitimement attendre de celui qui se substitue un tiers qu'il désigne quelqu'un qui présente les mêmes qualités que lui. La loi n'indique en revanche pas ce qui doit être considéré comme un choix raisonnable. L'obligation est, à notre sens, diligemment exécutée si le tiers est compétent¹¹ et solvable¹².

758. Les auteurs et les tribunaux ne précisent que ponctuellement le degré de diligence que l'on doit exiger du mandataire à cet égard. Nous sommes d'avis qu'il faut s'inspirer des principes développés dans le cadre de l'article 55 alinéa 1 CO¹³. Pour s'exonérer d'une prétention en dommages-intérêts dirigée contre lui en raison d'un acte illicite dommageable causé par l'un de ses employés, l'employeur doit en effet démontrer qu'il a fait preuve de diligence, notamment dans le choix de son auxiliaire¹⁴.

759. La compétence du substitut dépend de l'activité que le mandataire lui transmet. Si celle-ci nécessite des autorisations administratives ou l'inscription dans un registre, le substitut doit en principe disposer de ces autorisations, respectivement être inscrit dans le registre. L'avocat à qui le mandataire confie la poursuite d'une procédure contentieuse en Suisse doit être inscrit au registre du canton dans lequel il a son adresse professionnelle¹⁵.

760. Le substitut doit également être titulaire des diplômes attestant qu'il a effectué la formation adéquate et qu'il a réussi les examens la sanctionnant. Dans l'activité médicale, on attendra du substitut qu'il soit titulaire du diplôme attestant sa spécialisation dans le domaine concerné ; dans l'activité juridique, on attendra la plupart du temps que le substitut soit titulaire du brevet d'avocat.

761. Les autorisations et les diplômes n'ont qu'une valeur d'indice. Si le substitut dispose, en fait, des compétences pour s'occuper de l'affaire qui lui

¹¹ BK-FELLMANN, CO 399 N 58 ; ROSSEL, 442 ; Bak-WEBER, CO 399 N 2.

¹² TC GE, 28 mai 1885, JdT 1886 87 s. ; BK-FELLMANN, CO 399 N 62 ; ROSSEL, 442.

¹³ BK-FELLMANN, CO 399 N 59 est du même avis. Il renvoie aux développements de Karl OFTINGER et Emil STARK, ainsi qu'à ceux de Roland BREHM relatifs à l'article 55 alinéa 1 CO.

¹⁴ Voir notamment CR-WERRO, CO 55 N 20 s.

¹⁵ Article 6 alinéa 1 de la loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA, RS 935.61). Pour un exemple cantonal, voir l'article 5 alinéa 4 de la loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAv, RS GE 6 10).

est confiée, l'absence de ces papiers n'est pas déterminante. L'*Obergericht* zurichois l'a confirmé dans un arrêt du 1^{er} avril 1953¹⁶ :

Le Dr. S. a remis, pendant ses vacances, son cabinet médical à l'étudiant en médecine B., lequel était sur le point de passer les examens d'état. Pendant la période de remplacement, Sch. est tombé d'une échelle et a été conduit au cabinet médical de S. Le remplaçant B. l'a ausculté et a procédé à des radiographies. Il n'a rien découvert. Les douleurs ne disparaissant pas, B. a envoyé le patient à l'hôpital cantonal le lendemain. Une luxation de l'épaule a été identifiée et l'articulation a été traitée. La tardiveté de l'intervention a provoqué un endommagement des nerfs et une paralysie durable. Sch. réclame des dommages-intérêts à S.

762. Considérant que B. intervenait en qualité de substitut¹⁷ autorisé de S., l'*Obergericht* a examiné si le choix opéré par S. était judicieux au sens de l'article 399 alinéa 2 CO. Il a constaté qu'au moment des faits, une disposition réglementaire obligeait le médecin à requérir une autorisation de la Direction de la santé pour être libéré de l'obligation de surveiller certains auxiliaires. Il a néanmoins considéré que la qualité du choix, au sens de l'article 399 alinéa 2 CO, repose sur des critères civils et non administratifs. Le mandataire doit seulement s'assurer que la personne propose les garanties nécessaires que l'activité sera exécutée correctement.

763. En l'espèce, S. s'est fondé sur les conseils d'un médecin diplômé qu'il connaissait et la Direction de la santé a confirmé que B. avait officié comme remplaçant à deux reprises auparavant et que rien n'empêchait d'avoir confiance en lui. La Direction de la santé aurait par ailleurs donné l'autorisation nécessaire si elle avait été requise dans les temps. B. a de plus obtenu son diplôme un moins plus tard¹⁸.

764. Malgré l'absence formelle d'autorisation et de diplôme au moment des faits, l'*Obergericht* a conclu que le choix effectué par S. était diligent et qu'il ne devait pas répondre du dommage causé par B.

765. Il faut rechercher si le substitut éventuel dispose réellement de la formation, des connaissances et de l'expérience nécessaires¹⁹. Le mandataire doit également tenir compte de sa probité, de son comportement antérieur²⁰ et de la confiance qu'on peut lui accorder²¹. Tous ces éléments doivent être

¹⁶ OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352.

¹⁷ Notons que nous critiquons cette qualification ou ne l'admettons du moins que dans des circonstances précises (N 433 ss).

¹⁸ OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352, 353 s.

¹⁹ ATF 96 II 27, c. 2, JdT 1970 I 522 ; CR-WERRO, CO 55 N 20.

²⁰ CR-WERRO, CO 55 N 20.

²¹ BK-BREHM, CO 55 N 55 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 60 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 126 ; CR-WERRO, CO 55 N 20.

analysés en fonction de l'activité que le substitut sera réellement amené à fournir.

766. Une compétence générale dans le domaine concerné par la substitution peut ne pas être suffisante. Il doit disposer des connaissances spécifiques et nécessaires à la bonne exécution de l'affaire à traiter. S'il s'agit d'une intervention chirurgicale, le médecin doit être spécialisé dans l'intervention qu'il doit pratiquer. Il ne suffit pas qu'il ait une expérience importante en chirurgie articulaire pour qu'il puisse effectuer une transplantation d'organes.

767. Les compétences dont le substitut doit disposer dépendent de la difficulté de l'affaire, de l'importance de l'enjeu, ainsi que des risques de l'exécution pour le mandant²². Plus l'affaire est pointue, compliquée, dangereuse ou importante s'agissant du résultat, plus le substitut doit disposer de compétences pointues et spécifiques²³. L'expérience professionnelle dont il bénéficie est certainement l'élément essentiel pour l'appréciation du choix²⁴. Une expérience professionnelle de plusieurs années peut être utile.

768. Le Tribunal fédéral l'a jugé dans un arrêt du 26 août 2004²⁵ :

A. SA est spécialisée dans l'inspection et l'étude technique sur toutes matières. En automne 1995, B. SA a acquis diverses sortes de café et confié à A. SA la tâche de contrôler la qualité de celui-ci et de surveiller les opérations de chargement en Nouvelle Orléans et de déchargement en Algérie. Comme un lot de café en provenance du Venezuela était infesté d'insectes, les autorités algériennes ont refusé que le café soit débarqué. La marchandise a alors été acheminée à Trieste pour y être vendue à un nouvel acquéreur. B. SA a ouvert action contre A. SA, estimant que celle-ci a établi, à l'embarquement du café, des attestations de qualité erronées.

Condamnée au paiement de USD 3'824'350.-, CHF 942'619.- et GBP 97'782.-, A. SA recourt au Tribunal fédéral et se plaint d'une violation des articles 398 alinéa 3 et 399 alinéa 2 CO. Il serait "manifeste et évidemment connu de tout un chacun pratiquant de longue date le commerce international" que les sociétés de surveillance disposent de la faculté de se substituer un tiers.

²² Dans ce sens, TERCIER (contrats), N 4665, qui précise que « [la] mesure de la diligence dépend [...] de la nature des biens en cause ; on attendra nécessairement une diligence accrue de celui qui prend en charge la santé ou l'intégrité physique ou psychique du mandant [...]. » Ces considérations concernent la mesure de la diligence que l'on peut attendre du mandataire qui s'exécute personnellement, mais elles peuvent être reprises telles quelles en cas de substitution s'agissant de la diligence que l'on peut attendre du mandataire dans le choix du tiers lorsque l'activité du substitut est de ce type.

²³ BK-FELLMANN, CO 399 N 59.

²⁴ BK-FELLMANN, CO 399 N 61 ; OFTINGER/STARK, § 20 N 132.

²⁵ ATF 4C.141/2004, 26 août 2004.

769. Le Tribunal fédéral relève que l'arrêt cantonal ne contient aucune constatation sur la question de savoir s'il est d'usage que des sociétés de surveillance recourent dans l'exercice de leurs mandats au service de tiers. La Cour poursuit en constatant que même si la pratique décrite par la défenderesse existait, il ressort de l'arrêt querellé que l'entreprise choisie n'avait pas d'expérience dans la vérification du café et que les inexactitudes dans les résultats d'analyse proviennent d'une erreur commise dans la manière de sélectionner l'échantillonnage²⁶. En d'autres termes, le substitut n'a pas été choisi avec soin.

770. Selon Virgile ROSSEL, l'insolvabilité ou l'incapacité du substitut doit être notoire²⁷. Nous ne sommes pas de l'avis de l'auteur, en particulier s'agissant de l'appréciation des compétences. Le mandataire doit se déterminer sur celles-ci par une démarche active. Il doit prendre les renseignements nécessaires sur le substitut, sa formation et l'expérience professionnelle dont il dispose dans le domaine spécifique pertinent. Il ne peut pas se satisfaire du fait qu'il n'est pas notoire que le tiers est incompetent. Contrairement à l'employeur, de qui on peut l'exiger parfois dans le cadre de l'article 55 alinéa 1 CO²⁸, on n'attendra pas du mandataire qu'il procède à des examens de personnalité ou qu'il mette le tiers à l'essai.

771. Le mandataire peut en revanche se contenter du fait que le substitut lui a donné satisfaction par le passé pour une activité du même type. S'il ne le connaît pas, il peut également se fier aux conseils d'une connaissance de confiance²⁹. C'est ce qu'a jugé la *I Corte civile* tessinoise dans un arrêt du 24 juin 1953³⁰ :

Rotelli était propriétaire de billets de banque endommagés qu'il souhaitait échanger contre des billets neufs. Il a convenu avec Gervasconi que ce dernier se présenterait en plusieurs fois dans une banque pour échanger les billets endommagés, ce dernier touchant une commission sur les sommes échangées. Une première partie des transactions a été effectuée par Gervasconi, une autre par Zwicky. Après en avoir parlé à son avocat, Zwicky décida de ne pas continuer. Il présenta néanmoins Simmen à Gervasconi et le lui décrit comme une personne de confiance, avec une bonne situation financière. Gervasconi a confié CHF 80'000.- à Simmen, lequel les a échangés contre CHF 79'600.- en billets neufs. Il a remis CHF 36'000.- à Gervasconi, mais a conservé le reste.

²⁶ ATF 4C.141/2004, 26 août 2004, c. 2.2.

²⁷ ROSSEL, 442.

²⁸ CR-WERRO, CO 55 N 20.

²⁹ OG, 1^{er} avril 1953, ZR 1953 352 ; BK-FELLMANN, CO 399 N 61.

³⁰ CC, 24 juin 1953, Rep 1953 264.

772. La *I Corte civile* tessinoise a retenu que Gervasconi ne s'était pas renseigné sur Simmen et qu'il n'avait pas discuté personnellement avec lui pour l'évaluer. Il ne lui a pas non plus demandé de garantie en lui remettant les billets. Mais l'opération était facile. Il suffisait d'être disposé à déclarer à la banque que les billets lui appartenaient. De plus, Zwicky a été décrit par des témoins comme quelqu'un de confiance. Il est sérieux et s'il recommande quelqu'un, il le fait avec prudence. Lorsque Zwicky a présenté Simmen à Gervasconi, ce dernier pouvait donc reporter cette confiance sur Simmen. Le choix du substitut était diligent³¹.

773. La démarche active que l'on peut attendre du mandataire pour évaluer les compétences du substitut ne peut être que difficilement exigée pour l'évaluation de la santé financière du substitut. Cependant, si le mandataire apprend son insolvabilité avant la transmission de l'affaire, il ne la lui confiera pas ; s'il l'apprend après la transmission, il la lui retirera. Si le mandataire a un doute sur la solvabilité du substitut, il fera au moins usage du droit de consulter les procès-verbaux et les registres des offices de poursuites et faillites³². En outre, si la bonne exécution de l'activité transmise est intimement liée à la santé financière du mandataire, respectivement du substitut, le mandataire s'assurera que ce dernier ne fait pas l'objet d'une procédure d'exécution forcée.

774. Ces éléments d'appréciation s'inscrivent dans l'hypothèse où le mandataire a une liberté totale de choix. Lorsque le mandant impose au mandataire une personne en particulier ou restreint le choix à quelques personnes, le degré de diligence attendu est sensiblement diminué.

775. Le mandataire n'a pas l'obligation de s'assurer que le tiers imposé, ou désigné comme seul substitut possible, dispose des compétences nécessaires et qu'il est solvable. Il doit tout au plus attirer l'attention du mandant sur le fait que ces conditions ne sont pas réalisées s'il le sait ou s'il l'apprend par la suite³³.

776. Lorsque le mandataire dispose d'un choix restreint par le mandant, il doit déterminer, parmi les substituts potentiels, lequel présente les meilleures dispositions pour remplir la mission qui lui sera transmise. Le mandataire n'a pas l'obligation de procéder à une recherche approfondie, puisqu'il peut partir du principe que le mandant s'est renseigné et a opéré un choix préalable en connaissance de cause. Toutefois, si le mandataire connaît ou apprend l'incompétence du substitut désigné ou de l'ensemble des tiers proposés, il se doit de retirer le mandat et de le confier à un des autres substituts potentiels

³¹ CC, 24 juin 1953, Rep 1953 264.

³² Article 8a alinéas 1 et 2 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, RS 281.1).

³³ BK-FELLMANN, CO 399 N 63.

désignés ou d'informer le mandant qu'aucun des candidats ne dispose des compétences suffisantes.

777. Le degré de diligence attendu dans le choix du substitut dépend également des circonstances dans lesquelles intervient la substitution. Lorsque la substitution est nécessitée par des circonstances qui empêchaient le mandataire de s'exécuter, ce dernier ne dispose pas toujours de la possibilité d'opérer un choix optimal. Si l'affaire doit être exécutée rapidement et que le mandataire doit renoncer pour cause de maladie, la qualité de son choix dépendra du temps qu'il aura raisonnablement pu mettre à disposition de cette décision. Plus le temps consacré est court, plus l'exigence en terme de diligence dans le choix sera restreinte. L'appréciation du choix doit se faire en tenant compte de toutes les circonstances.

b. Le devoir d'instruire le substitut avec soin

778. Le mandataire a le devoir d'instruire le substitut avec soin. Egalement incluse dans le devoir général de diligence du mandataire en cas de substitution, cette obligation impose au mandataire de transmettre au substitut l'ensemble des instructions qu'il a lui-même reçues du mandant³⁴ et communiquer sans délai les nouvelles instructions qu'il reçoit³⁵. Elle s'éteint si le mandant les a communiquées directement au substitut (art. 399 al. 3 CO)³⁶.

779. Ces instructions doivent être complètes et conformes à la vérité³⁷. Elles doivent être suffisantes pour la réalisation de l'activité demandée au substitut. Elles dépendent également de la difficulté du service et des compétences du substitut. Pour les activités de routine ou lorsque le substitut est beaucoup plus qualifié que le mandataire, aucune instruction n'est nécessaire³⁸. En revanche, si le travail est délicat ou s'il revêt une grande importance, le substitut le plus spécialisé doit également être rendu attentif aux éléments les plus importants. L'avocat qui se substitue un confrère dans une procédure contentieuse doit notamment le rendre attentif aux délais³⁹.

780. Contrairement au degré de diligence que l'on peut attendre pour le choix (N 757 ss), les développements relatifs à l'article 55 alinéa 1 CO, concernant la *cura in instruendo* de l'employeur, ne peuvent être utilisés pour apprécier les instructions données au substitut. L'employeur ne se contente généralement pas de donner des instructions à ses employés. Il leur transmet de véritables directives sur la manière dont le travail doit être effectué. Le

³⁴ BK-FELLMANN, CO 399 N 64.

³⁵ BK-FELLMANN, CO 398 N 591.

³⁶ BK-FELLMANN, CO 398 N 591.

³⁷ BK-FELLMANN, CO 399 N 64 ; Bak-WEBER, CO 399 N 2.

³⁸ BK-FELLMANN, CO 399 N 65.

³⁹ BK-FELLMANN, CO 399 N 65.

mandataire ne donne au contraire pas de directive au substitut. Il lui laisse en principe la possibilité de déterminer, en toute indépendance, les moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif poursuivi (N 411). Les instructions transmises pas le mandataire au substitut doivent donc essentiellement porter sur l'objectif que le tiers doit s'efforcer d'atteindre⁴⁰.

781. La diligence dans la transmission des instructions au tiers dépend également des circonstances dans lesquelles intervient la substitution et de la complexité de l'activité transmise⁴¹. Si le mandataire est hospitalisé ou a peu de temps pour communiquer avec le substitut, on sera moins exigeant s'agissant de la qualité et de la complétude des instructions. On attendra toutefois du mandataire qu'il suggère au substitut de prendre contact avec le mandant pour un complément d'information.

c. Le devoir de surveiller le substitut ?

782. A teneur de la loi, le mandataire n'a pas l'obligation de surveiller le substitut, du moins lorsque son intervention est justifiée (art. 399 al. 2 CO *a contrario*). Certains auteurs affirment l'inexistence de cette obligation très largement⁴².

783. La substitution n'empêche pas le mandataire de surveiller le tiers (N 416) ; elle ne l'oblige toutefois pas véritablement à le faire. Le mandataire n'a pas à contrôler que le substitut effectue le travail conformément aux instructions transmises. Il n'est pas tenu non plus de vérifier que le mandataire est sur son lieu de travail et s'occupe du mandat qui lui a été confié. Le mandataire ne peut pas pour autant se désintéresser totalement du travail du substitut. Lorsque ce dernier lui remet le produit de son activité, le mandataire doit s'assurer que le travail a été fait. Il n'a pas à contrôler précisément la qualité du travail effectué, mais il ne peut se satisfaire de transmettre le produit de la substitution au mandant.

784. Dans le cadre d'une procédure, lorsqu'un avocat procède à une substitution autorisée et justifiée en confiant, avec l'accord du mandant, la rédaction d'un mémoire réponse à un spécialiste du domaine concerné, il ne peut se satisfaire de la signer et de la déposer devant la juridiction compétente. Il doit s'assurer que le document porte sur le dossier pertinent et que ses conclusions sont celles désirées par le mandant. Il n'a, en revanche, pas à

⁴⁰ La distinction entre l'instruction du mandant et la directive de l'employeur n'est pas toujours aussi évidente en pratique. Il arrive que l'employeur ne fixe qu'un objectif à son employé, sans définir précisément les modalités d'exécution. Parfois, le mandant ne laisse par ailleurs que peu de marge de manœuvre à son mandataire. Ces principes s'appliquent donc avant tout dans les situations classiques.

⁴¹ BK-FELLMANN, CO 399 N 65.

⁴² DERENDINGER, N 310 ; TERCIER (contrats), N 4649 ; Bak-WEBER, CO 399 N 2.

contrôler la pertinence juridique de l'ensemble des arguments soulevés par le substitut.

785. Lorsque la substitution est non autorisée ou indue, le mandataire n'a pas l'obligation formelle de contrôler le travail effectué par le substitut. Dans la mesure où il répond alternativement de tout le dommage causé par la substitution (N 811 ss) ou des actes du substitut comme des siens (N 818 ss), il a intérêt à s'assurer que l'activité du substitut a été effectuée correctement s'il entend ne pas devoir indemniser le mandant. La surveillance ou le contrôle que ses intérêts impliquent ne lui permettent pas de s'exonérer du dommage causé par le tiers ; elles ont pour but précisément d'éviter de causer un dommage au tiers pour ne pas avoir à le réparer en vertu alternativement des articles 398 alinéas 1 et 2 et 399 alinéa 1 CO.

d. Le devoir d'exécuter les obligations découlant du sous-contrat

786. Le mandataire est débiteur de diverses obligations à l'égard du substitut (N 572 ss). Il peut devoir verser des acomptes si la convention entre les parties le prévoit ; il doit en tout cas rémunérer le substitut. Ce dernier n'est pas le seul créancier de ces obligations. Le mandant ne peut, certes, pas réclamer le paiement en ses mains, mais il peut requérir du mandataire qu'il s'exécute envers le substitut. Le respect de ces obligations est essentiel pour lui également.

787. Si le mandataire ne s'exécute pas, le substitut est en effet en droit de retenir ses prestations, notamment le résultat de son activité (art. 82 CO). Le substitut a également la faculté de retenir jusqu'au paiement des choses mobilières ou des papiers-valeurs appartenant au mandant (art. 895 al. 1 et 3 CC) pour autant que les choses retenues soient réalisables (art. 896 al. 1 CC).

788. Si le substitut retarde l'exécution du service en raison d'acomptes non versés, s'il retient le résultat de son activité ou s'il fait usage de son droit de rétention parce que le mandataire ne le paie pas, le mandant n'a aucun moyen direct à faire valoir contre le substitut. Ce dernier peut en effet invoquer, contre le mandant, les exceptions et les objections qu'il a contre le mandataire.

789. Il appartient au mandataire, en tant que seul débiteur, d'exécuter toutes les obligations qui résultent du sous-contrat et d'effectuer tous les actes nécessaires à la bonne réalisation du service transmis. En ne versant pas les acomptes qui pourraient avoir été convenus ou en ne rémunérant pas le substitut conformément aux modalités de la convention, il viole l'obligation de diligence dont il est débiteur à l'égard du mandant.

e. *Le devoir d'enjoindre le substitut de s'exécuter*

790. Si l'obligation de diligence n'implique pas pour le mandataire le devoir de surveiller le substitut (N 782 ss) et donc de s'assurer en permanence que celui-ci exécute convenablement l'activité qui lui a été transmise, elle lui impose une démarche active s'il apprend que le substitut ne s'exécute pas ou qu'il ne s'exécute pas convenablement.

791. Le mandataire doit intervenir auprès du substitut et l'enjoindre de s'exécuter ou de respecter les instructions qui lui ont été communiquées. Suivant les circonstances, il peut même devoir résilier le contrat, rechercher une autre personne susceptible d'exécuter le service ou l'exécuter lui-même.

3. *L'obligation de fidélité*

792. « Le mandataire est responsable envers le mandant de la [...] fidèle exécution du mandat. » (article 398 alinéa 2 CO). L'obligation de fidélité « contraint le mandataire à agir en toutes circonstances *dans l'intérêt présumé de son mandant* : Il doit entreprendre tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le favoriser et s'abstenir de tout ce qui pourrait de quelque façon lui nuire »⁴³. Le mandataire doit donner la priorité aux intérêts du mandant au détriment de tout autre intérêt contradictoire⁴⁴, qu'il soit sien ou celui d'un tiers.

793. La fidélité due au mandant se traduit par l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts⁴⁵, le devoir de discrétion⁴⁶, le devoir de rendre compte⁴⁷ (art. 400 al. 1 CO) et le devoir de restituer⁴⁸ (art. 400 al. 1 et 401 al. 1 CO). Elle se concrétise par ailleurs par l'obligation générale d'informer le mandant⁴⁹. Cette dernière obligation se divise essentiellement en deux sous-obligations spécifiques dans le cadre de la substitution : le devoir de communiquer au mandant le nom et les coordonnées du substitut (N 794 ss) et le devoir de communiquer au mandant le contenu exact du sous-contrat (N 800 ss).

⁴³ TERCIER (contrats), N 4687. Dans le même sens : ATF 115 II 62, c. 3a, JdT 1989 I 539 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 24. *Contra* : CR-WERRO, CO 398 N 26 ss.

⁴⁴ BK-FELLMANN, CO 398 N 25 ; Bak-WEBER, CO 398 N 8.

⁴⁵ BK-FELLMANN, CO 398 N 100 ss ; TERCIER (contrats), N 4692 ss ; Bak-WEBER, CO 398 N 15 ss ; CR-WERRO, CO 398 N 29.

⁴⁶ BK-FELLMANN, CO 398 N 39 ss ; TERCIER (contrats), N 4695 ss ; Bak-WEBER, CO 398 N 11 ss.

⁴⁷ Le devoir de rendre compte fait également partie de l'obligation de diligence. Sur cette obligation : BK-FELLMANN, CO 400 N 13 ss ; TERCIER (contrats), N 4699 ss ; Bak-WEBER, CO 400 N 2 ss ; CR-WERRO, CO 400 N 3 ss.

⁴⁸ Le devoir de restituer fait également partie de l'obligation de diligence. Sur ce devoir : BK-FELLMANN, CO 400 N 113 ss ; TERCIER (contrats), N 4704 ss ; Bak-WEBER, CO 400 N 10 ss ; CR-WERRO, CO 400 N 11 ss.

⁴⁹ BK-FELLMANN, CO 398 N 143 ss ; TERCIER (contrats), N 4690 ; Bak-WEBER, CO 398 N 26. Sur l'étendue de cette obligation, voir également : CR-WERRO, CO 398 N 16 s.

a. *Le devoir de communiquer le nom et les coordonnées du substitut*

794. L'obligation de fidélité que le mandataire doit à son mandant implique le devoir de lui communiquer, sur demande, le nom et les coordonnées du substitut. Ce devoir découle de l'action directe que peut faire valoir le mandant contre le substitut en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

795. Le mandant ne peut faire valoir directement des prétentions contre le substitut s'il n'a pas connaissance du fait qu'un tiers s'est chargé de l'exécution du mandat et s'il n'en connaît ni le nom ni les coordonnées⁵⁰. Les intérêts du mandant et du substitut sont ici opposés. Le substitut n'a pas avantage à se voir recherché directement par le mandant, de sorte que son intérêt commande au mandataire de taire son nom. A l'inverse, l'intérêt du mandant est de bénéficier de l'action directe contre le substitut de sorte qu'il lui est profitable de connaître le nom et les coordonnées du substitut. Confronté aux intérêts opposés de son mandant et d'un tiers, le mandataire est condamné à privilégier ceux de son mandant en raison de son obligation de fidélité.

796. Il convient ici de préciser que cette obligation est indépendante d'une éventuelle autorisation de procéder à une substitution puisque l'action directe fondée sur l'article 399 alinéa 3 CO est ouverte dans tous les cas. Notons également que la liberté contractuelle permet aux parties de convenir que le mandataire est autorisé à ne pas transmettre au mandant le nom du substitut⁵¹.

797. Cette obligation naît dès la transmission de l'obligation au tiers. Son respect n'est pas exclusivement utile au mandant si le tiers ne s'exécute pas convenablement et qu'il lui cause un dommage. L'article 399 alinéa 3 CO donne en effet également la possibilité au mandant de donner des instructions au substitut ou de résilier le contrat (N 696 ss). Ces deux prérogatives peuvent être exercées en tout temps, y compris à l'engagement du substitut, de sorte qu'il appartient au mandataire d'informer le mandant sans délai.

798. Si le mandataire ne communique pas au mandant le nom et les coordonnées du substitut, il ne peut se prévaloir de la limitation de la responsabilité de l'article 399 alinéa 2 CO⁵². Il serait en effet illogique de libérer le mandataire de toute responsabilité alors que le mandant, ne connaissant pas le substitut, n'a pas la possibilité de rechercher le véritable auteur de son dommage.

799. Si le mandataire refuse de communiquer au mandant le nom du substitut, sans y être autorisé par la convention entre les parties, il répond du dommage causé par la violation de son obligation de fidélité sur la base de

⁵⁰ Dans ce sens : FICK/VON MORLOT, CO 399 N 14.

⁵¹ Dans ce sens : FICK/VON MORLOT, CO 399 N 15 s.

⁵² Dans ce sens : FICK/VON MORLOT, CO 399 N 15 s.

l'article 398 alinéas 1 et 2 CO et des actes du substitut, comme s'ils étaient siens, sur la base de l'article 399 alinéa 1 CO.

b. *Le devoir de communiquer le contenu exact du sous-mandat*

800. L'obligation de fidélité que le mandataire doit à son mandant implique le devoir de lui communiquer, sur demande, le contenu exact du sous-contrat. Ce devoir découle également de l'action directe que peut faire valoir le mandant contre le substitut en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

801. Avoir connaissance du contenu exact du sous-contrat est une nécessité pour le mandant à plusieurs égards. Tout d'abord, cela lui permet de savoir si l'ensemble des instructions indispensables à l'exécution du service a été transmis au substitut et, dans l'hypothèse négative, de les compléter. Deuxièmement, et c'est encore plus important pour lui, cette information lui permet d'identifier le débiteur de l'indemnité qui lui est due dans l'hypothèse où il subit un dommage du fait de la mauvaise exécution du service.

802. En connaissant le contenu exact du sous-contrat, le mandant peut savoir si le dommage qu'il a subi résulte d'instructions inexactes ou incomplètes du mandataire, auquel cas celui-ci en répond sur la base de l'article 399 alinéa 2 CO (en cas de substitution justifiée), ou si ce dommage résulte d'un manque de diligence du substitut dans l'exécution du service, auquel cas ce dernier en répond sur la base des articles 399 alinéa 3 et 97 alinéa 1 CO.

803. Il appartient en effet au mandant de démontrer que le dommage qu'il a subi est en lien de causalité avec des instructions inexactes ou incomplètes du mandataire ou avec la violation par le substitut de son obligation de diligence, telle qu'elle résulte du contrat conclu avec le mandataire. Seul le mandant bien informé est en mesure d'apporter les preuves de ces éléments.

804. Dans la même mesure que pour le devoir de communiquer le nom et les coordonnées du substitut, des intérêts divergents sont en jeu. Il n'est pas dans l'intérêt du substitut que le mandant puisse démontrer qu'une obligation de diligence a été violée. Il n'est pas dans l'intérêt du mandataire que ce même mandant puisse démontrer que le substitut a été mal instruit. Les éléments inculquant le substitut sont toutefois profitables au mandataire, et inversement, ceux visant le mandataire sont profitables au substitut. Dans les deux cas, l'intérêt du mandant oblige le mandataire à respecter ce devoir d'information, puisque l'obligation de fidélité contraint le mandataire à privilégier les intérêts du mandant.

805. Si le mandataire refuse de communiquer au mandant le contenu exact du sous-contrat, il répond du dommage causé par la violation de son obligation de fidélité sur la base de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO et des actes du substitut, comme s'ils étaient siens, sur la base de l'article 399 alinéa 1 CO.

C. La responsabilité du mandataire

806. Les conditions de la responsabilité du mandataire sont dépendantes du type de substitution opéré. L'étendue de cette obligation est par ailleurs variable. Le mandataire répond de tout le dommage causé par la substitution non autorisée par l'article 398 alinéa 3 CO (art. 398 al. 1 et 2 CO, N 811 ss et 64). Il doit indemniser du dommage causé par les actes du tiers comme s'il résultait des siens lorsque la substitution est indue (art. 399 al. 1 CO, N 818 ss et 65). Il ne répond, selon la loi, que du soin avec lequel il a choisi et instruit le substitut si l'intervention de ce dernier est justifiée (art. 399 al. 2 CO, N 822 ss et 66).

807. Lorsque le mandataire répond du dommage causé par le substitut, le mandant dispose parfois de deux prétentions parallèles en dommages-intérêts. L'une est dirigée contre le mandataire, l'autre contre le substitut. Il y a concours d'action au sens de l'article 51 alinéa 1 CO (solidarité imparfaite)⁵³. Le mandant peut agir contre chacun des débiteurs pour l'ensemble du dommage dont il est responsable, celui qui a payé ayant la possibilité de faire usage du droit de recours de l'article 50 alinéa 2 CO contre le coresponsable.

808. Dans les rapports internes, le dommage devrait être supporté avant tout par le substitut. Le fait que le substitut intervienne, par hypothèse, de manière non autorisée ne devrait donc pas jouer de rôle particulier.

809. Qu'il ait le droit ou non de gérer l'affaire du mandant, le substitut a la possibilité de déterminer librement les moyens à mettre en œuvre pour parvenir à l'objectif poursuivi. S'il viole son obligation de diligence, ce n'est en principe pas parce que le mandataire n'avait pas l'autorisation de faire appel à lui. Le substitut cause un dommage au mandant parce qu'il exécute imparfaitement une obligation dont il aurait tout aussi bien pu promettre l'exécution directement au mandant. Il devrait donc répondre entièrement, nonobstant le fait que le mandataire n'aurait pas dû lui demander d'intervenir.

810. Dans la mesure où le lien de causalité entre la violation de l'obligation du substitut et le dommage est beaucoup plus direct que celui qui unit le dommage à la violation de l'obligation contractuelle du mandataire, le substitut qui paie ne devrait, dans la règle, disposer d'aucun recours contre le mandataire. A l'inverse, le mandataire qui paie le mandant peut bénéficier de l'article 50 alinéa 2 CO pour se retourner contre le substitut.

1. En cas de substitution non autorisée

811. Les auteurs ne distinguent pas la substitution non autorisée de la substitution indue (N 59). Pour cette raison, ils développent généralement les

⁵³ JAUSSE, 50 ; Bak-WEBER, CO 399 N 6.

conditions de la responsabilité du mandataire en cas de substitution non autorisée dans le cadre de la substitution induite et constatent que l'article 399 alinéa 1 CO n'est pas adapté⁵⁴. Ils considèrent que le mandataire ne doit pas seulement répondre des actes du tiers comme des siens, mais qu'il doit indemniser le mandant de tout le dommage causé par la violation de l'obligation d'exécution personnelle en vertu de l'article 97 alinéa 1 CO⁵⁵. Malheureusement, ils n'en déduisent néanmoins pas que la substitution peut prendre trois formes.

812. Dogmatiquement, le fondement de la responsabilité du mandataire pour la violation de son obligation d'exécution personnelle est en réalité l'article 398 alinéas 1 et 2 CO. Lorsque le mandataire ne peut démontrer que l'accord du mandant, l'usage ou les circonstances (art. 398 al. 3 CO) lui permettaient de se substituer le tiers, l'intervention de ce dernier constitue une violation de l'une de ses obligations, celle d'exécuter personnellement le mandat. Il suffit alors au mandant de convaincre le juge que le préjudice qu'il subit résulte de l'intervention du substitut.

813. Au même titre que le substitut qui connaît sa qualité d'intervenant non autorisé (N 737 ss), que le débiteur en demeure (art. 103 CO) ou que l'emprunteur qui use de la chose sans droit (art. 306 al. 2 CO), le mandataire qui procède à une substitution non autorisée doit répondre du cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que le dommage se serait produit s'il s'était exécuté personnellement.

814. Dans le procès en dommages-intérêts, la charge de la preuve est donc essentiellement sur les épaules du mandataire. Le mandant doit exclusivement démontrer que le tiers est un substitut et que le dommage qu'il a subi résulte de son intervention. Il appartient par contre au mandataire d'apporter la preuve que le dommage résulte en réalité d'un cas fortuit et que celui-ci se serait également produit s'il avait exécuté personnellement le mandat. Il importe peu que le tiers n'ait pas violé l'obligation contractuelle du mandataire. Le mandataire ne peut pas non plus démontrer qu'aucune faute ne lui aurait été reprochée s'il s'était lui-même exécuté ainsi. Les arguments permettant au débiteur de s'exonérer selon l'article 101 alinéa 1 CO ne sont donc pas ouverts au mandataire dans le cadre de cette responsabilité⁵⁶.

815. Sauf cas de force majeure, il est extrêmement difficile pour le mandataire de prouver que le dommage se serait également produit s'il s'était exécuté personnellement. Prenons l'hypothèse d'un gestionnaire de fortune qui se substitue un confrère sans demander l'accord du mandant. Le substitut

⁵⁴ CERUTTI, N 468 ; HOFSTETTER, 95 ; Bak-WEBER, CO 399 N 5. *Contra* : BK-FELLMANN, CO 399 N 12 qui considère que le texte de l'article 399 alinéa 1 CO conduit au même résultat.

⁵⁵ CERUTTI, N 468 ; HOFSTETTER, 95 ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 8 ; SCHWENZER, N 23.05 ; Bak-WEBER, CO 399 N 5.

⁵⁶ Sur la preuve libératoire, N 52.

perd une somme importante. Il est en principe aisé pour le mandant de convaincre que le dommage subi résulte de l'intervention du second gestionnaire. Le gérant de fortune, qui ne peut apporter la preuve de l'autorisation, doit concrètement soutenir qu'il aurait également perdu cette somme s'il s'était exécuté personnellement. Il doit donc convaincre le juge qu'il aurait géré les valeurs déposées de la même manière et que la somme aurait été perdue. Non seulement cette allégation sera difficile à rendre vraisemblable dans ce domaine, mais il faut encore, à l'évidence, que ce comportement ne soit pas constitutif d'une violation fautive d'une obligation contractuelle. Le mandataire ne peut en effet pas se libérer de sa responsabilité causale en démontrant qu'il aurait de toute façon violé fautivement ses obligations contractuelles s'il s'était exécuté personnellement.

816. Certes, le mandataire peut démontrer qu'il n'a commis aucune faute en transmettant l'exécution de l'obligation au tiers. Cette exonération ne concerne toutefois que l'hypothèse où il a pensé, par une erreur non fautive, qu'il était en droit de se substituer le tiers⁵⁷. La preuve, difficile à apporter, de l'absence de faute n'exonère néanmoins pas le mandataire de toute responsabilité. Cette absence de faute « excuse » la violation de l'obligation d'exécution personnelle. Néanmoins, le mandataire répond encore des actes du substitut comme des siens, lorsque la substitution aurait été qualifiée d'indue si le mandataire avait eu l'autorisation de se substituer le tiers (art. 399 al. 1 CO)⁵⁸. Il répond des obligations dont il est encore débiteur, lorsque la substitution aurait été qualifiée de justifiée (art. 399 al. 2 CO) dans les mêmes circonstances.

817. La responsabilité du mandataire en cas de substitution non autorisée est donc lourde. Il lui est cependant aisé de requérir l'accord du mandant avant de procéder à la substitution. Le mandataire peut également mettre un terme à la convention en vertu de l'article 404 alinéa 1 CO, cas échéant invalider le contrat pour erreur essentielle (art. 24 al. 1 ch. 4 CO), s'il n'obtient pas cet accord.

2. En cas de substitution indue

818. Lorsque la substitution est autorisée au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, mais qu'elle ne poursuit pas les intérêts du mandant, le mandataire répond des actes du substitut comme des siens (art. 399 al. 1 CO). Jurisprudence et doctrine considèrent, à raison, que la responsabilité du

⁵⁷ HOFSTETTER, 96.

⁵⁸ Dans ce sens : BK-FELLMANN, CO 399 N 12.

mandataire en cas de substitution indue est identique à celle du débiteur pour les actes de ses auxiliaires (art. 101 al. 1 CO)⁵⁹.

819. Selon l'article 101 alinéa 1 CO, « [le] débiteur qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. » Le débiteur répond du dommage causé par l'auxiliaire auquel il recourt, lorsque ce dernier viole une obligation du débiteur⁶⁰. Il a néanmoins la possibilité de démontrer qu'aucune faute ne lui serait reprochée, si lui-même ou ses organes⁶¹ avai(en)t, dans les mêmes circonstances, causé le dommage (faute hypothétique)⁶². « En d'autres termes, le débiteur ne répond pas du dommage que son auxiliaire cause en exerçant toute la diligence que le créancier était en droit d'attendre du débiteur personnellement. »⁶³

820. Le mandataire répond des actes du substitut aux conditions suivantes. Le substitut doit violer une obligation dont le mandataire est débiteur à l'égard du mandant. Il s'agit le plus souvent de l'obligation de diligence. Le mandant doit démontrer qu'il a subi un préjudice en lien de causalité naturel et adéquat avec la violation de l'obligation. Lorsque les circonstances sont telles qu'elles rendent la qualification de substitution délicate par opposition à la conclusion directe d'une convention avec le tiers, le mandant doit démontrer que ce dernier est un substitut. Il n'a, en revanche, pas cette incombance lorsque la question pertinente est celle de savoir si le tiers est un substitut ou un auxiliaire. La responsabilité du mandataire pour les actes de ses auxiliaires ordinaires est en effet identique à celles pour ceux de ses substituts indus au sens de l'article 399 alinéa 1 CO.

821. Il appartient enfin au mandataire de démontrer que l'on n'aurait pu lui faire aucun reproche s'il s'était, lui-même, comporté comme le substitut. L'absence de faute fictive permet au mandataire de s'exonérer de toute responsabilité.

3. En cas de substitution justifiée

822. Lorsque la substitution est autorisée, au sens de l'article 398 alinéa 3 CO, et qu'elle poursuit les intérêts du mandant, le mandataire ne

⁵⁹ HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112, c. b. ; CERUTTI, N 466 ; HONSELL, 315 ; KOLLER (Haftung), N 395.

⁶⁰ CR-THÉVENOZ, CO 101 N 20.

⁶¹ ATF 92 II 234, c. 1, JdT 1967 I 241.

⁶² ATF 130 III 591 (n.t.), c. 5.5.4 ; ATF 117 II 65 (f), c. 2b ; ATF 113 II 424 (f), c. 1b ; CR-THÉVENOZ, CO 101 N 26 ; Bak-WIEGAND, CO 101 N 13.

⁶³ CR-THEVENOZ, CO 101 N 26.

répond, selon l'article 399 alinéa 2 CO, que du soin avec lequel il a choisi le substitut et donné ses instructions. A notre sens, cette norme n'est pas le fondement de la responsabilité du mandataire en cas de substitution justifiée. Elle indique uniquement que ses obligations sont limitées, essentiellement à ces deux aspects de son obligation de diligence.

823. En réalité, la responsabilité du mandataire est soumise aux conditions ordinaires, déduites de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO⁶⁴. Il répond de la violation de ses obligations contractuelles, lorsqu'elles causent un dommage au mandant et qu'il ne peut démontrer son absence de faute. Techniquement, ce n'est pas sa responsabilité qui est limitée, mais il ne répond que de la violation des obligations dont il est encore débiteur.

824. Le mandataire a l'obligation d'exécuter la partie du mandat qui n'a pas été transmise au substitut (N 745 s.), ainsi que de reprendre en charge l'exécution du mandat lorsque la substitution n'est pas autorisée (N 747 s.) ou que la cause l'autorisant s'est éteinte (N 749 ss). Il doit également exécuter personnellement le contrat ou se substituer un quart lorsque le sous-contrat s'est éteint (N 752 ss).

825. Dans le cadre de son obligation de diligence, le mandataire a le devoir de choisir le substitut avec soin (N 757 ss), de lui donner des instructions adéquates (N 778 ss), d'exécuter à son égard ses propres obligations (N 786 ss) et de l'enjoindre à s'exécuter s'il constate qu'il ne le fait pas (N 790 s.). En relation avec son obligation de fidélité, il a le devoir de communiquer le nom et les coordonnées du substitut (N 794 ss), ainsi que le contenu exact du sous-contrat (N 800 ss). Il reste par ailleurs tenu de restituer ce qu'il a acquis pendant le mandat ou d'informer le mandant de l'avancement de la prestation s'il le connaît.

⁶⁴ Pour une description des conditions de cette responsabilité, voir N 566 ss.

Sixième partie : L'extension de la notion de substitution

826. Notre approche de la substitution n'est pas classique, en ce sens que nous retenons trois formes de substitution (N 63 ss) et que nous n'empêchons pas l'application de l'article 399 alinéa 3 CO lorsque l'intervention du tiers poursuit les intérêts du mandataire (N 274 ss). Jusqu'ici, nous nous sommes toutefois limité à l'analyse des hypothèses dans lesquelles le contrat de base et le sous-contrat sont des mandats proprement dits (N 313 ss) et le mandataire procède à une représentation indirecte du mandant.

827. Nous sommes néanmoins convaincu que l'article 399 CO s'applique à de nombreuses autres situations. L'objet de cette dernière partie est donc de déterminer à quels contrats de base, autres que le mandat proprement dit, cette disposition peut s'appliquer (N 828 ss). Nous déterminons ensuite si le sous-contrat peut, lui aussi, être d'une autre nature (N 866 ss). Nous proposons enfin d'appliquer l'article 399 CO lorsque la substitution est opérée par représentation directe (N 885 ss).

Chapitre XVI : La nature du rapport de base

828. Les articles 398 alinéa 3 et 399 CO ne s'appliquent pas exclusivement au mandataire proprement dit. Ils concernent, au contraire, l'ensemble des débiteurs dont l'obligation caractéristique est soumise aux articles 394 ss CO, directement, par renvoi ou par analogie.

829. Ces dispositions sont donc partiellement applicables à certains contrats innommés, tels que les contrats mixtes comportant des obligations caractéristiques d'un contrat de mandat (N 831 ss). D'autres types de rapports contractuels sont par ailleurs soumis de par la loi aux articles 394 ss CO. C'est le cas du mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat, du courtage, de la commission, du contrat d'agence, du contrat de transport et du contrat de commission-expédition (N 836 ss).

830. Certains rapports légaux ou contractuels ne sont, *a priori*, pas soumis directement ou par renvoi aux articles 394 ss CO. Ils peuvent pourtant nécessiter l'application directe ou analogique de l'article 399 CO. Nous traitons à cet égard brièvement des contrats de voyage à forfait, de travail, d'entreprise et de dépôt, ainsi que de la gestion d'affaires sans mandat (N 849 ss).

A. Les contrats innommés

831. Nombreux sont les contrats innommés, mixtes ou *sui generis*, auxquels sont applicables certaines règles du contrat de mandat proprement dit. Est un contrat innommé mixte celui dont les obligations caractéristiques sont typiques de plusieurs contrats nommés par le législateur, dans le Code des obligations ou dans une loi spéciale¹. Certains combinent des prestations typiques d'un mandat proprement dit et d'un autre contrat nommé.

832. Dans un arrêt du 4 mai 2000, le *Handelsgericht* du canton de St-Gall s'est prononcé sur les faits suivants² :

En 1995, la demanderesse a conclu un contrat avec Olma Messen St. Gallen lui permettant d'exposer ses produits lors d'une foire organisée par cette dernière. Olma Messen St. Gallen s'est obligée à organiser la surveillance des halles. Elle a confié celle-ci à Securitas AG. Trois machines à café ont été volées à la demanderesse dans la nuit du 22 au 23 octobre 1995.

¹ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 1.2 ; ATF 118 II 142, c. 1a, JdT 1993 I 300 ; CR-THÉVENOZ, Intro. CO 184-529 N 12.

² HG, 4 mai 2000, GVP 2000 112.

833. Le *Handelsgericht* a considéré que les parties étaient liées par un contrat innommé, soumis en grande partie aux dispositions du contrat de bail à loyer, mais comportant une obligation typique du mandat, la surveillance. Dans la mesure où l'exécution de cette obligation a été confiée à une entreprise tierce, la juridiction a envisagé l'application de l'article 399 CO. Considérant que les parties avaient implicitement exclu la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 2 CO, le *Handelsgericht* a qualifié Securitas AG d'auxiliaire. Si la solution est curieuse, il faut admettre, avec les juges, que l'article 399 CO a vocation à s'appliquer aux contrats mixtes³. Il ne peut toutefois être question de substitution au sens de cette disposition que si l'activité déléguée est l'une de celles, parmi les obligations du débiteur principal, qui sont soumises aux articles 394 ss CO. C'était le cas en l'espèce.

834. L'article 399 CO s'applique également à certains contrats *sui generis*. Un contrat *sui generis* est une convention dont le contenu n'est visé par aucune forme de contrat nommé⁴. Dans un contrat de franchise⁵, le franchiseur a généralement l'obligation d'assister le franchisé à développer la vente de produits en lui fournissant les conseils et avis nécessaires à une utilisation et à un rendement optimums des droits et prérogatives concédés (commercialisation, publicité, organisation et exploitation).

835. Cette obligation du franchiseur est typique d'un mandat proprement dit (art. 394 ss CO). Sa délégation à un tiers est dès lors susceptible d'être qualifiée de substitution au sens de l'article 399 CO.

B. Les contrats soumis aux articles 394 ss CO par renvoi

836. D'autres contrats nommés sont soumis de par la loi aux articles 394 ss CO. C'est le cas du mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406a al. 2 CO), du courtage (art. 412 al. 2 CO), de la commission (art. 425 al. 2 CO), du contrat d'agence (art. 418b al. 1 cum 412 al. 2 et 425 al. 2 CO), du contrat de transport (art. 440 al. 2 CO) et du contrat de commission-expédition (art. 439 cum 425 al. 2 et 440 al. 2 CO). Sous réserve de dérogations prévues par les dispositions spécifiques applicables à ces contrats, les principes de l'article 399 CO s'appliquent.

³ Dans un arrêt du 21 janvier 2005, le Tribunal fédéral applique également l'article 399 CO à un contrat innommé comportant des obligations typiques d'un mandat et d'un contrat d'entreprise (ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005).

⁴ TERCIER (obligations), N 225.

⁵ LUC THEVENOZ qualifie le contrat de franchise de contrat mixte (CR-THEVENOZ, Intro. CO 184-529 N 12). Dans la mesure où l'obligation du franchiseur de ne pas faire valoir son droit d'exclusivité sur ses biens immatériels, accompagnée parfois de l'assurance d'une exclusivité (TERCIER (contrats), N 7057), n'est pas une obligation caractéristique d'un contrat nommé, nous sommes d'avis qu'il faut qualifier le contrat de franchise de contrat *sui generis*.

1. Les mandats spéciaux

837. Les dispositions propres au mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat (art. 406a ss CO), du courtage (art. 412 ss CO), de la commission (art. 425 ss CO) et du contrat d'agence (art. 418a ss CO) ne contiennent pas de règle portant sur la transmission de l'exécution à un tiers. L'ensemble de ces activités est pourtant susceptible de délégation.

838. L'agence matrimoniale peut en effet s'adjoindre les services d'une société active dans d'autres régions, en Suisse ou à l'étranger. Le courtier peut utiliser les services d'un tiers, notamment pour la négociation d'un contrat. Le commissionnaire peut charger un tiers de vendre un objet qu'il s'est lui-même engagé à aliéner pour le compte du commettant. Enfin, l'agent peut être amené à confier la négociation d'un contrat à un tiers.

839. L'absence de réglementation spécifique engendre l'application des articles 398 alinéa 3 et 399 CO en vertu des renvois aux articles 394 ss CO.

2. Le contrat de transport

840. A l'inverse, le contrat de transport connaît à l'article 449 CO une disposition portant sur la responsabilité du transporteur pour ses intermédiaires. Selon les termes de cette norme, « [le] voiturier répond de tous accidents survenus et de toutes fautes commises pendant le transport, soit qu'il l'ait effectué lui-même jusqu'à destination, soit qu'il en ait chargé un autre voiturier ; sous réserve, dans ce dernier cas, de son recours contre celui auquel il a remis la marchandise. »

841. Doctrine et jurisprudence considèrent que le transporteur est responsable, en vertu de cette disposition du dommage causé par le sous-voiturier indépendant à qui il confie l'exécution de l'obligation⁶. En dérogation à l'article 399 alinéa 2 CO⁷, ses obligations de « mandataire » remplacé ne sont, de par la loi, jamais limitées au choix du sous-voiturier et aux instructions transmises.

842. En revanche, les articles 440 ss CO ne déterminent pas à quelles conditions le transporteur est autorisé à confier l'exécution à un substitut. Cette question doit donc être résolue en application de l'article 398 alinéa 3 CO⁸. Si aucune des conditions n'est réalisée, le transporteur répond de tout dommage causé par la transmission de l'exécution. Sa responsabilité,

⁶ ATF 107 II 238, c. 5b, JdT 1982 I 82 ; CR-MARCHAND, CO 449 N 8 ; Bak-STAEHELIN, CO 449 N 2.

⁷ ATF 107 II 238, c. 5b, JdT 1982 I 82 ; CR-MARCHAND, CO 449 N 2.

⁸ CR-MARCHAND, CO 449 N 13 ; Bak-STAEHELIN, CO 449 N 3.

fondée sur l'article 398 alinéa 1 et 2 CO, est à cet égard bien plus étendue que celle qui résulte des articles 447, 448 et 449 CO⁹ (N 806 ss).

843. Les règles du contrat de transport ne dérogent, par ailleurs, pas à l'article 399 alinéa 3 CO, de sorte que l'expéditeur (mandant) peut faire valoir contre le sous-voiturier les mêmes droits que le mandant contre le substitut¹⁰.

844. Le voiturier garantit que les choses seront acheminées au lieu de destination dans l'état dans lequel elles ont été expédiées (obligation de résultat) et le contrat de transport ne peut pas être résilié en tout temps. Certains auteurs peuvent y voir des éléments empêchant l'application de l'article 399 CO aux transports¹¹. Nous ne pourrions les soutenir. Dans l'idée qui est la nôtre d'étendre le champ d'application de l'article 399 CO, ces deux éléments ne peuvent être érigés en condition de la substitution. Ils n'ont en effet pas pour but de protéger les intérêts du sous-voiturier (N 266 ss).

3. Le contrat de commission-expédition

845. Alors que l'activité de commissionnaire-expéditeur est généralement soumise aux conditions générales établies par l'Association suisse des transitaires et des entreprises de logistique¹² (SPEDLOGSWISS¹³) et que ces normes limitent l'application des articles 398 alinéa 3 et 399 CO, compte tenu du caractère dispositif de ces derniers, la jurisprudence est paradoxalement prolifique en ce domaine¹⁴.

846. Le contrat de commission-expédition est soumis aux articles 394 ss CO (art. 439 cum 425 al. 2 et 440 al. 2 CO). Le commissionnaire sert d'intermédiaire entre l'expéditeur et le transporteur. Son activité consiste à préparer l'exécution du transport, à choisir les voituriers qui s'en chargeront et à passer avec eux les contrats nécessaires. Sa responsabilité est soumise à l'article 398 alinéas 1 et 2 CO en ce qui concerne la préparation du transport, mais il répond du transporteur comme un voiturier, soit en vertu de l'article 449 CO (art. 439 CO).

847. Moyennant que toutes les conditions de la substitution soient réalisées, les trois alinéas de l'article 399 CO peuvent s'appliquer à l'obligation de

⁹ *Contra* : CR-MARCHAND, CO 449 N 15.

¹⁰ CR-MARCHAND, CO 449 N 3.

¹¹ BUCHER (BT), 232 ; HOFSTETTER, 96 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40 ; SPIRO, 94 ; Bak-WEBER, CO 398 N 3 s.

¹² CR-VON PLANTA, CO 439 N6.

¹³ On trouve, au 8 juillet 2008, ces conditions générales à l'adresse suivante : www.spedlogswiss.com/pdf/ab_spe_f.pdf.

¹⁴ ATF 103 II 59, JdT 1977 I 521 ; ATF 77 II 154, JdT 1952 I 11 ; HG ZH, 24 août 1967, RSJ 1968 7 ; ZG BS, 22 novembre 1940, RSJ 1940/41 364 ; AppG BS, 4 mars 1938, RSJ 1938/39 361, RSJ 1940/41 17 ; HG SG, 5 octobre 1923, RSJ 1924/25 25.

préparer le transport. Le commissionnaire-expéditeur répond du sous-expéditeur¹⁵ alternativement en vertu de l'article 398 alinéas 1 et 2 CO en cas de substitution non autorisée et conformément à l'article 399 alinéa 1 CO en cas de substitution indue. Ses obligations sont, par ailleurs, limitées en application de l'article 399 alinéa 2 CO lorsque la substitution est autorisée et justifiée. L'expéditeur bénéficie des droits directs contre le sous-expéditeur, en relation avec ses activités personnelles et pour le transport effectué par le voiturier (art. 399 al. 3 CO).

848. Lorsque le commissionnaire ne se substitue pas un sous-expéditeur, mais confie le transport à un voiturier, il répond de ce dernier en vertu de l'article 449 CO (art. 439 CO). Par définition, le commissionnaire-expéditeur ne viole pas l'obligation d'exécution personnelle de l'article 398 alinéa 3 CO, puisque l'objet du contrat consiste pour le commissionnaire à confier le transport à un tiers. L'expéditeur bénéficie néanmoins des droits directs contre le voiturier en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO.

C. Les prestations de services soumises à d'autres réglementations

1. Le contrat de voyage à forfait

849. Le contrat de voyage à forfait est soumis depuis le 1^{er} juillet 1994 à la loi fédérale sur les voyages à forfait (ci-après : LVF)¹⁶. Avant l'entrée en vigueur de cette norme, le contrat de voyage à forfait était un contrat innommé¹⁷, soumis aux articles 363 ss et 394 ss CO¹⁸. Dans la mesure où, outre la directive européenne du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait¹⁹, la loi est parfois inspirée des solutions existantes alors en droit suisse²⁰, les dispositions générales du code des obligations²¹ et les dispositions spéciales relatives au contrat d'entreprise et au contrat de

¹⁵ Le sous-expéditeur est le substitut du commissionnaire-expéditeur (ATF 103 II 59, c. 1a, JdT 1977 I 521 ; HG ZH, 24 août 1967, RSJ 1968 7, 8 ; HG SG, 5 octobre 1923, RSJ 1924/25 25. *Contra* : ZG BS, 22 novembre 1940, RSJ 1940/41 364 ; AppG BS, 4 mars 1938, RSJ 1938/39 361, RSJ 1940/41 17 ;

¹⁶ Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, RS 944.3.

¹⁷ ATF 115 II 474, c. 2a, JdT 1990 I 216 ; ATF 111 II 270, c. 4, JdT 1986 I 67 ; CR-STAUDER, Rem. prélim. LVF N 1.

¹⁸ ATF 115 II 474, c. 2a, JdT 1990 I 216 ; ATF 111 II 270, c. 4, JdT 1986 I 67.

¹⁹ Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait (JO L 158 du 23 juin 1990, 59).

²⁰ MESSAGE, FF 1992 V 741.

²¹ CR-STAUDER, Rem. prélim. LVF N 6.

mandat²² restent applicables aux contrats de voyage à forfait en tant que la loi spéciale n'y déroge pas. Elles sont par ailleurs pleinement applicables aux contrats qui ne sont pas soumis à la loi spéciale²³.

850. Les voyageurs qui réservent dans une agence helvétique un voyage balnéaire à Ibiza, comprenant le vol direct Zurich – Ibiza, le transfert de l'aéroport à leur hôtel ainsi qu'une chambre double pour sept nuits en pension complète, concluent un voyage à forfait au sens de l'article premier LVF. En droit suisse, le transport de personnes est une obligation caractéristique d'un contrat de mandat proprement dit²⁴. L'exécution de l'obligation de transporter les voyageurs de l'aéroport à l'hôtel est susceptible d'être soumise à l'article 399 CO.

851. L'article 14 LVF énonce que l'organisateur ou le détaillant partie au contrat est responsable envers le consommateur de sa bonne exécution, indépendamment du fait que les prestations dues soient à fournir par lui-même ou par d'autres prestataires de services. Cette disposition ne laisse guère de place aux deux premiers alinéas de l'article 399 CO, même s'agissant du transport en bus. Par contre, l'article 399 alinéa 3 CO peut s'appliquer, puisque le législateur ne l'a pas exclu. Partant, lorsque l'agence de voyage confie à une entreprise locale le soin de transporter les voyageurs, elle se substitue un tiers au sens de l'article 399 CO et son alinéa 3 crée des droits de nature contractuelle entre les voyageurs et l'entreprise chargée d'affréter le bus.

2. Le contrat de travail

852. Le contrat de travail porte, comme le contrat de mandat, sur une prestation de services. Le travailleur exécute en personne le travail dont il est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances (art. 321 CO). A l'exception de l'usage, qui représente une possibilité supplémentaire pour le mandataire, les articles 321 et 398 alinéa 3 CO ont un sens et un libellé similaires. Les conséquences juridiques de l'article 399 CO auraient pu trouver un terrain d'application dans le cadre du contrat de travail. Si l'article 321 CO n'exclut pas que le travailleur se substitue un tiers, il est rare en pratique que le travail soit confié à une personne externe à l'organisation de l'employeur. Il n'est toutefois pas exclu que les circonstances et la nécessité d'exécuter un travail rapidement puissent obliger le travailleur à confier l'exécution d'un service à un tiers, indépendamment de son employeur.

853. Le législateur n'a laissé que peu de place à une application directe de l'article 399 CO, puisque la réglementation du contrat de travail ne comporte

²² C'est le cas notamment de l'article 400 alinéa 1 CO (MESSAGE, FF 1992 V 746).

²³ CR-STAUDER, LVF 1 N 12.

²⁴ ATF 126 III 113, c. 2a/bb ; CR-MARCHAND, CO 440 N 18 ; BK-FELLMANN, CO 394 N 84.

pas de renvoi semblable à celui du contrat de transport ou une adoption historique comparable à celle du contrat de voyage à forfait.

854. L'application analogique de l'article 399 alinéa 1 CO serait limitée. Cette disposition s'appliquerait aux substitutions fondées sur l'une des deux hypothèses de l'article 321 CO, moyennant qu'elle ne soit pas justifiée par les intérêts de l'employeur.

855. D'une part, l'usage ne permet pas la substitution (art. 321 CO). L'autorisation ne peut donc résulter que de l'accord de l'employeur ou des circonstances. Dans le rapport de force qui lie l'employeur à ses employés, une telle autorisation n'est que rarement donnée par l'employeur. S'il vient à la donner, elle est assujettie à la réalisation de conditions qui, réalisées, poursuivent l'intérêt de l'employeur.

856. D'autre part, si les circonstances permettent la substitution (art. 398 al. 3 et 321 CO), l'intérêt du créancier est le plus souvent prépondérant. L'application de l'article 399 alinéa 1 CO est donc quasiment théorique.

857. L'application de l'article 399 alinéa 2 CO présenterait une certaine utilité dans le cadre du contrat de travail. Si le travailleur confie l'exécution d'une partie de son activité, sur la base de l'accord de l'employeur ou des circonstances, en poursuivant de manière prépondérante l'intérêt de son employeur, il ne viole pas son obligation de diligence au sens de l'article 321e CO. Sans l'article 399 alinéa 2 CO, il pourrait être théoriquement soutenu que l'employé doit répondre des actes du tiers à qui il a confié l'exécution de son obligation (art. 101 al. 1 CO). Le tiers ne peut néanmoins pas raisonnablement être considéré comme l'auxiliaire du travailleur au sens de cette disposition, de sorte qu'il convient d'appliquer l'article 399 alinéa 2 CO par analogie.

858. L'article 399 alinéa 3 CO a une utilité également. En cas de substitution non autorisée, l'employeur dispose de prétentions contre son employé (art. 321e CO), mais économiquement et socialement, une telle prétention peut s'avérer délicate et parfois peu souhaitable (N 385 ss). Par ailleurs, lorsque la substitution est autorisée et justifiée, l'employeur devrait, en cas de dommage, ne rien obtenir de son employé (art. 399 al. 2 CO p.a.). Si l'employé a agi en son propre nom, l'absence de prétention contractuelle de l'employeur contre le tiers n'est pas heureuse. Malgré la fréquence limitée en pratique, l'application analogique de l'article 399 alinéa 3 CO au contrat de travail peut donc être intéressante.

3. La gestion d'affaires sans mandat

859. La gestion d'affaires sans mandat n'est pas soumise directement aux articles 394 ss CO. A notre sens, les articles 398 alinéa 3 et 399 CO trouvent

pourtant application lorsque le gérant se substitue un tiers. Si à la suite d'un cambriolage dans un immeuble, le voisin, qui n'a pas entendu les malfrats, constate que la porte est ouverte et que la serrure est détruite, il est libre de prendre contact avec le lésé ou de renoncer à se préoccuper des affaires de ce dernier.

860. S'il décide d'intervenir, mais que le lésé est en vacances ou inatteignable, il peut être amené à confier la réparation à un serrurier. N'ayant pas commis de faute personnelle, le voisin ne répond logiquement pas d'un dommage éventuellement causé par le serrurier. L'article 420 alinéa 1 CO connaît une conséquence juridique identique à celle qui résulterait de l'application des articles 398 alinéas 1 et 2 et 399 alinéa 2 CO.

861. L'article 399 alinéa 1 CO trouve une application limitée puisque le gérant n'est généralement pas tenu de s'occuper des affaires du maître. La délégation ne peut donc pas être qualifiée de substitution induue.

862. En revanche, comme dans le contrat de travail, il est nécessaire de permettre au maître de bénéficier des droits de l'article 399 alinéa 3 CO, puisqu'il n'a généralement pas de prétention à l'encontre du gérant. Le code est lacunaire sur ce point. Le maître est donc dans une situation insatisfaisante lorsque le gérant d'affaires a agi en son nom. Nous proposons de combler cette lacune en appliquant par analogie l'article 399 alinéa 3 CO.

4. Les contrats d'entreprise et de dépôt

863. Le code des obligations connaît d'autres contrats de services auxquels l'article 399 CO peut s'appliquer. C'est notamment le cas du contrat d'entreprise et du contrat de dépôt. On admet généralement que les débiteurs de ce genre de prestations n'ont pas à s'exécuter personnellement et peuvent en principe confier l'exécution de la prestation à un tiers²⁵. Ils répondent toutefois du dommage causé par ce dernier sur la base de l'article 101 alinéa 1 CO. La différence de réglementation avec le mandat tient essentiellement à l'engagement de l'entrepreneur de livrer un ouvrage et celui du dépositaire de restituer la chose dans l'état dans lequel il l'a reçue. Tous deux garantissent le résultat, à savoir l'ouvrage conforme au contrat²⁶ et la restitution de la chose dans l'état qui était le sien au moment où le dépositaire l'a reçue²⁷.

864. Si cette réglementation supprime toute velléité d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article 399 CO, deux auteurs suggèrent d'appliquer l'alinéa 3, notamment dans le contrat d'entreprise, pour permettre à

²⁵ CR-BARBEY, CO 472 N 11 pour le dépositaire. CR-CHAIX, CO 364 N 16 pour l'entrepreneur.

²⁶ ATF 4C.313/2004, 21 janvier 2005, c. 1.2.2 ; ATF 127 III 328, c. 2a, JdT 2001 I 254.

²⁷ CR-BARBEY, CO 475-476 N 12.

l'entrepreneur d'agir directement contre le sous-traitant²⁸. L'attribution d'une telle prétention emporterait notre adhésion. Il est logique que le lésé bénéficie de droits contre l'auteur de son dommage, moyennant que certaines conditions protégeant le tiers et résultant du principe de la relativité des conventions soient réalisées.

865. Nous ne pouvons toutefois que constater qu'une telle base légale n'existe pas. L'application analogique de l'article 399 alinéa 3 CO se justifie dans le cadre du contrat de travail et de la gestion d'affaires sans mandat par l'absence, dans certaines circonstances, de prétention de l'employeur ou du maître contre l'employé, respectivement le gérant. Par contre, dans le cadre du contrat d'entreprise et du contrat de dépôt, le créancier dispose dans tous les cas d'une prétention contre quelqu'un, en l'occurrence contre son cocontractant direct sur la base de l'article 101 alinéa 1 CO. L'utilité d'une action directe est donc moins importante. Nous en prôtons néanmoins l'admission *de lege ferenda*.

²⁸ CHAIX, 277 ; CHAIX/MARCHAND, 80.

Chapitre XVII : La nature du sous-contrat

866. La nature du contrat par lequel le tiers s'engage à fournir une prestation fait l'objet de discussions en doctrine. Certains auteurs estiment qu'il ne peut que prendre la forme d'un mandat proprement dit¹. Selon eux, s'il remplit les caractéristiques d'une autre convention, l'article 399 CO est inapplicable. Nous pensons qu'il faut interpréter leurs écrits dans le sens que le sous-contrat doit être de même nature que le contrat principal. Ces auteurs admettent en effet la substitution dans le contrat de commission-expédition lorsque le commissionnaire conclut un sous-contrat de ce type².

867. Il est vrai que le sous-contrat a le plus souvent les mêmes caractéristiques que le contrat de base. Sa nature, par hypothèse différente du contrat principal, n'a toutefois pas d'importance pour la qualification de substitution³, tant que l'activité du « sous-traitant » a été globalement promise par le mandataire (N 321 ss).

868. Les services de la poste permettent d'illustrer le propos. « La banque ou la poste est auxiliaire du débiteur qui paie une dette d'argent ou de l'avocat tenu de fournir une avance de frais. »⁴ Le délai de paiement, fixé par le créancier ou par le Tribunal, n'est en principe respecté que si le montant est crédité sur le compte bancaire ou postal du destinataire⁵. Que l'ordre de virement ait été ou non donné en temps utile, le débiteur doit se laisser imputer le comportement de la banque ou de la poste qui ne l'a pas exécuté suffisamment rapidement (art. 101 al. 1 CO)⁶. La banque ou la poste est, à cet égard, qualifiée d'auxiliaire. Contrairement à ce que semble soutenir Imogen BILLOTTE-TONGUE, cette jurisprudence n'empêche toutefois pas la qualification parallèle de substitut au sens de l'article 399 CO⁷.

¹ BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; Bak-WEBER, CO 398 N 6 ; CR-WERRO, CO 398 N 6. BK-BECKER, CO 399 N 2 semble être du même avis.

² BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40f ; Bak-WEBER, CO 398 N 4.

³ DERENDINGER, N 323 ; BK-FELLMANN, CO 398 N 562 ; HOFSTETTER, 97 (n. 34) ; JAUSI, n. 63.

⁴ CR-THÉVENOZ, CO 101 N 11.

⁵ ATF 119 II 232, c. 2, JdT 1994 I 201.

⁶ ATF 4C.2/2005, 30 mars 2005, c. 4.1 ; ATF 114 Ib 67 (n.t.), c. 2c ; ATF 107 Ia 168, JdT 1983 I 315. Cette jurisprudence ne s'applique pas lorsqu'un locataire, sommé de verser un arriéré de loyer en application de l'article 257d CO, est invité pour ce faire à se servir d'un bulletin de versement postal de la banque du bailleur. Il s'exécute en principe en temps utile s'il verse le montant au guichet postal avant la fin du délai de paiement. Il importe peu que le compte bancaire du bailleur ne soit crédité qu'après la fin de ce délai (ATF 124 II 145, c. 2b, JdT 2000 I 220). Le versement d'avances ou la fourniture de sûretés au Tribunal fédéral sont désormais régis par l'article 48 alinéa 4 de la Loi sur le Tribunal fédéral (Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110). Cette norme dispose : « Le délai pour le versement d'avances ou la fourniture de sûretés est observé si, avant son échéance, la somme due est versée à La Poste Suisse ou débitée en Suisse d'un compte postal ou bancaire en faveur du Tribunal fédéral. »

⁷ BILLOTTE-TONGUE, N 202 (n. 358).

869. L'envoi par la poste d'un acte juridique en est un bon exemple. A est locataire, pour une durée indéterminée, d'un appartement de trois pièces en ville du Locle (NE). Il paie mensuellement CHF 1'000.-. Le contrat prévoit un seul terme annuel de résiliation, le 30 juin, moyennant un préavis de trois mois. Les conjoints A sont en mesure de conclure un nouveau bail portant sur un quatre pièces dans la même commune le 24 mars. N'étant pas particulièrement rompus aux formalités juridiques, ils consultent une connaissance qui exerce le métier d'avocat. Ils lui expliquent la situation et la chargent de rédiger un courrier de résiliation et de le faire parvenir en leur nom et pour leur compte à leur régie. L'avocat rédige le courrier et l'envoie « recommandé » le 26 mars. La lettre est provisoirement égarée par la poste. Elle ne parvient à la régie que le 4 avril.

870. Pour produire ses effets le 30 juin, le courrier doit parvenir dans la sphère de maîtrise de la régie le 30 mars au plus tard⁸. En n'étant reçue par la régie que le 4 avril, la résiliation ne prend effet que le 30 juin de l'année suivante (art. 266a al. 2 CO). Selon la jurisprudence précitée, peu importe que le retard dans l'acheminement du courrier ne résulte pas d'une faute personnelle des époux, ceux-ci doivent supporter les insuffisances de la poste, respectivement de leur avocat (art. 101 al. 1 CO).

871. La famille A emménage dans les nouveaux locaux le 1^{er} juillet. Elle subit un dommage de CHF 12'000.-. Elle est en effet contrainte de payer le loyer de l'ancien appartement pendant l'année supplémentaire que court son bail. La pénurie de logement ne sévissant pas dans la commune du Locle, elle ne parvient pas, malgré tous les efforts adéquats, à restituer la chose de manière anticipée (art. 264 CO).

872. Dans le cadre du rapport entre les époux A et leur bailleur, la jurisprudence précitée qualifie la poste d'auxiliaire. Néanmoins, dans le rapport de mandat qui unit les époux A à leur avocat, le statut de la poste n'est pas tranché par cette jurisprudence. Il doit être analysé sous l'angle de l'article 399 CO⁹ et tranché dans le sens de la substitution, même si la poste est liée à l'avocat par un contrat de transport (art. 440 ss CO)¹⁰.

873. Nonobstant la nature du sous-contrat, la poste est le substitut de l'avocat. Ce dernier s'est engagé à mettre en œuvre les moyens nécessaires à libérer les époux A du contrat de bail de durée indéterminée. Faire parvenir l'acte formateur éteignant la convention fait partie des obligations qu'il a

⁸ Sur la théorie de la réception, voir : ATF 118 II 42, c. 3b, JdT 1993 I 140 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 198 ss ; TERCIER (obligations), N 171.

⁹ HESS (Banküberweisung), 105 s. semble être de notre avis.

¹⁰ L'article 5.5 des conditions générales « Prestations du service postal » de la Poste suisse renvoient en effet au droit suisse et la poste, en acheminant le courrier, transporte des choses moyennant salaire au sens de l'article 440 alinéa 1 CO (site : <http://www.poste.ch/fr/uk-agb-postdienstleistungen-08.pdf>, 08/07/08).

globalement promises. Par conséquent, la poste, chargée en définitive de faire parvenir le courrier, doit être qualifiée de substitut.

874. L'article 399 alinéa 3 CO permet aux époux A de réclamer directement une indemnité à la poste. Celle-ci ne se monte cependant qu'à CHF 500.- compte tenu des conditions générales peu généreuses de la poste¹¹.

875. Malgré l'utilisation de plus en plus fréquente du courrier électronique, la poste reste le vecteur principal pour faire parvenir des manifestations de volonté écrites à leur destinataire. L'avocat ne remet généralement pas ses courriers en main propre. Cette pratique courante, voire exclusive, est reconnaissable par le mandant. Les époux A peuvent raisonnablement partir du principe que leur avocat enverra la résiliation par courrier. Dans la mesure où la pratique est courante et reconnaissable pour le mandant, l'intervention de la poste est, dans ces circonstances, fondée sur un usage au sens de l'article 398 alinéa 3 CO et, à ce titre, autorisée.

876. La pratique est par ailleurs justifiée, dans la mesure où il est dans l'intérêt des locataires que l'avocat utilise les services, moins coûteux que les siens, de la poste. Les frais qu'un déplacement en personne engendrerait sont incompatibles avec le type d'activité confié. Par ailleurs, la poste dispose assurément des ressources nécessaires pour fournir le service requis. Seule la question de l'éventuelle obligation pour l'avocat de s'assurer que le courrier a été reçu le dernier jour du délai peut donc attribuer des prétentions aux époux contre leur avocat. A notre sens, l'existence de cette obligation doit être admise au titre d'obligation limitée de surveillance (N 782 ss).

877. Cette extension du champ d'application de l'article 399 CO peut être également justifiée et illustrée par les prestations d'un dentiste. Un patient consulte le praticien en raison de maux de dents. Ce dernier constate qu'une molaire doit être extraite et remplacée par un implant. Le dentiste anesthésie le patient, extrait la molaire, pose un pivot dans la gencive, fait un moule de la dentition du patient et remet les informations nécessaires à une entreprise spécialisée dans la confection d'implants dentaires. Le dentiste invite ensuite son patient à se rendre auprès de l'entreprise qui fabrique l'implant, afin qu'elle détermine la couleur de celui-ci. Une fois fabriquée, la fausse dent est remise au dentiste, qui la pose dans la mâchoire du patient. Il envoie ensuite une facture globale à ce dernier, comprenant le prix que l'entreprise lui a facturé pour l'implant.

878. L'activité du dentiste est soumise globalement aux articles 394 ss CO, puisqu'elle est liée à des éléments qu'il ne peut maîtriser (aléatoires). Il ne lui est notamment pas possible de garantir au patient que son métabolisme ne rejettera pas le pivot vissé dans l'os de la mâchoire. La conception et la fabrication de la fausse dent, confiées en l'occurrence à une entreprise

¹¹ Article 3.1.3.b des conditions générales « Prestations du service postal » de la Poste suisse.

spécialisée, peuvent faire l'objet d'une garantie, tant les connaissances techniques sont suffisamment pointues. L'entreprise est d'ailleurs tenue d'atteindre un résultat et son activité est soumise aux règles du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO). La relation entre le patient et le dentiste reste néanmoins un mandat au sens des articles 394 ss CO et est à ce titre soumise à l'application éventuelle de l'article 399 CO¹².

879. Le dentiste ne promet pas au patient qu'il confectionnera lui-même l'implant. Il lui indique même que la fabrication sera confiée à une entreprise spécialisée. Il s'engage pourtant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens permettant le remplacement de la molaire par un implant. Sa fabrication sur mesure est, à l'évidence, l'un de ces moyens. Par conséquent, l'entreprise qui s'en occupe effectue une activité globalement promise par le dentiste. La prestation de l'entreprise est destinée principalement au patient, même si l'implant est livré au dentiste. La fausse dent est, en effet, confectionnée pour les besoins et les caractéristiques du patient.

880. L'entreprise spécialisée est indépendante du dentiste. Les travailleurs à qui elle confie la confection de l'implant sont ni les organes, ni les employés du dentiste. Ils ne sont par ailleurs pas ses auxiliaires au sens de l'article 55 alinéa 1 CO, de sorte que l'entreprise reste indépendante techniquement. Elle et ses travailleurs sont libres d'organiser le travail comme ils l'entendent. Ils sont destinataires d'instructions du dentiste, relatives aux gabarits notamment, mais ces instructions ne vont pas au-delà de celles qu'un entrepreneur reçoit généralement de son maître d'ouvrage.

881. L'intervention de l'entreprise provient enfin de l'initiative du dentiste. C'est lui qui prend contact avec elle et lui envoie les données et les moules nécessaires à la fabrication. Avant de s'y rendre pour déterminer la couleur de l'implant, le patient ne connaît pas nécessairement le nom de l'entreprise et la fabrication a peut-être déjà été entamée.

882. Dans la mesure où tous les critères de la substitution sont réalisés, l'entreprise doit être considérée comme le substitut du dentiste au sens de l'article 399 CO, peu importe qu'elle soit liée à ce dernier par un contrat d'entreprise. Elle est ainsi débitrice de prétentions directes du patient en application de l'article 399 alinéa 3 CO.

883. Par ailleurs, l'intervention de cette dernière est autorisée au sens de l'article 398 alinéa 3 CO. Le mandant donne généralement son accord de manière expresse. Ne le ferait-il pas qu'il manifesterait celui-ci par acte concluant en se rendant dans les locaux de l'entreprise pour déterminer la couleur de l'implant.

884. Autorisée, une telle substitution est également justifiée. Le dentiste ne dispose pas des compétences nécessaires à la confection de l'implant. Il se

¹² ATF 110 II 375 (f), c. 1b. Voir également : N 35 s.

substitue quelqu'un qui apparaît, en revanche, disposer de celles-ci. La question de la justification de la substitution repose donc essentiellement sur les conséquences financières pour le mandataire. S'il réalise un bénéfice sur la confection de l'implant, en majorant le prix de celui-ci au moment de le répercuter sur le client, la substitution est opérée dans son intérêt, de sorte que ses obligations ne sont pas limitées au sens de l'article 399 alinéa 2 CO. Il répond alors des actes du tiers comme des siens en vertu de l'article 399 alinéa 1 CO. A l'inverse, la substitution est justifiée, si le dentiste facture exclusivement son activité personnelle et le montant qu'il a versé à l'entreprise.

Chapitre XVIII : Les modalités de la représentation du mandant

885. La doctrine est partagée s'agissant des modalités de la représentation du mandant. Les partisans d'une définition restrictive de la substitution limitent l'application de l'article 399 CO aux cas où le mandataire représente directement son mandant¹. Ces auteurs ne qualifient de substitution que les hypothèses où le mandataire est exclusivement chargé par son mandant de lui rechercher un partenaire contractuel en mesure de lui fournir le service dont il a besoin et celles où le mandataire, chargé initialement de rendre un service au mandant, est expressément autorisé à renoncer à l'exécution et à la confier à un tiers (N 76 ss).

886. Les auteurs qui prônent une définition de la substitution sensiblement identique à la nôtre soutiennent très largement la représentation indirecte². Le tiers, titulaire de droits et obligations contre le mandant, en vertu de la convention conclue avec le mandataire (art. 32 al. 1 CO), ne pourrait donc pas être substitué. A raison, Joseph HOFSTETTER considère qu'il importe peu, pour l'application de l'article 399 CO, que la substitution ait été opérée par représentation directe ou indirecte du mandant³.

887. Avant d'en expliquer les raisons, il convient de distinguer deux situations assez proches. Dans la première, le mandant confie lui-même l'activité au tiers. Tous deux sont titulaires de droits et obligations réciproques résultant d'une convention qu'ils ont conclue directement. Le tiers n'est donc pas substitué. Dans la seconde, c'est le mandataire qui confie l'activité au tiers, mais en représentant directement le mandant (art. 32 al. 1 CO). Le mandant et le tiers sont également titulaires de droits et obligations réciproques, raison pour laquelle ces situations sont proches. Dans cette deuxième configuration, l'intervention du tiers résulte néanmoins d'une initiative du mandataire, de sorte qu'il peut s'agir d'un cas de substitution si les autres critères sont réalisés.

888. L'article 399 CO a essentiellement pour fonction de régir la substitution opérée par représentation indirecte. L'alinéa 3 de cette norme, auquel nous attachons une certaine importance, n'est utile que dans cette configuration. Si les droits et obligations de la convention conclue par le mandataire passent au mandant (art. 32 al. 1 CO), l'attribution des droits du mandataire est superflue. Le mandant en est d'ores et déjà titulaire.

¹ BUCHER (BT), 232 ; FRIEDRICH, 464.

² BK-FELLMANN, CO 398 N 565 ; BK-GAUTSCHI, CO 398 N 40c ; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 399 N 5 ; TERCIER (contrats), N 4648 ; Bak-WEBER, CO 398 N 6.

³ HOFSTETTER, 97.

889. L'article 399 CO ne se limite cependant pas à ses deux derniers alinéas. En vertu de l'alinéa 1, « [le] mandataire répond, comme s'ils étaient siens, des actes de celui qu'il s'est indûment substitué. » L'enjeu essentiel de l'application de cette disposition à la représentation directe est le suivant : faut-il libérer le mandataire de toute responsabilité pour les actes du tiers du simple fait que les droits et obligations découlant de la convention conclue avec le tiers ont passé au mandant ? L'exemple suivant, adapté de l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 juin 1986⁴ et modifié pour les besoins de l'exposé, justifie notre réponse négative.

Les époux H. sont propriétaires d'une lampe d'Emile Gallé. A. souhaite l'acquérir et leur en propose CHF 15'000.-. Les époux confient à un galeriste genevois, pour expertise, une photographie de la lampe. Le mandataire genevois est autorisé à se substituer un tiers et dispose d'un pouvoir de représentation couvrant l'ensemble des actes nécessaires à l'exécution du service. Il envoie, au nom et pour le compte des époux H., le cliché à un confrère zurichois. Les deux galeristes conviennent que le zurichois sera rémunéré directement par les époux H., mais qu'il versera une commission à son homologue genevois.

Le cliché ne parvient pas immédiatement à son destinataire. L'employé du mandataire genevois téléphone à Zurich et décrit la lampe. Sur cette base, le galeriste zurichois l'évalue entre CHF 8'000.- et 12'000.-. Les époux H. la vendent à A. pour CHF 16'500.-. Quelques semaines plus tard, G., l'expert du galeriste zurichois, réalise, grâce à la photographie finalement reçue, que la lampe n'est pas un article de série et indique au mandataire genevois que sa valeur se situe entre CHF 30'000.- et 40'000.-.

890. Si on refuse l'application de l'article 399 CO, les époux H. ne disposent d'aucune prétention contre le galeriste genevois. Ce dernier doit peut-être restituer aux époux la commission reçue en vertu de l'article 400 alinéa 1 CO. Peut-être que le galeriste genevois viole son obligation de fidélité en favorisant ses propres intérêts financiers au détriment de ceux de ses mandants. Toutefois, le lien de causalité entre la violation de cette obligation et le dommage éprouvé par les époux est inexistant. Selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la transmission à un tiers, a priori compétent, moyennant rémunération, d'une activité n'est en soi pas propre à favoriser la réalisation d'un dommage tel que celui que les époux H. subissent.

891. A notre sens, le mandataire genevois s'engage à fournir une prestation que l'on peut soumettre aux articles 394 ss CO. Le galeriste zurichois exécute, de plus, une prestation destinée aux époux H. et initialement promise par son

⁴ ATF 112 II 347, JdT 1987 I 28. Pour un exposé des faits, N 275.

homologue genevois. Le galeriste zurichois est juridiquement et techniquement indépendant du mandataire genevois et son intervention résulte d'une requête de ce dernier.

892. Le galeriste zurichois est donc le substitut de son homologue genevois. Son intervention était contractuellement autorisée, mais elle ne poursuivait pas les intérêts des époux H. Le galeriste genevois a confié l'activité au zurichois, parce qu'il ne disposait lui-même pas des compétences nécessaires. Il avait également un intérêt économique personnel, puisqu'il a reçu une partie des honoraires du substitut. Dans ces circonstances, l'intervention de ce dernier est autorisée, mais n'est pas justifiée.

893. Il est donc nécessaire d'appliquer l'article 399 alinéa 1 CO à la représentation directe, afin le galeriste genevois, dans notre hypothèse, réponde du dommage causé par le galeriste zurichois à l'égard du mandant.

Conclusions

894. Lorsque l'on décrit la substitution dans le contrat de mandat, on envisage en premier lieu la limitation de la responsabilité du mandataire. S'il a reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire ne répond que du soin avec lequel il a choisi le substitut et donné ses instructions (art. 399 al. 2 CO).

895. Dans un système juridique où le débiteur répond, en principe, des actes des personnes qui participent à l'exécution de son obligation (art. 101 al. 1 CO), le régime de la substitution ne connaît pas la responsabilité sans faute du mandataire pour les actes de ses substituts autorisés (N 474 ss), intervenant dans l'intérêt du mandant (N 520 ss).

896. A notre sens, cette solution, très critiquée, n'est pas totalement insatisfaisante. Premièrement, l'article 101 alinéa 1 CO ne date que du début du vingtième siècle. En 1911, le législateur a en réalité partiellement maintenu dans le contrat de mandat le régime de responsabilité qui s'appliquait jusqu'alors à la quasi-totalité des relations contractuelles soumises au droit suisse (N 196 ss). Deuxièmement, lorsque le mandataire est autorisé à se substituer un tiers et qu'en faisant usage de cette possibilité il recherche exclusivement l'intérêt du mandant, il n'est pas illogique qu'il ne réponde du dommage causé par le substitut que s'il a lui-même violé fautivement l'une des obligations dont il reste débiteur.

897. Ce régime n'est toutefois envisageable que si le mandant dispose de prétentions contractuelles directes contre le tiers, faute de quoi son dommage ne pourrait être réparé. Les choses étant bien faites, c'est précisément ce que le législateur a prévu à l'article 399 alinéa 3 CO.

898. L'un des objectifs de cette thèse est de démontrer que le régime de la substitution ne se limite pas à l'alinéa 2 de l'article 399 CO. Au contraire, la conséquence juridique de son alinéa 3 est d'application beaucoup plus large et ne trouve pas la consécration pratique qu'elle mérite, si l'on en croit le peu de jurisprudence sur la question. Malgré l'absence de relation contractuelle entre les deux, cette disposition rend pourtant le substitut débiteur d'une série d'obligations à l'égard du mandant (N 683 ss).

899. Cette thèse propose une approche de la substitution différente de celle que l'on trouve généralement dans la doctrine et dans la jurisprudence. Elle présente un système d'analyse en deux étapes distinctes (N 239 ss et 457 ss),

elle met en évidence cinq critères engendrant la qualification de substitution (N 311 ss) et en identifie une forme supplémentaire (N 63), laquelle connaît des conséquences juridiques importantes sous l'angle de la responsabilité du mandataire (N 806 ss).

900. Dans la littérature juridique et la jurisprudence, on distingue le substitut au sens de l'article 399 CO de l'auxiliaire ordinaire, avec pour objectif essentiel de limiter le champ d'application du deuxième alinéa de la norme. Les éléments de distinction utilisés sont l'indépendance du tiers et l'intérêt poursuivi par la substitution. Si le tiers est dépendant du mandataire ou si son intervention poursuit essentiellement les intérêts de ce dernier, le tiers est qualifié d'auxiliaire et non de substitut au sens de l'article 399 CO (N 37 ss).

901. Nous proposons une approche différente. Nous distinguons deux étapes principales. La première consiste à déterminer si le tiers doit être qualifié de substitut. La seconde désigne le type de substitution. Éviter la conséquence juridique de l'article 399 alinéa 2 CO, à savoir la limitation de la responsabilité du mandataire, n'est pas l'objectif de la première étape, c'est en revanche la conséquence directe de la seconde. Dans la première étape, l'objectif est de favoriser l'application de l'article 399 CO, en particulier de son alinéa 3, en établissant des critères souples quant à la qualification de substitution. Néanmoins, les éléments utilisés classiquement pour empêcher l'application de l'article 399 alinéa 2 CO interviennent partiellement dans la seconde étape, soit celle qui précisément détermine le régime de responsabilité applicable au mandataire (N 272 ss).

902. L'application de l'article 399 CO suppose la réalisation de cinq critères. La relation de base entre le mandant et le mandataire doit être soumise aux articles 394 ss CO (N 313 ss). Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle prenne la forme d'un contrat de mandat proprement dit. L'application du chapitre premier du titre treizième du code des obligations peut également résulter d'un renvoi ou d'une analogie (N 828 ss).

903. Pour être substitut, le tiers doit exécuter une prestation que le mandataire a globalement promise au mandant (N 321 ss). La nature du sous-contrat importe toutefois peu (N 866 ss). Il suffit que l'activité du substitut soit objectivement nécessaire à atteindre l'objectif que le mandataire a promis de poursuivre. L'activité du tiers doit être de nature positive (N 353 ss). Elle doit par ailleurs profiter directement au mandant (N 357 ss). Le substitut est nécessairement indépendant du mandataire (N 366 ss) et son intervention doit résulter d'une initiative de ce dernier (N 417 ss). Toutefois, l'article 399 CO peut trouver application aussi bien en cas de substitution par représentation directe qu'indirecte (N 885 ss).

904. En revanche, et c'est important, la substitution ne suppose pas que l'intervention du tiers poursuive les intérêts du mandant (N 274 ss). Même si le mandataire procède purement égoïstement, le tiers peut être qualifié de

substitut. Ces circonstances n'influencent, en effet, pas la capacité du tiers à assumer librement l'exécution de l'obligation qui lui est confiée, de sorte qu'il se justifie d'attribuer au mandant les prétentions de l'article 399 alinéa 3 CO. Par ailleurs, ce dernier est suffisamment protégé par l'article 399 alinéa 1 CO, qui reste applicable à la substitution égoïste, et dont la conséquence juridique est identique à celle de l'article 101 alinéa 1 CO (N 52).

905. La doctrine classique distingue deux formes de substitution, la substitution autorisée et non autorisée (N 63). Nous proposons d'en retenir trois : les substitutions non autorisée, indue et justifiée.

906. Une substitution est non autorisée lorsqu'elle n'est fondée sur aucune des hypothèses prévues à l'article 398 alinéa 3 CO. Le mandataire a l'obligation de principe de s'exécuter personnellement. Il peut confier l'exécution de l'obligation à un auxiliaire, soit quelqu'un qui lui est subordonné, mais il viole une obligation contractuelle s'il la confie à un substitut au sens de l'article 399 CO sans qu'il ait obtenu l'accord du mandant ou que l'usage ou les circonstances le lui permettent (N 463 ss).

907. La substitution est indue, au sens de l'article 399 alinéa 1 CO, lorsqu'elle est, certes, autorisée selon l'article 398 alinéa 3 CO, mais qu'elle ne poursuit pas les intérêts du mandant, soit qu'elle est, au moins partiellement, égoïste (N 520 ss).

908. La substitution est enfin justifiée lorsqu'elle est non seulement autorisée mais qu'elle poursuit également les intérêts du mandant. Le mandataire ne doit pas avoir d'intérêt économique à la substitution et avoir généralement l'intention de confier l'activité à quelqu'un de plus spécialisé que lui. Ces conditions ont pour but de protéger le mandant et de limiter la possibilité pour le mandataire de se prévaloir de l'article 399 alinéa 2 CO.

909. Cette thèse propose enfin quelques solutions théoriques ou concrètes à des problèmes qui occupent beaucoup la littérature ou qui au contraire ne trouvent, à notre sens, pas une concrétisation suffisante de l'importance pratique qu'ils peuvent avoir. A titre d'exemple, nous proposons une solution dogmatique à la problématique du fondement de la responsabilité du substitut à l'égard du mandant (N 725 ss) et nous érigeons la responsabilité du mandataire, en cas de substitution non autorisée, en véritable responsabilité causale (N 811 ss).

910. Le Tribunal fédéral et la doctrine unanime accordent au mandant une prétention en dommages-intérêts contre le substitut. Le fondement de la responsabilité fait, en revanche, l'objet de controverses. Le problème résulte de l'absence de relation contractuelle entre le mandant et le substitut. Le premier, qui subit un dommage, n'est théoriquement pas créancier du second. Certes, l'article 399 alinéa 3 CO lui attribue des droits, mais il n'accorde au mandant que ceux dont le mandataire dispose contre le substitut. Par conséquent,

lorsque le mandataire n'est lui-même pas responsable à l'égard du mandant (art. 399 al. 2 CO), il est certes créancier du substitut, mais il ne subit lui-même pas de dommage, de sorte qu'il n'a pas de prétention en dommages-intérêts dont le mandant peut se prévaloir en vertu de l'article 399 alinéa 3 CO (N 704).

911. Nous proposons de fonder ladite prétention du mandant contre le substitut sur l'application cumulée de l'article 399 alinéa 3 et 97 alinéa 1 CO. En vertu de l'article 399 alinéa 3 CO, le mandant acquiert, aux côtés du mandataire, une série de droits de nature contractuelle. Il a donc la qualité de créancier du substitut. Cette qualité porte sur l'ensemble des obligations dues contractuellement par le substitut au mandataire, y compris celle tendant à l'exécution conforme à la convention du service promis. Dès le moment où le substitut viole l'une quelconque de ces obligations, notamment celle d'exécuter diligemment le service, il viole également une obligation du mandant, dont ce dernier était devenu créancier par application de l'article 399 alinéa 3 CO. Si le mandant subit un dommage en raison de l'inexécution de l'obligation dont il est désormais créancier à l'égard du substitut, il peut, selon l'article 97 alinéa 1 CO, en demander la réparation au débiteur (N 730).

912. Au-delà de l'action directe que la substitution ouvre au mandant contre le substitut, elle a des conséquences juridiques importantes en terme de responsabilité du mandataire. Cette dernière est, par exemple, extrêmement lourde en cas de substitution non autorisée. Le mandataire répond, de manière causale, de tout dommage lié à l'exécution de l'obligation par le substitut (N 811 ss). En confiant une partie de son activité à un tiers, sans qu'il ait été autorisé par le mandant ou que l'usage ou les circonstances le lui permettent, le mandataire viole son obligation d'exécution personnelle et doit répondre des conséquences dommageables que cette violation implique. Dans la mesure où l'usage et les circonstances ne permettent que rarement la substitution, nous ne saurions trop conseiller aux mandataires de requérir l'accord du mandant avant de procéder à une substitution.

913. La substitution est une institution juridique qui généralement dérange. Elle est en réalité le fondement d'une créance supplémentaire pour le mandant et la source d'une responsabilité lourde du mandataire à son égard lorsque son consentement n'a pas été requis. Lorsque le mandant donne son consentement et lorsque la substitution poursuit ses intérêts, il est vrai qu'il perd le droit de reprocher au mandataire les actes de son substitut. Peut-être est-ce regrettable pour le mandant, mais nous estimons que ce système est en réalité équilibré. Le mandant reste toujours libre de refuser de donner son consentement et de requérir l'exécution personnelle par le mandataire.

Index

Il est renvoyé aux numéros de paragraphe du texte les plus importants auxquels les sujets sont traités.

* Indique qu'une grande sélection a été opérée, compte tenu de la fréquence du traitement du sujet

Aléa	33, 450 ss, 877 ss
Agence, contrat d'	72, 836 ss
Architecte	3 ss, 8, 26
Autorisation*	474 ss
Auxiliaire*	41 ss, 185 ss, 251 ss, 366 ss
Avocat	2 ss, 26, 29, 41, 203 ss, 279, 402, 415, 438, 449 ss, 479 ss, 486, 499 s., 519, 537 s., 640 s., 687, 748, 784, 868 ss
Avocat-stagiaire	6, 41, 402, 438
Banque	26, 40, 80 s., 277 s., 284 s., 300, 348 ss, 440 ss, 483, 487, 618 s., 689 s., 719 ss
Cession de créances	558 ss, 610, 614, 628 s., 671 ss
Commission, contrat de	72 ss, 673 ss, 836 ss
Commission-expédition, contrat de	72 ss, 371, 413 s., 727 s., 836 ss
Confiance :	
- rapport de	1, 28
- responsabilité fondée sur la	180
Conseiller en entreprise	337 ss
Courtage, contrat de	72 ss, 836 ss
Demeure du substitut	547 s., 685 ss
Dentiste	35 s., 316, 877 ss
Diligence	755 ss
Domage*	296, 569
Domages-intérêts*	566 ss, 591 ss, 699 ss, 806 ss
Durée	29
Effet protecteur du contrat	182, 613 s., 713 ss, 719 ss
Entreprise, contrat d'	31 ss, 863 ss, 878 ss
Exécution par substitution	218
Exécution personnelle*	1, 463 ss, 744 ss
Expert	40, 275 s., 280, 529, 768 s., 889 ss
Faute*	571, 734, 816
Fidélité	28, 792 ss
Frais	577, 741
Franchise, contrat de	834 s.
Gérant de fortune	634 s, 815 ss

Gestion d'affaires :	
- comme activité du mandataire	134 ss, 200 ss
- sans mandat	602 ss, 710 ss, 737, 859 ss, 865
Gratuité	212 s.
Honoraires	53, 250, 531, 538, 573 ss, 741
Importance de la délégation :	
- qualitative	39, 302 ss, 343 ss
- quantitative	343 ss
Indépendance*	27, 38, 177, 221 ss, 366 ss
Innommé, contrat	74, 406 ss, 831 ss
Instructions	549 ss, 689 ss, 778 ss
Intérêt poursuivi*	38, 224 ss, 274 ss, 520 ss, 818 ss
Libération des obligations	573 ss
Liquidation du dommage de tiers	181, 716 ss
Mandat, contrat de (notion)*	26 ss, 207 ss, 543 ss
Mandat visant le mariage	837 ss
Mandats spéciaux	837 ss
Médecin	5 s., 29, 333 ss, 345 ss, 406 ss, 421 ss, 425 ss, 433 ss, 504 ss, 532, 760 ss
Notaire	306 ss
Obligation :	
- accessoire	39, 302 ss, 343 ss, 568
- artistique	39, 302 ss
- de moyens	28, 31 ss, 208 ss
- de résultats	27, 31 ss, 39
- <i>faciendi</i>	39, 302 ss
- intellectuelle	27, 39
<i>Pacta sunt servanda</i>	547
Prescription	647
Procuration	480 ss, 486
Reddition de compte	552 ss, 694 s.
Relativité des conventions	54 ss, 166, 169 ss, 382 ss, 606 ss
Remboursement	577, 650
Représentation	166, 181, 418, 885 ss
Reprise de dette	172, 578, 611
Résiliation	39, 214 ss, 319, 563 ss, 579 s., 593 ss, 696 ss, 752 ss
Résolution	563 ss, 579 s., 696 ss, 752 ss
Responsabilité du mandant*	591 ss
Responsabilité du mandataire*	806 ss
Responsabilité du substitut*	566 ss, 699 ss
Restitution	552 ss, 671 ss, 681, 694 s.
Rétention, droit de	648 ss, 677 ss
Solidarité	249, 632 ss, 651 ss

Stipulation pour autrui	179, 183, 612, 622 ss, 665 s., 707 ss, 720 ss
Substitution* :	
- autorisée	63, 474 ss
- définition	37 ss, 233 ss, 444 ss
- indue	63, 65, 520 ss
- justifiée	63, 66, 520 ss
- non autorisée	63, 64, 474 ss
Transport, contrat de	73, 840 ss, 872 ss
Transport de personnes	9, 290 ss
Travail, contrat de*	31, 375 ss, 382 ss, 398 ss, 852 ss
Usage*	493 ss
<i>Vermittlungsauftrag</i>	330 ss
Voyage à forfait	74, 849 ss

Liste des ouvrages

Baddeley, Margareta 1994

L'association sportive face au droit

Les limites de son autonomie

Baddeley, Margareta (éd.) 1999

La forme sociale de l'organisation sportive

Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999

Bellanger, François (éd.) 2000

L'Etat face aux dérives sectaires

Actes du colloque du 25 novembre 1999

Bino, Maria-Antonella 2006

Hospitalisation forcée et droits du malade mental

Etude de droit international et de droit comparé

Botoy Ituku, Elangi 2007

Propriété intellectuelle et droits de l'homme

L'impact des brevets pharmaceutiques
sur le droit à la santé dans le contexte
du VIH/SIDA en Afrique

Cattaneo, Daniele 1992

Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage

Prévention du chômage et
aide à la formation en droit suisse, droit
international et droit européen

Chaix, François 1995

Le contrat de sous-traitance en droit suisse

Limites du principe de la relativité des
conventions

Chappuis, Christine 1991

La restitution des profits illégitimes

Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse

Chatton, Gregor T. 2005

Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO

Politisches Scheitern und rechtliche
Perspektiven

Chavanne, Sylvie 1993

Le retard dans l'exécution des travaux de construction

Selon le Code des obligations et la norme
SIA 118

Curat, Philippe 2006

Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale

Défago Gaudin, Valérie 2006

L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale

Droz, Johan 2008

La substitution dans le contrat de mandat

Ducrot, Michel 2005
**La procédure d'expulsion du locataire
ou du fermier non agricole: quelques
législations cantonales au regard du
droit fédéral**

Dunand, Jean-Philippe 2000
**Le transfert fiduciaire:
«Donner pour reprendre»**
Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste
de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005
Le dommage écologique
Le rôle de la responsabilité civile en cas
d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998
**Les paiements transfrontières dans
un espace financier européen**

Fehlbaum, Pascal 2007
**Les créations du domaine de la
parfumerie: quelle protection?**

Foëx, Bénédicte 1997
Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992
Le principe de la double incrimination
En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale en matière
pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre 1991
L'élection populaire en Suisse
Etude des systèmes électoraux et de leur
mise en œuvre sur le plan fédéral et dans
les cantons

Gerber, Philippe 1997
**La nature cassatoire du recours de
droit public**
Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas 1999
Le crédit documentaire et la fraude
La fraude du bénéficiaire, ses
conséquences et les moyens de
protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000
**La protection de la vie familiale et
de la vie privée en droit des étrangers**

Grodecki, Stéphane 2008
**L'initiative populaire cantonale
et municipale à Genève**

Guibentif, Pierre 1997
**La pratique du droit international et
communautaire de la sécurité sociale**
Etude de sociologie du droit de la
coordination, à l'exemple du Portugal

Gutzwiller, Céline 2008
**Droit de la nationalité et fédéralisme
en Suisse**

Hack, Pierre 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc 2000
**Le principe de l'universalité en droit
pénal international**
Droit et obligation pour les Etats de
poursuivre et juger selon le principe de
l'universalité

Hottelier, Michel 1990
**L'article 26 CEDH et l'épuisement des
voies de recours en droit fédéral suisse**

Hottelier, Michel 1995
**Le Bill of Rights et son application aux
Etats américains**
Etude de droit constitutionnel des
Etats-Unis avec des éléments comparatifs
de droit suisse

- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/* 2006
Robert, Christian-Nils
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures

Morand, Charles-Albert (éd.) 1996

La pesée globale des intérêts

Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

Moreno, Carlos 2002

Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document

Morin, Ariane 2002

La responsabilité fondée sur la confiance

Etude critique des fondements d'une innovation controversée

Oberson, Xavier 1991

Les taxes d'orientation

Nature juridique et constitutionnalité

Papaux van Delden, Marie-Laure 2002

L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux

Peter, Henry 1990

L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Pont Veuthey, Marie-Claire 1992

Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

Rohmer, Sandrine 2006

Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée

Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Sambuc Bloise, Joëlle 2007

La situation juridique des Tziganes en Suisse

Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme

Scartazzini, Gustavo 1991

Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Schröter, François 2007

Les frontières de la Suisse : questions choisies

Stieger-Chopard, Arlette 1997

L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Tornay, Bénédicte 2008

La démocratie directe saisie par le juge

L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliét, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération franco-genevoise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes (anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001
Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)
Aux confins du droit
Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur Gil-
les Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Hottelier, 2007
Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)
Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
Insolence, désendettement et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002
Mani, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997
Problèmes actuels de droit économique
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique
Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Perrin, Jean-François/ 2008

Chappuis, Christine

Droit de l'association

3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire»,
«Les grands jurisconsultes» et
«Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003
**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998
**Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)
**Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002
**La responsabilité aquilienne
en droit commun**
Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte / 2007
Hottelier, Michel (éd.)
**Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier**

Hottelier, Michel/ 1999
Foëx, Bénédicte (éd.)
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001
Foëx, Bénédicte (éd.)
L'aménagement du territoire
Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédicte (éd.)
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédicte (éd.)
**Protection de l'environnement
et immobilier**
Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)
Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005

Winiger, Bénédicte (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir

(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007

Winiger, Bénédicte (éd.)

Les causes du dommage

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne de demain

Projets de révision nationaux et
principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen

Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien

(Colloque international à l'Université de
Genève)

Le mandataire (un avocat, un médecin, une banque, etc.) qui se substitue un tiers renonce à une partie au moins de l'exécution personnelle de son mandat. Si la substitution n'est pas spécifique à ce type contractuel, les règles qui lui sont applicables prévoient deux dérogations importantes aux principes généraux du droit des obligations.

Contrairement à la solution générale retenue par le législateur (art. 101 al. 1 CO), le mandataire ne répond pas toujours des actes de son substitut comme des siens. Conformément à l'article 399 alinéa 2 CO, s'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, le mandataire ne répond à l'égard du mandant que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et donné ses instructions.

L'article 399 CO déroge par ailleurs au principe de la relativité des conventions. Malgré l'absence fréquente de relation contractuelle entre le mandant et le substitut, le premier peut faire valoir contre le second des prétentions de cette nature (al. 3).

Ces deux particularités constituent les enjeux principaux de la substitution dans le contrat de mandat.

Cette thèse critique les solutions retenues en doctrine et en jurisprudence, s'agissant notamment des conditions d'application de la norme.

Elle propose un système plus proche des intérêts des parties, favorisant l'application de l'article 399 alinéa 3 CO.