

Johan Droz

# La substitution dans le contrat de mandat

# Table des matières

|   |           |
|---|-----------|
| Bibliographie.....  | XVII      |
| Autres sources publiées .....   | XXV       |
| Table des abréviations.....   | XXVII     |
| <b>Introduction .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>Première partie : Le contexte et les enjeux de la substitution .....</b>                   | <b>5</b>  |
| <b>Chapitre I : Le contexte.....</b>  | <b>7</b>  |
| 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        |
| <b>Chapitre II : Les enjeux.....</b>  | <b>19</b> |
| 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        |
| <b>Deuxième partie : L'analyse de l'article 399 CO .....</b>                                  | <b>27</b> |
| <b>Chapitre III : L'analyse littérale.....</b>  | <b>29</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre IV : L'analyse systématique.....</b>  | <b>35</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre V : L'analyse historique et comparative .....</b>                                 | <b>39</b> |
| 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 <sup>ème</sup> et au début du 20 <sup>ème</sup> 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        |
| <b>Chapitre VI : L'analyse téléologique.....</b>                                 | <b>49</b> |
| 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        |
| <b>Troisième partie : La substitution .....</b>                                  | <b>71</b> |
| <b>Chapitre VII : La considération des enjeux pour les parties .....</b>         | <b>73</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre VIII : L'inadéquation de certains critères .....</b>                 | <b>79</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre IX : Les conditions de la substitution.....</b>                      | <b>89</b> |
| 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        |
| <b>Quatrième partie : L'autorisation et la justification de la substitution .....</b>   | <b>121</b> |
| <b>Chapitre X : L'obligation de s'exécuter personnellement .....</b>                    | <b>123</b> |
| A. En général .....   | 123        |
| B. Dans les contrats soumis à l'article 398 alinéa 3 CO .....                           | 124        |
| <b>Chapitre XI : L'autorisation de se substituer .....</b>                              | <b>127</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre XII : La justification de la substitution par l'intérêt poursuivi .....</b> | <b>139</b> |
| A. L'absence d'intérêt économique du mandataire .....                                   | 140        |
| B. L'intention de confier l'activité à un spécialiste .....                             | 141        |
| C. Synthèse .....   | 143        |
| <b>Cinquième partie : Le régime de la substitution .....</b>                            | <b>145</b> |
| <b>Chapitre XIII : Les relations entre mandataire et substitut .....</b>                | <b>147</b> |
| 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        |
| <b>Chapitre XIV : Les relations entre mandant et substitut .....</b>              | <b>161</b> |
| 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        |

|  |                |
|--|----------------|
| <b>Chapitre XV : Les relations entre mandant et mandataire .....</b>       | <b>193</b>     |
| 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 indue .....                                      | 210            |
| 3. En cas de substitution justifiée .....                                  | 211            |
| <br><b>Sixième partie : L'extension de la notion de substitution .....</b> | <br><b>213</b> |
| <b>Chapitre XVI : La nature du rapport de base.....</b>                    | <b>215</b>     |
| 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            |
| <b>Chapitre XVII : La nature du sous-contrat.....</b>                      | <b>225</b>     |
| <b>Chapitre XVIII : Les modalités de la représentation du mandant.....</b> | <b>231</b>     |
| <b>Conclusions.....</b>  | <b>235</b>     |
| Index .....  | 239            |