Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 106 (1987)

Artikel: Les contrats de service

Autor: Dessemontet, François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896092

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 09.12.2025

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

Les contrats de service

Rapport présenté par FRANÇOIS DESSEMONTET

professeur à l'Université de Lausanne

Table des matières

Bibliographie 97
Table des abréviations 102
Introduction 105

Première partie: Le problème 107

Chapitre premier: Les contrats de service 107

A. Les services cités dans la doctrine et la jurisprudence 107
1. Activités de service dans la vie courante 107
2. Activités de service dans la vie des affaires 109
3. Les services juridiques 111
B. Les points communs des opérations de service 112

Chapitre deuxième: Les points certains 114

A. Les contrats de mandat 114
1. Les professions libérales 114
2. Casuistique 118
B. Les contrats d'entreprise 119
1. Les entrepreneurs 119
2. Casuistique 121
C. Les contrats *sui generis* 121

Chapitre troisième: Les points incertains 123

1. Le contrat d'architecte 124
2. Le conseil d'entreprise 126
3. La consultation juridique et l'expertise 126
4. Le transport de personnes 127
5. Les soins de médecine et médecine dentaire 128
6. La commande de logiciel 129
7. La commande d'oeuvres artistiques, littéraires ou scientifiques 130
8. Les services intellectuels et artistiques 131
9. Le contrat d'enseignement 134
10. La cession ou la licence de savoir-faire industriel 136
11. Les contrats de recherche 138
12. Les contrats de publicité 140
13. Le contrat de voyage 142
14. Conclusions 142

Seconde partie: Les solutions 145

Chapitre quatrième: La méthode 145

A. La qualification en général 145
1. La méthode téléologique 145
2. La méthode éclectique 146
3. La méthode typologique 147
4. Méthodes et libertés 148
a) Liberté du juge 148
b) Liberté des parties 149
B. La qualification des contrats de service 152
C. Nos propositions 154
1. Généralités 154
2. Points déterminants 155
3. Tableau I 158
4. Tableau II 162
5. Tableau III 165

Chapitre cinquième: Résiliation et responsabilité 170

A. La résiliation des contrats de service 170
1. Article 404 al. 1 CO 170
a) Principe 170
b) Comparaison avec d'autres contrats 171
c) Justes motifs 172
d Droit impératif, semi-impératif ou dispositif? 174
e) Droit positif ou droit souhaitable? 175
f) Les motifs à l'appui d'une modification du droit positif 179
2. Article 404 al. 2 CO 181
a) Principe 181
b) Résiliation en temps inopportun et résiliation inopportune . . 183
c) La base légale des dommages-intérêts 185
d) Montant de l'indemnité 188
e) Clause pénale 194
3. Article 377 CO 196
a) Principe 196
b) Droit impératif ou dispositif? 196
c) Montant de l'indemnité 198
B. La responsabilité pour les services rendus et la répartition des risques 199
1. Responsabilité, risques et qualification du contrat 199
2. Les conséquences de la qualification pour la responsabilité et la répartition des risques 202
a) Le principe de la responsabilité 202
b) Les exceptions 202
3. Application aux contrats de service 203
4. Les conséquences de la qualification pour les clients 211
5. Tableau IV 212

Chapitre sixième: Nos conclusions 213

A. Qualification 213
B. Résiliation 214
C. Législation 216
Répertoire des arrêts cités, avec concordances 217

Bibliographie

I. Traités et Monographies

ANEX, JEAN. L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse Lausanne 1977.

AUER, HANS GEORG. Der Insertionsvertrag, thèse Zurich 1949.

BEIGEL, HERBERT. Urheberrecht des Architekten. Erläuterungen anhand der Rechtsprechung. Wiesbaden/Berlin 1984.

BÉNÉDICT, MARTINE. Le contrat de concession de vente exclusive, thèse Lausanne 1975.

BERNARD, A. La rémunération des professions libérales en droit romain classique, Paris 1935.

BIOJOUT, PASCAL. Le sponsoring: analyse économique du comportement des entreprises en matière de parrainage sportif, (thèse Limoges 1983), Paris 1985.

BLOETZER, OTHMAR. Der Bergführervertrag, thèse Fribourg 1941.

BÜHLER, MICHAEL. Der Fernunterrichtsvertrag im Lichte der Rahmenbedingungen des privaten Fernunterrichts, (thèse Genève), Zurich 1984.

CARRARD, FRANÇOIS. Les experts-comptables, sociétés fiduciaires et syndicats de révision selon l'article 723 CO, thèse Lausanne 1964.

CUENDET, JEAN. La faute contractuelle et ses effets: étude de l'article 99, alinéa 3 du Code des Obligations, thèse Lausanne 1971.

DELEUZE, JEAN-MARIE. Le contrat de transfert de processus technologique (know-how), 3e éd., Paris/New York/Barcelone 1982.

GAUCH, PETER. System der Beendigung von Dauerverträgen, thèse Fribourg 1968 (cité: GAUCH, System der Beendigung).

– Der Werkvertrag, ein systematischer Grundriß, 3e éd., Zurich 1985 (cité: GAUCH).

– Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, (éd. par P. Gauch et P. Tercier), Fribourg 1986 (cité: Le droit de l'architecte).

GESSLER, DIETER. Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, thèse Zurich 1979.

GIGER, HANS. Kreditkartensysteme: eine ökonomisch-juristische Studie, Zurich 1985.

GUGGENHEIM, DANIEL. Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2e éd., Genève 1982.

DE HALLER, THIERRY. Le contrat de franchise en droit suisse, thèse Lausanne 1978.

HESS, URS. Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Dietikon 1986.

HIRSCH, ALAIN. L'organe de contrôle dans la société anonyme, thèse Genève 1965.

HIRZEL, HEINRICH E. Management consulting im schweizerischen Recht: Der Unternehmensberatungsvertrag, thèse Zurich 1984.

HODLER, ERNST. Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht verglichen mit dem deutschen Recht, thèse Berne 1909.

HOFSTETTER, JOSEF. Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag. Schweizerisches Privatrecht VII/2, Bâle/Stuttgart 1979, pp. 1 ss.

HUG, RUDOLF. Das Recht des Plakatanschlages, thèse Zurich 1970.

JAUSSI, NELLI. Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Zurich 1925.

KELLER, MAX. Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, thèse Zurich 1949.

KOLLER, BEAT VIKTOR. Der know-how-Vertrag nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Leistungsstörungen und der Vertragsbeendigung, thèse Zurich 1979.

KOLLER, JO. Der «Untergang des Werkes» nach Art. 376 OR, (thèse Fribourg) Winterthur 1983.

MOREILLON, LAURENT. La responsabilité civile en cas d'accident en haute montagne, thèse Lausanne 1987.

MUSTAFA, RIJABE M. La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse, (thèse Genève) Lausanne 1958.

NAUER, HEINRICH. Der Annoncenpachtvertrag, thèse Zurich 1927.

NEBEL, ETIENNE. Les contrats de recherche scientifique et technique, leur structure et la dévolution de leurs résultats, thèse Genève 1973.

PEDRAZZINI, MARIO M. Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Bâle/Stuttgart 1977, pp. 495 ss. Paru en français sous le titre: Le contrat d'entreprise, le contrat d'édition, le contrat de licence. Traité de droit privé suisse, Fribourg 1985. (Nous citons le texte original).

PERRIN, JEAN-FRANÇOIS. Le contrat d'architecte, Genève 1970.

PEYER, JÜRG. Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, thèse Zurich 1974.

PIOTET, DENIS. La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics: étude de droit public suisse, thèse Lausanne 1981.

PIOTET, PAUL. Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.

REBER, HANS J. Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4e éd., Zurich 1983.

REBER, KLARA. Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im römischen, schweizerischen und deutschen Recht, thèse Bâle 1972 (dact.).

RÜEGG, ALOIS. Der Effektenbörsenauftrag unter spezieller Berücksichtigung der Treue-, Sorgfalts- und Rechenschaftspflicht, thèse Zurich 1974.

SCHAFFITZ, REGINE M. Der Schulvertrag, thèse Zurich 1977.

SCHAUB, RUDOLF P. Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung, (thèse Berne) Zurich 1979.

SCHLUEP, WALTER R. Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Bâle/Suttgart 1979, pp. 763 ss.

SCHROEDER, KARL. Probleme der zivilrechtlichen Haftung des freipraktizierenden Zahnarztes, thèse Zurich 1982.

STOERI, FRITZ EDUARD. Forschungs- und Entwicklungsverträge, thèse Zurich 1979.

STAEHELIN, THOMAS. Die Treuhandanlage, thèse Bâle 1973 (dact.).

SUTER, ROBERT. Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Berne 1904.

ZIMMERMANN, PETER. Der Geist-Werkvertrag, (thèse Bâle) Bâle/Francfort 1984.

II. Commentaires et ouvrages généraux

ALBISETTI, E./GSELL, M. Bankgeschäfte, 3e éd., Zurich 1983.
AUBERT, GABRIEL. Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984.
BECKER, H. Obligationenrecht, die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar, Bd VI/2, Berne 1934.
BUCHER, EUGEN. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 1979 (cité: BUCHER, Allgemeiner Teil).
– Skriptum zum Obligationenrecht: Besonderer Teil, 2e éd., Zurich 1983 (cité: BUCHER, Besonderer Teil).
VON BÜREN, BRUNO. Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 1972.
CHERPILLOD, IVAN. Le droit d'auteur en Suisse, publication CEDIDAC no 3, Lausanne 1986.
Code Civil Suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police (rédigé par EUGEN HUBER), 2e éd., Berne 1902.
DENECKE, J. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Großkommentare der Praxis, 11e éd., vol. II, Berlin 1960.
DÜRR, KARL. Der Werkvertrag, 2e éd., Berne 1966. (Nous n'avons pas cité la 3e éd., Vira 1983).
DERNBURG, HEINRICH. Pandekten, t. II, 2e éd., Berlin 1888.
DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER. Répertoire de droit international privé suisse, t. I, Berne 1982.
ENGEL, PIERRE. Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
GAUTSCHI, GEORG. Der Werkvertrag, Berner Kommentar, Bd. VI/2.3, Berne 1967.
– Der einfache Auftrag, Berner Kommentar, Bd. VI/2.4, Berne 1971.
GIERKE, OTTO V. Deutsches Privatrecht, vol. 3, Munich/Leipzig 1917.
GUHL/MERZ/KUMMER. Das schweizerische Obligationenrecht, 7e éd., Zurich 1980.
HAFNER, HEINRICH. Zürcher Kommentar, 2e éd., 1898.
VON HIPPEL, EIKE. Der Schutz des Schwächeren, Tübingen 1982.
JACOTTET, PAUL. Manuel du droit fédéral des obligations, Neuchâtel 1884.
JOLIDON, PIERRE. Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984.
KELLER, A. Haftpflicht im Privatrecht, 3e éd., Berne 1978.
KELLER M./SCHÖBI CH. Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Bâle 1983.
KRAMER, A. Berner Kommentar, Bd. VI/1.1, Berne 1980.
LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, vol. II, 12e éd., Munich 1981.
OSER, H. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1915.
OSER/SCHÖNENBERGER. Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Band V/2, Zurich 1936. Band V/3, Zurich 1945.
PALANDT, OTTO. Bürgerliches Gesetzbuch, 45e éd., Munich 1986.
POUND, ROSCOE. The spirit of the common Law, (reprint) Boston 1966.
REHBINDER, M./GROSSENBACHER, R. Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Berne 1979.
ROSSEL, VIRGILE. Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1892.
ROULAND, NORBERT. Les lauriers de cendre, Paris 1984.
RÜEDE, TH./HADENFELDT, R. Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zurich 1980.
SCHNEIDER/FICK. Das schweizerische Obligationenrecht, t. I, Zurich 1892.

VON TUHR, ANDREAS. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924.
VON TUHR, A./PETER, H. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3e éd., Zurich 1974.
WINDSCHEID, BERNHARD. Lehrbuch des Pandektenrechts, 8e éd., Francfort 1900.

III. Articles et rapports

ABRAVANEL, PHILIPPE. La qualification du contrat d'architecte, *in:* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, pp. 35 ss.
– Le nouveau règlement SIA N° 102 et la qualification du contrat d'architecte, *in:* JdT 1984, I, pp. 463 ss.
BÄR, ROLF. Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, *in:* RSJB (121) 1985, pp. 225 ss.
BETTI, EMILIO. Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, *in:* Festschrift für L. Wenger, vol. I, Munich 1944, pp. 249 ss.
BUCHER, EUGEN. Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, *in:* RDS 1983, II, pp. 250 ss.
CHERPILLOD, IVAN. Les droits et obligations des parties au contrat de know-how après l'expiration du contrat en droit suisse, *in:* Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisses, Zurich 1986, pp. 175 ss.
COTTIER, JEAN-MARIE. L'architecte comme expert, en cas de défaut de l'ouvrage, *in:* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, pp. 363 ss.
DESSEMONTET, FRANÇOIS. Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, *in:* Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, pp. 485 ss.
– Le contrat de savoir-faire en droit suisse, Journée VSM/SSIC/LES, Genève 1981.
– Les contrats de licence en droit international privé, *in:* Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, pp. 435 ss.
– Quelques questions actuelles en droit de la publicité, *in:* RSJ 1983, pp. 313 ss.
– La publicité et la propriété intellectuelle, *in:* RSJ 1982, pp. 1 ss.
DUCROT, MICHEL. La qualification juridique de l'activité du géomètre, *in:* DC 1983, pp. 50 ss.
FAURE, JULES. Transport des voyageurs, FJS 1054, ch. XIV.
FRIEDRICH, HANS-PETER. Fragen aus dem Auftragsrecht, *in:* RSJB (91) 1955, pp. 449 ss.
FUCHS, A. Vertrag über die Entwicklung von Software, *in:* EDV-Software/Les logiciels et le droit, publication CEDIDAC n° 4, Lausanne 1986, pp. 33 ss.
GAUCH, PETER. Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, *in:* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, pp. 1 ss.
– Zurück zum Geist-Werkvertrag, *in:* recht 1, 1983, pp. 132 ss.
GIOVANOLI, MARIO. La jurisprudence suisse en matière de leasing, *in:* Le leasing industriel, commercial et immobilier, Publication CEDIDAC n° 2, Lausanne 1985, pp. 27 ss.
GIRSBERGER, ANDREAS. Der Reisevertrag, *in:* RDS 1986, II, pp. 1 ss.
HOFSTETTER, JOSEF. Gloses sur les mandats illicites ou immoraux, *in:* Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, pp. 287 ss.
JÄGGI, PETER. Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, *in:* RSJ 1973, pp. 301 ss.
JEANPRÊTRE, R. Le mandat en général, note *in:* JdT 1984, I, pp. 218 ss.

KADEN, E.H. Des pertes fortuites du mandataire, *in:* Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, pp. 1 ss.
KNOEPFLER, F./GUINAND, J. Le mandat proprement dit, FJS 327 (1984).
KOLLER-TUMLER, MARLIS. Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht, *in:* recht 2, 1984, pp. 49 ss.
MERZ, HANS. Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1972.
in: RSJB (110) 1974, pp. 41 ss.
im Jahre 1978,
in: RSJB (116) 1980, pp. 1 ss.
im Jahre 1983,
in: RSJB (121) 1985, pp. 177 ss.
MEYLAN, PHILIPPE. Révocation et renonciation du mandat en droit romain classique, *in:* Studi in onore di Giuseppe Grosso, t. I, Turin 1968, pp. 465 ss.
PERRIN, J.-F. Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable, *in:* Travaux CETEL, nº 21, Genève 1982, pp. 30 ss.
– Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, *in:* SJ 1983, pp. 609 ss.
RUPPERT, W. Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, *in:* RSJ 1970, pp. 284 ss.
SCHUMACHER, RAINER. Die Haftung des Architekten aus Vertrag, *in:* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, pp. 105 ss.
SIMONIUS, AUGUST. Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, *in:* RDS 1918, pp. 225 ss.
STAEHELIN, ADRIAN. Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, *in:* BJM 1978, pp. 1, ss.
STAUDER, BERND. Le contrat de voyage, *in:* RDS 1986, II, pp. 385 ss.
– Die Behandlung des Leasingvertrages im schweizerischen Recht: eine Zwischenbilanz, *in:* Neue Vertragsformen der Wirtschaft: leasing, franchising, factoring, Berne 1985, pp. 61 ss.
TERCIER, PIERRE. La formation du contrat et les clauses d'architecte, *in:* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, pp. 47 ss.
– Encore la nature juridique du contrat d'architecte, *in:* DC 1979, nº 1 pp. 9 ss.
– Nature juridique du contrat d'appareil, note *in:* DC 1983, p. 16.
THILO, EMILE. L'arbitre-expert, *in:* JdT 1945, I, pp. 226 ss.

Table des Abréviations

al.	alinéa
Anm.	Anmerkung
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral
Bes.	Besonderer
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BJM	Basler juristische Mitteilungen
Bull. stén. CN	Bulletin sténographique du Conseil national
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
CC	Code civil suisse
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
aCO	ancien Code des obligations
CO	Code des obligations
CPS	Code pénal suisse
Dact.	dactylographiée
DC	Droit de la Construction
éd.	édition
EDV	elektronische Datenverarbeitung
Extr. FR	Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
FJS	Fiche juridique suisse (Genève)
fr.	(arrêt rédigé en) français
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale
LES	Licensing Executives Society
n.	note de bas de page
N.	remarque dans un commentaire
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n°	numéro(s)
OR	Obligationenrecht
ORC	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre du commerce
p. (pp.)	page(s)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
PNB	Produit national brut
Praxis	Die Praxis des Bundesgerichts
RB App. AR	Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Appenzell Ausserrhoden

RDS	Revue de droit suisse
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RGGB	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundescivilrechts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
ROhG	Reichsoberhandelsgericht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (SJZ)
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RSPIDA	Revue suisse de la Propriété Intellectuelle et du Droit d'Auteur
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
ss	et suivante(s)
SAS	La société anonyme suisse
SBHE	Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes/Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
SSIC	Société suisse de l'industrie chimique
SJ	La semaine judiciaire (Genève)
t.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
VAR	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung
vol.	volume
VSM	Verein Schweizerischer Maschinen-Industrieller/Société suisse des constructeurs de machines.
WPM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen

Introduction

Souvent jurisprudence varie: il est pourtant peu de domaines qui suscitent autant d'allées et venues, de soubresauts imprévisibles que les *contrats de service*. A leur propos, la jurisprudence oscille entre l'application des règles sur le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, en une série d'arrêts dont les plus spectaculaires concernent les travaux d'architecture [1], mais aussi d'autres activités de service [2].

La perplexité des juges rejoint les hésitations de la doctrine et l'incertitude des praticiens. Cependant, notre société post-industrielle est devenue une société de services: commerçants, entrepreneurs, banquiers, agents et mandataires en tout genre font la prospérité de nos pays occidentaux, et de la Suisse en particulier. Qu'on en juge d'après le nombre d'employés ou la proportion du produit national brut [3], les activités du secteur tertiaire ont pris le pas sur celles des secteurs primaire et secondaire. Ceci ne suffirait point à rendre caduques les catégories traditionnelles du droit romain, car dans la Rome classique aussi l'«industrie» jouait un rôle bien moindre que les «ser-

[1] Jurisprudence citée ci-après n. 144 à 149.

[2] Voir ci-dessous n. 155 ss.

[3] a) *Répartition du P. N. B. entre les différents secteurs économiques en 1982:*
secteur tertiaire: 58,5 %;
secteur secondaire: 37 %
secteur primaire: 4,5 %.

b) *Répartition de la population selon les secteurs d'emploi:*

– 1975:
secteur tertiaire: 49,9 %;
secteur secondaire: 42,4 %;
secteur primaire: 7,6 %;

– 1985:
secteur tertiaire: 55,4 %;
secteur secondaire: 38 %;
secteur primaire: 6,6 %.

Chiffres aimablement communiqués par l'Office fédéral des statistiques.

vices». On peut se demander toutefois si la tradition juridique est assez forte, ses leçons assez nettes pour répondre aux questions principales que suscitent les activités de service:

- quel est l'*objet réel* des contrats qui les régissent?
- quelle est la *responsabilité* de celui qui accomplit les prestations de service?
- qui supporte les *risques* inhérents à la plupart des services?
- comment peut-on *mettre fin* aux contrats et, le cas échéant, quel *dédommagement* sera-t-il dû?

Le présent rapport esquisse une tentative de solution en se concentrant sur les questions de méthode. Voici notre démarche:

- Tout d'abord, poser le problème *(première partie):* après avoir énuméré les activités de service que nous envisageons, nous tenterons d'en dégager les traits communs *(chapitre premier: les contrats de service)*. Nous rappellerons ensuite ce qui est entendu ou ne suscite guère que des controverses secondaires *(chapitre deuxième: les points certains)*. Nous pourrons alors décrire plus en détail ce qui est au centre des discussions *(chapitre troisième: les points incertains)*.
- Ceci fait, nous essayerons d'apporter les éléments d'une réponse *(seconde partie)*. L'étude des controverses aura d'ailleurs livré quelques enseignements de méthode pour la solution de ces difficultés *(chapitre quatrième: la méthode)*. Il sera nécessaire de les appliquer en analysant les conséquences de la qualification des contrats de service pour les points les plus importants *(chapitre cinquième: résiliation et responsabilité)*. Nous pourrons enfin présenter les conclusions de notre étude pour préparer les débats de la Société Suisse des Juristes *(chapitre sixième: nos conclusions)*.

Nous n'examinerons pas les contrats de travail, c'est-à-dire les contrats qui sont conclus pour un certain temps plutôt qu'en vue d'un certain résultat et qui impliquent une certaine subordination entre les parties.

Première partie: le problème

Chapitre premier: les contrats de service

A. Les services cités dans la doctrine et la jurisprudence

Quelles activités de service ont-elles déjà fait l'objet des réflexions de la doctrine et de la jurisprudence? Sans être exhaustive, la liste que voici reflète la variété des services dont nos tribunaux ont dû s'occuper. Cette liste comprend les catégories juridiques du mandat et du contrat d'entreprise, mais non les mandats spéciaux régis dans le Code des obligations aux articles 407 ss. Par simplification, nous répartirons ces activités en trois catégories:

- les activités de service dans la vie courante,
- les activités de service dans la vie des affaires,
- les activités de service proprement juridiques.

Il s'agit là d'une répartition sans rigueur scientifique ni portée juridique.

1. Activités de service dans la vie courante

- architecture[4]
- travaux d'ingénieurs traditionnels et ingéniérie (engineering)[5]
- travaux des géomètres[6]
- entreprise de construction[7], de génie civil[8]

[4] Voir en particulier Praxis 1985, p. 518; ATF 110 II 380; 109 II 462; 98 II 305.

[5] U. Hess, Der Architekten- und Ingenieurvertrag, Dietikon 1986; R. Schaub, Der Engineeringvertrag, Rechtsnatur und Haftung (thèse Berne), Zurich 1979. RSJ 1946, p. 187 n° 73.

[6] JAAC 1980 n° 17, p. 62. M. Ducrot, La qualification juridique de l'activité du géomètre, DC 1983, p. 50–53.

[7] Par exemple la restauration d'une façade: BJM 1972, p. 25.

[8] Et entreprise générale. Voir W. R. Schluep, *in* Schweizerisches Privatrecht, t. VII/2, pp. 900–906. P. Gauch, Der Werkvertrag, 3e éd., Zurich 1985, nos 167 ss.

- entretien d'installations par abonnement[9]
- organisation de voyages[10]
- transport de personnes[11]
- services d'un guide (de montagne, etc.)[12]
- activité d'un ecclésiastique[13]
- enseignement et enseignement à domicile[14]
- internat[15]
- dressage des chevaux[16]
- ferrage des chevaux[17]
- visite de zoo, ou de cirque[18]
- spectacles en tous genres, du récital de violoncelle au feu d'artifice en passant par les services d'un disk-jockey[19]
- services d'un imprésario[20]
- création sur commande d'une œuvre littéraire, artistique ou scientifique[21]
- traduction[22]
- création de documents et travaux d'imprimerie[23]
- gérance d'immeubles[24]
- gérance de station-service[25]
- hôtellerie et restauration[26]

[9] Voir par ex. RSJ 1982, p. 314, n° 55 = DC 1983, p. 16 n° 7 avec ann. TERCIER; RSJB 113 (1977), p. 321. Pour les abonnements de services comptables, voir ci-dessous n. 135.

[10] ATF 111 II 270; BlZR 1986, p. 149 n° 58; arrêts cités ci-dessous n. 138; rapports de B. STAUDER, Le contrat de voyage, RDS 1986, II, pp. 385 ss; et A. GIRSBERGER, Der Reisevertrag, RDS 1986, II, pp. 1 ss.

[11] Voir BlZR 1952, p. 134, n° 78. Traduit et discuté par R. M. MUSTAFA, La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse (thèse Genève) Lausanne 1958, pp. 85–91.

[12] Voir L. MOREILLON, La responsabilité civile en cas d'accident en haute montagne, thèse Lausanne 1987; O. BLOETZER, Der Bergführervertrag, thèse Fribourg 1941.

[13] Voir G. GAUTSCHI, Berner Kommentar, N. 55 d ad Art. 394 CO.

[14] Arrêts cités ci-dessous n. 109 et n. 194–198; R. M. SCHAFFITZ, Der Schulvertrag, thèse Zurich 1977. MICHAEL BÜHLER, Der Fernunterrichtsvertrag (thèse Genève), Zurich 1984.

[15] RSJ 1983, p. 247 n° 44.

[16] RSJ 1944, p. 124 n° 75.

[17] RSJ 1916/17, p. 148 n° 34.

[18] ATF 70 II 219 (représentation de cirque citée comme exemple).

[19] Voir ci-dessous n. 181.

[20] ATF 104 II 111.

[21] Voir ci-dessous n. 174 ss.

[22] RSJB 54 (1918), pp. 462 ss; SJ 1979, pp. 325 ss; cf. M. M. PEDRAZZINI, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, *in* Schweizerisches Privatrecht, t. VII/1, p. 504.

[23] ATF 48 II 119.

[24] ATF 83 II 525; 106 II 157; RSJ 1980, p. 143 n° 13.

[25] RSJ 1974, p. 73 n° 12; BJM 1973, pp. 95 ss; SCHLUEP, pp. 859–870.

[26] ATF 46 II 116; 71 II 114–115; 108 II 449; RSJB 111 (1975), pp. 196 ss.

- chauffage, nettoyage ou éclairage de locaux[27]
- ramonage[28]
- déblayage et entretien d'une chaussée[29]
- bûcheronnage[30]
- activités médicales et para-médicales[31]
- activité de médecin-dentiste et de technicien dentaire[32]
- radiographie[33]
- clinique[34]
- location d'automobile – ou d'une autre machine – avec chauffeur[35]
- location et service de machines de jeux à sous[36]
- installation d'un ordinateur et assistance informatique[37]
- raccordement à une banque de données[38]
- cartes de crédit et chèque[39]
- réparations en tout genre[40]

2. *Activités de service dans la vie des affaires*

- administration de société[41]
- contrôle des comptes d'une société[42]
- mission d'un expert étranger au sens de l'art. 723 CO[43]
- services centraux d'un groupe de sociétés[44]

[27] ATF 109 II 38 (à titre d'exemple); 48 II 366; BJM 1972, pp. 25–26; RSJB 113 (1977), pp. 321 ss.
[28] RSJ 1956, p. 10 n° 1.
[29] GAUCH, p. 76 n° 272.
[30] BlZR 1923, p. 101 n° 54; SJ 1921, pp. 229 ss; RSJB 72 (1936), p. 757; Extr. FR 1949, p. 41.
[31] ATF 105 II 284; 70 II 207; RSJ 1956, p. 344 n° 156; ATF 93 II 19 (vétérinaire).
[32] Médecin-dentiste: ATF 110 II 375; 61 II 106; 53 II 419; SJ 1939, p. 528; SJ 1947, pp. 497 ss à p. 505; RSJ 1940/41, p. 157 n° 32; RSJ 1944, p. 124 n° 77; RSJ 1961, p. 252 n° 101; RSJ 1964, p. 42 n° 29. Technicien-dentiste: ATF 47 II 213.
[33] BlZR 1986, p. 144 n° 57 = RSJ 1986, p. 321 n° 51.
[34] ATF 111 II 151; 102 II 47 et citations.
[35] ATF 98 II 288 (machines de terrassement).
[36] ATF 99 IV 201; 103 II 102; 110 II 474; RSJ 1973, p. 226 n° 95; RSJ 1976, p. 328 n° 97; RSJ 1978, p. 175 n° 35; RSJ 1979, p. 26 n° 4.
[37] SCHLUEP, pp. 959–969.
[38] Câblodiffusion ou vidéotext; est intéressant de même le contrat de service passé pour l'exploitation d'une banque de données.
[39] SCHLUEP, pp. 876–882 et 890–900; H. GIGER, Kreditkartensysteme: eine ökonomisch-juristische Studie, Zurich 1985. Voir déjà, par ex., ATF 51 II 183; RSJ 1968, p. 140 n° 95.
[40] Aménagement d'un camion: ATF 92 II 328; révision d'un moteur: ATF 59 II 63; SJ 1952, p. 74; réparation d'une sangle: ATF 64 II 254.
[41] ATF 75 II 149; BlZR 1959, p. 179 n° 70; RSJ 1955, p. 189 n° 108.
[42] ATF 86 II 171.
[43] Cf. F. CARRARD, Les experts-comptables, sociétés fiduciaires et syndicats de révision selon l'article 723 CO, thèse Lausanne 1964.
[44] ATF 108 II 128.

- management[45]
- factoring[46]
- encaissement[47]
- tenue de la comptabilité[48]
- assistance informatique[49]
- assistance technique[50]
- recherche et développement sous mandat[51]
- licence avec prestations positives du donneur de licence[52], par exemple licence de savoir-faire[53]
- expertise technique, financière, etc.[54]
- placement collectif[55]
- services bancaires et financiers[56]
- accréditif documentaire[57]
- dépôt joint ou «séquestre privé»[58]
- placement d'émissions – actions ou obligations[59]
- création et gestion de la publicité[60]
- insertion d'annonces et fermage des annonces[61]
- création de répertoires, «who is who»[62]

[45] ATF 95 I 24; cf. aussi 107 II 411; 110 II 380 (cité à titre d'exemple). Voir ci-dessous n. 155 ss.
[46] BlZR 1986, p. 28 n° 15.
[47] ATF 71 II 167; 67 II 226; SJ 1919, pp. 103 ss; RSJ 1942/43, p. 315 n° 192.
[48] BlZR 1942, p. 230 n° 76 (établissement des comptes annuels); RSJ 1949, p. 44 n° 14; SJ 1955, pp. 529 ss. Voir aussi n. 104–105 ci-dessous.
[49] IVAN CHERPILLOD, éd, EDV-Software/Les logiciels et le droit, publication CEDIDAC N° 4, Lausanne 1986. Arrêt du TF du 22 décembre 1981 dans la cause *Adressen- und Propagandazentrale Schaffhausen AG c. DVD Daten-Verarbeitungs-Dienst AG*.
[50] J.-M. DELEUZE, Le contrat de transfert de processus technologique (know-how), 3e éd., Paris 1982, pp. 63 ss.
[51] E. NEBEL, Les contrats de recherche scientifique et technique, thèse Genève 1973; F. STÖRI, Forschungs- und Entwicklungsverträge, thèse Zurich 1979.
[52] M. M. PEDRAZZINI, pp. 624–625. Cf. ATF 92 II 299; 94 II 360; 100 IV 170; 101 II 293.
[53] F. DESSEMONTET, Le contrat de savoir-faire en droit suisse, Journée VSM/SSIC/LES, Genève 1981, pp. 1–28.
[54] BlZR 1955, p. 370 n° 183 et ci-dessous n. 159–162.
[55] ATF 101 I b 424 c. 2 a.
[56] D. GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2e éd., Genève 1982; voir par ex. ATF 63 II 240; 101 II 117; 102 II 300 c. 2 a (pour les dépôts en banque) et n. 106 ci-dessous.
[57] ATF 111 II 76; 104 II 278; 100 II 145; 90 II 306; 78 II 50.
[58] «Escrow agreement»: ATF 102 I a 229; compte joint: voir ATF 94 II 167 et 313 et autres arrêts cités n. 106 ci-dessous.
[59] E. ALBISETTI/M. GSELL, Bankgeschäfte, 3e éd., Zurich 1983, pp. 161 ss, spéc. à pp. 164–169.
[60] F. DESSEMONTET, RSJ 1982, pp. 1 ss et RSJ 1983, pp. 319 ss avec cit.; voir par ex. RSJ 1975, p. 27 n° 15; BJM 1975, p. 193 (création de clichés publicitaires).
[61] ATF 59 II 260; 57 II 160; RSJ 1952, p. 160 n° 55; RSJB 81 (1945), p. 240. Voir aussi ci-dessous n. 212–215.
[62] BJM 1981, pp. 335 ss.

- sponsoring[63]
- concession ou représentation commerciale[64]
- franchise[65]
- activités des fiduciaires et experts-comptables[66]
- agents en bourse[67]
- renseignements commerciaux[68]

3. *Les services juridiques*

- services d'un agent d'affaires[69]
- activités d'un avocat[70]
- activités d'un notaire[71]
- poursuite d'un procès[72]
- démarches en vue d'obtenir une autorisation officielle, par exemple une licence d'exportation[73]
- arbitrage[74]
- exécution testamentaire[75]
- consultation juridique[76]
- fiducie[77].

[63] P. BIOJOUT, Le sponsoring (thèse Limoges 1983), Paris 1985.
[64] M. BÉNÉDICT, Le contrat de concession de vente exclusive, thèse Lausanne 1975.
[65] TH. DE HALLER, Le contrat de franchise en droit suisse, thèse Lausanne 1977.
[66] RSJ 1956, p. 198 n° 111; SJ 1977, p. 170. Autres arrêts cités ci-dessous notes 104–105 et 135.
[67] ATF 110 Ib 213; cf. A. RÜEGG, Der Effektenbörsenauftrag, thèse Zurich 1974.
[68] ATF 41 II 77; intermédiaire pour la remise d'un commerce: ATF 60 II 233.
[69] Voir F. KNOEPFLER et J. GUINAND, Le mandat proprement dit. FJS 327 (1984), p. 10.
[70] ATF 67 II 226; 87 II 364; 95 I 21; RSJ 1945, p. 107 n° 63.
[71] Voir D. PIOTET, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, thèse Lausanne 1981.
[72] ATF 78 II 265.
[73] RSJ 1953, p. 213 n° 89.
[74] RSJ 1978, p. 59 n° 18; ATF 67 II 146; 71 II 294 (bref rapport d'experts-arbitres). Voir ci-dessous n. 260.
[75] SJ 1976, pp. 193 ss à p. 200; RGZ 139, p. 41 (mandat *post mortem* pour l'administration du patrimoine des héritiers).
[76] Voir ci-dessous n. 97, 159 ss et E. BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht? RDS 1983, II, 326–327; MUSTAFA, p. 63.
[77] ATF 71 II 99; 72 II 235; 85 II 97; 94 II 263; 99 II 393; 106 Ib 145; 109 II 239.

B. Les points communs des opérations de service

Ces *services* très divers ont trois points communs:

1. Ce sont des *actes, des comportements* positifs, des *«facere»* (par opposition à *«dare»)*. A titre exceptionnel, le service peut être une abstention *(«non facere»)*[78]. Laissons de côté, pour l'instant, cette situation atypique, non sans relever qu'elle suppose aussi une grande confiance dans l'influence et les ressources de celui dont on requiert l'abstention, et que l'élément de durée n'en est pas absent.

En revanche, ne constituent pas des services les opérations de location: location de machines (ordinateurs, machines de bureau ou de construction[79]), ni la location-vente, le crédit-bail ou leasing[80].

2. *Le service n'est jamais instanté.* L'exécution du service dure toujours, que ce soit quelques minutes (réservation d'un vol[81]) ou quelques années (engineering pour un gros chantier). C'est la différence fondamentale entre la *vente* et le *service*. En réalité, il y a des opérations de service très brèves (la consultation directe d'une banque de données, ou le ramonage d'une cheminée, par exemple) et des ventes qui ne s'exécutent pas instantanément. Aussi le contrat de vente prévoit-il la répartition des risques (art. 185 CO). Dans l'opération de service typique, la loi prévoit de même une répartition des risques lors du déroulement des opérations, et cette répartition varie suivant qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise ou d'un mandat (art. 376 CO; art. 402 CO). On verra cependant que tout contrat dont l'exécution prend un certain temps n'est pas nécessairement un «contrat de durée» au sens de la jurisprudence et de la doctrine helvétiques.

[78] Situation de l'avocat (américain) ou du banquier qui promet de ne pas intervenir lors d'une offre publique d'achat sur une société, par exemple. En Suisse, il a été jugé contraire aux usages du Barreau de s'obliger à n'exercer en fait aucun des pouvoirs dévolus par la loi et les statuts à l'administrateur de société (SAS 1981, p. 70 n° 20).

[79] ATF 98 II 288 (machine de terrassement; la mise à disposition d'un chauffeur ou d'un service d'entretien peut faire de cette activité une activité de service).

[80] M. GIOVANOLI, La jurisprudence suisse en matière de leasing, *in* Le leasing industriel, commercial et immobilier, publication CEDIDAC N° 2, Lausanne 1985, pp. 38–41; B. STAUDER, Die Behandlung des Leasingvertrages im schweizerischen Recht, *in* E. A. Kramer, éd., Neue Vertragsformen der Wirtschaft, Berne 1985, pp. 61–96.

[81] STAUDER, RDS 1986, II, p. 417.

3. Le service est rendu à *autrui*. Il touche sa personne, son patrimoine ou son crédit. Ceci est évident pour la plupart des mandats traditionnels. Pour prendre un autre exemple, le musicien qui n'accomplit pas la prestation convenue entame aussi le crédit de l'organisateur du spectacle.

4. Dès lors, les contrats de service supposent une relation de *confiance* plus ou moins étroite entre les parties au contrat. Certes, la confiance n'est jamais absolument absente des relations sociales, et les règles sur la garantie dans la vente reflètent aussi le *«Vertrauensprinzip»* qui domine notre droit privé. Dans les contrats de service, néanmoins, la confiance est plus marquée que dans la vente. D'ailleurs, la confiance n'est pas toujours réciproque dans tous les contrats de service. Le maréchal ferrant n'a pas à prodiguer une confiance particulière au propriétaire du cheval qu'il ferre, tandis que l'avocat doit déposer son mandat s'il n'a plus confiance en son client.

5. Les services combinent en général une activité intellectuelle et divers éléments matériels. On rencontrera certes des activités purement intellectuelles sans matérialisation aucune: le poète qui récite par cœur, l'avocat consulté par téléphone. A l'inverse, le raccordement à un réseau de télécommunications, la radiographie qu'effectue un technicien n'incorporent presqu'aucune activité intellectuelle propre: l'apport intellectuel s'est matérialisé dans des appareils ou des logiciels. Dans l'ensemble pourtant, le déroulement normal des activités de service suppose un arsenal de moyens techniques, et il débouche presque toujours sur une réalité matérielle nouvelle (commande d'une œuvre d'art) ou modifiée (opération médicale, réparation d'une installation mécanique).

Ce point n'a pas reçu toute l'attention qu'il mérite, en particulier dans la controverse qui entoure l'objet du contrat d'entreprise. Cet objet peut-il être immatériel? Doit-il s'agir au contraire d'un objet matériel[82]? Faut-il du moins qu'une prestation, même immatérielle, se concrétise en un objet, se fixe dans un enregistrement ou un autre support? Quel que soit le point de vue qu'on préfère, on ne pourra pas en déduire que tous les services matérialisés sont soumis au contrat d'entreprise. Exemple: le mémoire de recours rédigé par l'avocat ne soumet pas ses relations avec son mandant au contrat d'entreprise.

[82] Cf. GAUCH, Der Werkvertrag, pp. 10–13.

Cette controverse ne peut donc livrer un critère de distinction général. Elle pourrait tout au plus permettre d'exclure l'application des règles sur le contrat d'entreprise pour les prestations immatérielles[83]. La belle formule de GIERKE – l'entrepreneur doit un certain ouvrage *(«Werk»)*, le mandataire doit une certaine activité *(«wirken»)*[84] – fascine les juristes, mais comme il est peu de *«wirken»* sans la volonté d'aboutir à un *«Werk»* au sens large, à un résultat, elle pose en somme un critère *tendenciel:* selon l'accent plus ou moins fort que les parties mettent sur le *cheminement des opérations* ou leur *résultat*, on appliquera les règles sur le mandat ou celles sur le contrat d'entreprise. Or, dégager des «tendances», mettre des «accents», c'est une tâche déjà délicate dans un cas particulier, mais arbitraire lorsqu'on la généralise à tout un type de transactions. La combinaison d'éléments matériels et immatériels qu'on rencontre à tous les stades des opérations de service explique donc que l'unanimité ne se soit pas faite autour de la jurisprudence fédérale, mieux(!): qu'elle ne puisse pas se faire à l'avenir.

Toutefois, il est plusieurs points incontestés.

Chapitre deuxième: les points certains

De nombreux contrats de service ont reçu une qualification certaine. Les énumérer permettra de ramener l'immense champ des opérations de service à des dimensions plus accessibles à la réflexion juridique.

A. Les contrats de mandat

1. Les professions libérales

Par tradition, les professions libérales sont soumises aux règles du contrat de mandat[85]. La source historique de cette qualifica-

[83] Voir ci-dessous texte à n. 184 ss.

[84] O. v. GIERKE, Deutsches Privatrecht, vol. 3, Munich et Leipzig 1917, p. 592.

[85] Cf. J. PEYER, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, thèse Zurich 1974, p. 70. Pour la littérature ancienne: HAFNER, Zürcher Kommentar, 2e éd. 1898, N. 2 ad Art. 392 aCO (les professions libérales travaillent au bénéfice des dispositions sur le contrat de service, en vertu de l'art. 348 aCO); *contra:* R. SUTER, Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht, thèse Berne 1904, pp. 20–21 (les professions libérales contractent sur la base du mandat).

tion se trouve dans les anciennes conceptions sociales romaines, qui distinguaient les «operae liberales» et les «operae illiberales». Le jeune avocat à l'aube du jour où il va s'adresser pour la première fois au public – et aux juges – ne frémit pas d'attente parce qu'il entre dans une profession lucrative, mais parce que sa valeur civique sera mise à l'épreuve [86]. De même, l'augure qui mesure un champ accomplit une tâche sacerdotale, tandis que le peintre ornant un triclinium travaille au titre de la «locatio conductio operis» [87].

Le droit suisse s'est détourné de certaines des conséquences juridiques de cette division fondamentale des tâches, et d'abord du principe de l'*indépendance* du mandataire et de la *gratuité* des services qu'il rend.

Ainsi, le Code fédéral des obligations de 1881 soumettait l'exercice des professions libérales aux règles du contrat de service (art. 348 aCO). Cette catégorie des contrats de service était plus large que le contrat de service du Code de 1911 et que le contrat de travail qui a pris sa place en 1971; le Tribunal fédéral a pu y ranger divers contrats qui ne rentraient pas dans une autre catégorie de contrats nommés [88]. Du fait même, le principe de la gratuité du mandat était abandonné, tandis que le *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 allait le réaffirmer. La différence entre le droit suisse et le droit allemand sur ce point rend presque inutile la comparaison entre les qualifications données à certains services de part et d'autre du Rhin [89].

En 1911, le Code des obligations a maintenu le principe que les travaux «qui supposent une culture scientifique ou artistique

[86] Cf. N. ROULAND, Les lauriers de cendre, (Paris) 1984, pp. 75 ss.

[87] Cf. MUSTAFA, pp. 22–23 n. 7.

[88] Cf. ATF 16, pp. 406–407; 23, p. 220; 26 II 598 (transmission d'une invention ou d'un procédé secret). L'architecte était censé exercer une activité libérale soumise aux règles sur le louage de service (ATF 19, à p. 833; 20, à p. 200 [et non pas contrat d'entreprise]; 21, à p. 1066 [rejette la qualification comme contrat mixte!]; 23, à p. 231 [pas un mandat]; 24 II 384, etc.). HATNER cité ci-dessus n. 85.

[89] Le § 675 BGB rend cependant applicables certaines règles du mandat aux contrats onéreux qui obligent à gérer les affaires d'autrui ou à lui rendre des services («Geschäftsbesorgungsvertrag»), mais pas le § 671 BGB sur la résiliation du contrat. Du point de vue historique, il est intéressant de noter que le premier projet de BGB avait suivi le Code fédéral des obligations, en ce qui concerne les contrats de service et de mandat. SUTER, p. 23 n. 6 et pp. 6–8.

spéciale...» peuvent tomber sous le coup des règles du contrat de service[90]. L'indépendance n'allait plus de pair avec l'exercice des arts libéraux.

Mais ce que le législateur ne pouvait pas faire et ne voulait d'ailleurs pas faire, la tournure prudente de l'art. 394 al. 3 CO le prouve, c'est abolir le consensus social qui fait des professions libérales des professions différentes, fondées sur une responsabilité humaine accrue, une confiance plus marquée et, en général, une indépendance plus sourcilleuse. Le médecin, l'avocat, le banquier, l'architecte sont donc des mandataires. A ce titre, ils sont d'ailleurs soumis à un statut juridique plus strict, qui se remarque en particulier dans les règles sur l'acceptation du mandat (art. 395 CO), l'obligation d'exécuter personnellement le mandat (art. 398 al. 3 CO), la reddition de compte (art. 400 CO) et surtout, la *révocation* en tout temps (art. 404 al. 1 CO). Un devoir de diligence accru s'impose en général aux membres des professions libérales[91]. Pour prendre un autre exemple, le créancier d'une prestation due par l'un d'eux serait dispensé de l'interpeller lorsque seul celui-ci peut savoir quand il doit s'exécuter; le médecin ou l'avocat ne pourrait exciper du défaut d'interpellation selon l'art. 102 CO[92].

Indépendant, le mandataire l'est d'abord par sa position sociale, puis – dans l'esprit des juristes – par sa situation financière. Aussi n'a-t-il pas le droit d'obtenir le versement de tout le prix convenu pour ses services, en cas de révocation du mandat[93]. Personne ne s'étonne, en revanche, que le musicien de cabaret soit complètement indemnisé si le contrat qui l'engage est résilié par le tenancier[94]. Il va de soi qu'un juriste élevé dans

[90] Art. 361 dans sa version antérieure à la révision de 1971, art. 348 dans le Code de 1881.

[91] JdT 1982, III, à p. 51; RSJ 1981, p. 28 n. 6. Cf. RÜEGG, p. 115, A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 3e éd., Berne 1978, p. 349. J. PEYER, pp. 62 ss. Signalons le cas exceptionnel du mandat rendu par un professionnel mais à titre gratuit; il ne devrait pas de dommages-intérêts en cas de faute légère: ATF 63 II 244.

[92] Voir J. CUENDET, La faute contractuelle et ses effets, thèse Lausanne 1971, p. 48; ENGEL (citant VON TUHR), p. 465.

[93] Ceci paraît naturel à BUCHER (RDS 1983, II, p. 326) pour celui qui se prépare à délivrer une consultation juridique, comme à TERCIER (DC 1979/1, p. 9) pour l'architecte. De même en France, les juges se reconnaissaient le pouvoir de réduire les honoraires du mandataire, non ceux du loueur d'ouvrage, c'est-à-dire de l'entrepreneur. MUSTAFA, pp. 39–40.

[94] Cf. SJ 1961, pp. 167–169 (TF).

le dogme de l'égalité devant la loi n'avouera guère (et jamais dans un jugement) que seule sa *«Weltanschauung»* justifie pareille différence.

Mais on conviendra que le mandataire professionnel – le chirurgien, l'avocat, le banquier – ne pourrait pas invoquer en sa faveur la nécessité de «protéger le plus faible»[95]. L'artiste de cabaret si.

A notre avis, les problèmes des contrats de service ont donc leur source dans le défaut de consensus social sur la position sociale des opérateurs de service. Le fournisseur de logiciel, le conseil d'entreprise, l'agent de voyages exercent-ils une profession libérale? Ou bien a-t-on affaire à des entrepreneurs d'un nouveau type?

On voit que les raisonnements juridiques habituels ne peuvent apporter aucune réponse à cette question. Les études sociologiques seraient plus utiles. On peut toutefois douter qu'elles fassent apparaître déjà une opinion unanime. Les professions libérales existent en effet depuis deux millénaires, mais bon nombre des autres professions de service sont récentes. On suivra tout de même avec intérêt le sort des propositions de M. TERCIER à propos des organisateurs de voyages[96]: le législateur va-t-il réglementer une nouvelle forme de contrat de service? S'il le fait, va-t-il renforcer l'indépendance des organisateurs de voyage et le caractère personnel de leurs services, ou les assimilera-t-il aux entrepreneurs traditionnels? De même, les discussions sur la protection des logiciels et des chips, ainsi que sur le droit d'auteur quant aux œuvres commandées pourraient s'avérer instructives.

En attendant que les travaux législatifs dégagent d'improbables consensus sur les activités de service, recensons rapidement les qualifications entreprises par nos tribunaux et nos auteurs.

[95] Cf. en général E. VON HIPPEL, Der Schutz des Schwächeren, Tübingen 1982, pp. 2 ss; A. STAEHELIN, Der Schutz der schwächeren Vertragspartei, BJM 1978, pp. 1 ss; PEYER, p. 72, souligne que le mandataire n'a pas besoin de normes protectrices. Par exemple, le mandataire ne peut invoquer que son client lui a signalé tardivement les défauts de son travail, ce que peut faire l'entrepreneur (art. 370 al. 3 CO). Voir des exemples frappants *in* RVJ 1969, pp. 32–33 et *in* ATF 109 II 457 c. 5 (clause insolite); à l'inverse, dans un contrat de vente, ATF 109 II 213.

[96] Avis de droit de 1984 (non publié), pp. 198 ss. Le texte de la Novelle proposée est reproduit en annexe du rapport de M. GIRSBERGER, RDS 1986, II, pp. 102 ss.

2. *Casuistique*

Exercent par exemples: leur profession au bénéfice d'un contrat de mandat lorsqu'ils sont indépendant

- l'avocat[97]
- le notaire[98]
- l'agent de brevets, le conseil en propriété intellectuelle, et l'agent d'affaires[99]
- le médecin[100]
- l'ingénieur[101]
- l'administrateur de société[102] et l'expert indépendant au sens de l'art. 723 CO[103]
- l'organe de contrôle[104]
- la fiduciaire qui exécute des travaux de comptabilité[105]
- le banquier (lorsqu'il ne s'agit pas d'un autre contrat, par exemple de dépôt selon les art. 472 ss CO, ou de commission selon les art. 425 ss CO, de prêt selon les art. 312 ss CO, d'assignation selon les art. 461 ss CO, etc.)[106]
- le gérant de fortune[107]
- l'arbitre[108]

[97] ATF 87 II 364 (inobservation d'un délai pour intenter action); 91 II 438 (avocat qui conduit des pourparlers en vue d'une transaction); RSJ 1945, p. 107 n° 63; RSJ 1981, p. 287 n° 43 (7).

[98] La responsabilité du notaire peut cependant relever du droit public cantonal ou des art. 41 ss CO: ATF 90 II 274; 93 II 239. Voir D. PIOTET, pp. 185 ss.

[99] F. KNOEPFLER et J. GUINAND, FJS 327, p. 10.

[100] ATF 110 II 375 (médecin-dentiste); 105 II 284 (chirurgien); 93 II 19 (vétérinaire); 61 II 111; BlZR 1986, p. 144 n° 57 (dentiste); RSJ 1949, p. 45 n° 17; RSJ 1956, p. 344 n° 156; RSJ 1961, p. 252 n° 101 (dentiste); RSJ 1983, p. 310 n° 53 et p. 376 n° 65; JdT 1982 III 51.

[101] RSJ 1946, p. 187 n° 73; RSJ 1932/33, p. 184 n° 33.

[102] ATF 75 II 153; BlZR 1959, n° 70, pp. 184–185; BlZR 1943, p. 230 n° 76; SAS 1966, p. 242; SAS 1962/63, pp. 288 ss.

[103] F. CARRARD, pp. 57 ss. Voir aussi A. HIRSCH, L'organe de contrôle dans la société anonyme, thèse Genève, 1965, pp. 52–53.

[104] SAS 1967, pp. 50 ss.

[105] SJ 1977, p. 170. Voir cependant note 135 ci-dessous.

[106] ATF 110 II 183 et 283; 106 I b 150; 101 II 121; 94 II 167 et 313 (compte joint); 63 II 240; 59 II 245 (commission); SJ 1984, p. 567 (encaissement documentaire); SJ 1981, p. 476; RSJ 1959, p. 225 n° 78 (encaissement par abonnement); RSJ 1958, p. 90 n° 46 (ordre en bourse).

[107] ATF 91 II 447; cf. cependant SJ 1979, pp. 693 ss, à p. 701 (sous l'angle de l'art. 401 CO, pas de mandat en l'espèce).

[108] RSJ 1978, p. 59 n° 18. Indécis: SJ 1984, p. 391.

- l'enseignant, mais pas nécessairement celui qui exploite une école privée ou un internat[109]
- l'exécuteur testamentaire[110].

B. Les contrats d'entreprise

1. Les entrepreneurs

En droit commercial, est une entreprise «toute activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier» (art. 52 al. 3 ORC), pourvu qu'elle soit «organisée et destinée à durer», et qu'elle «atteigne un certain chiffre d'affaires et exige, par sa nature et son importance, la forme commerciale»[111]. Y a-t-il un rapport entre cette notion de l'entreprise et le contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO?

Dans un arrêt significatif, le Tribunal fédéral a jugé que la conclusion ou la continuation d'un contrat d'entreprise suppose que l'entrepreneur possède une entreprise[112]. Les juges fédéraux rejoignent ainsi la tradition romaniste: n'étaient pas *«opera»* au sens juridique du terme (par exemple dans l'expression *«locatio conductio operis»,* c'est-à-dire le contrat d'entreprise) les services rendus par les hommes libres pratiquant une profession libérale[113], tandis que les entrepreneurs (les peintres, par exemple, à l'époque romaine) exercent une activité matérielle qui suppose une certaine infrastructure. Tout ceci n'a plus guère d'importance dans l'exercice des professions modernes. Le radiologue ou le géomètre exerce une profession libérale, et il a pourtant besoin d'une certaine infrastructure. Cependant, dans la liste des services qui constituent sans aucun doute des contrats d'entreprise, on ne trouvera guère de profession qui s'exerce sans l'organisation et l'installation qui caractérise l'«entreprise» au sens du droit commercial. En revanche,

[109] ATF 111 II 101; SJ 1980, p. 398; RSJ 1970, p. 8 nº 1; RSJ 1966, p. 304 nº 172; RSJ 1968, p. 24 nº 6; RSJ 1964, p. 253 nº 173 (contrat *sui generis*); SJ 1953, p. 366; SJ 1966, p. 513; RSJ 1972, p. 173 nº 71; RSJ 1976, p. 360 nº 111. *Contra*, pour l'*organisateur* de l'enseignement; RSJ 1964, p. 253 nº 173. Voir ci-dessous n. 196 ss. Cf. les arrêts cités par M. BÜHLER, pp. 254–255.

[110] SJ 1976, pp. 193 ss à p. 200 (du moins sa responsabilité s'apprécie selon la règle de l'art. 398 al. 2 CO).

[111] ATF 80 I 384.

[112] ATF 103 II 52. Voir cependant SJ 1981, pp. 520–521.

[113] A. BERNARD, La rémunération des professions libérales en droit romain classique, Paris 1935, pp. 118–119 (cité par MUSTAFA, p. 24).

les services dont la qualification comme contrat d'entreprise est controversée (accompagnateur de musique ou traducteur, par exemple)[114] se trouvent souvent être ceux pour lesquels nulle infrastructure, nulle organisation particulière du travail n'est indispensable.

La jurisprudence fédérale a peut-être raison d'exiger que l'entrepreneur ait une entreprise pour exécuter en personne les obligations qui découlent du contrat d'entreprise (art. 364 al. 2 CO). En revanche, lorsqu'il s'agit de distinguer le contrat de mandat et le contrat d'entreprise, ce critère est trop secondaire pour exclure l'application des règles des articles 363 ss CO à certaines activités[115]. De surcroît, les définitions développées dans la jurisprudence à propos des art. 934 CO et 52 ss ORC n'auraient dans ce cadre qu'une valeur exemplaire. Il s'agit, pour le juge, de savoir si le contrat conclu est valable, s'il est susceptible d'exécution personnelle, s'il peut être résilié et quelles en sont les conséquences, ce qui suppose sa qualification, du moins selon l'opinion traditionnelle, et non l'existence d'une «entreprise» fournissant des services.

Il reste donc à déterminer ce qui fait d'un service un «ouvrage» au sens de l'art. 363 CO. A cet égard, l'unanimité ne règne pas. Cependant, le désaccord ne porte en somme que sur les ouvrages immatériels, ou ceux dont la conformité ne se laisse pas apprécier par le juge[116]. Or, les objets matériels étaient en 1881 les seuls ouvrages visés par les règles sur le contrat d'entreprise du Code fédéral des obligations[117]. On retrouve donc un ouvrage matériel au centre de tous les contrats dont la qualification comme contrat d'entreprise est incontestée aujourd'hui encore.

[114] Accompagnateur de musique: contrat d'entreprise (PEDRAZZINI, p. 504 n. 26; *contra:* GAUCH, n° 42). Traducteur: contrat d'entreprise selon RSJB 54 (1918), pp. 462 ss; contrat d'édition selon SJ 1979, p. 325. La décision bernoise est criticable dans la mesure où une traduction est protégée par le droit d'auteur, voir DESSEMONTET, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, *in* Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, pp. 506–507, et ci-dessous texte à n. 176 et 373 ss.

[115] Voir SJ 1921, pp. 236–237.

[116] Voir ci-dessous texte à n. 355–356.

[117] H.-P. FRIEDRICH, Fragen aus dem Auftragsrecht, RSJB 91 (1955), pp. 452–453; MUSTAFA, pp. 70 ss, avec citations des auteurs de l'époque.

2. *Casuistique*

Font incontestablement l'objet d'un contrat d'entreprise les services suivants:

- construction d'un bâtiment, même selon un contrat d'entreprise globale [118]
- construction de machines et installations en tous genres [119]
- vente de choses qui doivent être confectionnées selon les instructions de l'acheteur [120]
- ouvrages de génie civil [121]
- éléments préfabriqués [122]
- réparation d'objets mobiliers ou d'immeubles [123]
- un certain nombre de travaux non créatifs: éclairage et chauffage [124], impression d'une publication [125], copie d'un tableau, mensurations d'un géomètre [126], manucure, confection de vêtements sur mesure [127], clichés publicitaires [128], traitement de vignes [129], entretien d'un cimetière [130], dépôt d'ordures ou de rebuts [131].

C. Les contrats sui generis

Un certain nombre de contrats innommés ou *sui generis* sont unanimement reconnus. Il n'est pas utile de distinguer ici entre

[118] ATF 107 II 438; 105 II 99; 98 II 113; 97 II 66; 97 II 350; 96 II 192; 94 II 161; 93 II 315 c. 3; 89 II 232 (bâtiments); 93 II 317 (piscine).

[119] ATF 111 II 170 (montage d'une grue; *contra:* 92 II 234 [il s'agit d'un mandat]); 98 II 299; 94 II 157; 93 II 272; 77 II 267; 29 II 45.

[120] SJ 1979, p. 403; RSJ 1984, p. 359 n° 61 (taille de pierre à la main); ATF 105 II 267: la vente de choses qui ne sont pas spécialement destinées à l'acheteur ne constitue pas un contrat d'entreprise.

[121] ATF 104 II 314 (tronçon d'une route nationale); 102 II 413 (canalisation); 58 II 421 (aérodrome); 52 II 437 (pont).

[122] ATF 102 II 81 (balcons préfabriqués).

[123] JdT 1954 I 586 (transformation d'un immeuble); ATF 93 II 242 (restauration d'une façade); 107 II 173 (isolation d'un toit); 107 III 106 (isolation d'une chambre); 59 II 63 (réparation d'une automobile).

[124] ATF 109 II 38; 83 II 529; 76 II 107 c. 5; 53 II 238; 48 II 370 c. 2. Cette qualification est contestée par GAUCH, n° 28; admise par BUCHER, Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich, 2e éd. 1983, p. 138.

[125] ATF 48 II 124; voir aussi RB App. AR 1945/46 n° 5.

[126] ATF 109 II 34; JAAC 1980, n° 17 p. 62.

[127] RSJ 1923/24, p. 149 n° 106 (habits masculins); RSJ 1908/09, p. 9 n° 7 («toilette de dame»)

[128] RSJ 1975, p. 27 n° 15; BJM 1975, p.193.

[129] RVJ 1969, pp. 29 ss. Mais il peut aussi s'agir d'un contrat de travail: ATF 107 II 430.

[130] ATF 73 I 420 (en l'espèce, les travaux constituaient un emploi régulier selon les art. 319 ss CO).

[131] Voir ATF 107 II 413 c. 3 et 7; BlZR 1984, p. 218 n° 89.

contrats mixtes et contrats *sui generis*. De plus, il existe certains contrats *sui generis* qui ne portent pas sur des prestations de service (exemples: leasing, transaction judiciaire, concordat, licence de brevet ou de marque sans obligations accessoires).

Les contrats *sui generis* qui comportent des prestations de service sont souvent des contrats d'une certaine durée ou d'une longue durée, pour lesquels l'application de l'article 404 CO sur la possibilité de révoquer le mandat en tout temps ne paraît correspondre ni à l'intention des parties, ni aux besoins de la pratique. En d'autres termes, on veut qu'un contrat soit *sui generis* lorsqu'on ne veut pas appliquer l'article 404 CO [132]. Ceci ne correspond guère à la méthode traditionnelle, dans laquelle la qualification d'une transaction se faisait en recherchant si les éléments essentiels de la définition légale d'un contrat nommé *(essentialia negotii)* se retrouvent dans l'opération en cause. La réaction des praticiens n'illustre pas non plus les méthodologies plus modernes de M. SCHLUEP [133] ou de M. BUCHER [134], pour lesquels une qualification de principe n'entraîne pas nécessairement l'application de toutes les dispositions du chapitre du Code des obligations en question. Nous y reviendrons plus loin, à diverses reprises.

Constituent des contrats *sui generis* ou mixtes, par exemple:

- la tenue de la comptabilité par abonnement [135]
- la licence avec prestations positives du donneur ou du preneur [136]
- la concession commerciale, éventuellement exclusive [137]
- l'organisation de voyage [138]

[132] Voir FRIEDRICH, RSJB 91 (1955), pp. 453–454, qui cite comme exemple les considérants de l'arrêt publié aux BlZR 1952, n° 78 p. 135 (2e colonne). Voir aussi MUSTAFA, pp. 9–10; J. PEYER, p. 79, citant d'autres arrêts et les auteurs relatifs au contrat d'agence avant la Novelle de 1949.

[133] Voir Schweiz. Privatrecht, t. VII/2, pp. 792 ss.

[134] RDS 1983, II, pp. 321 ss. Voir ci-dessous texte à n. 221.

[135] RSJ 1949, p. 44 n° 14 (appliquant néanmoins l'art. 404 CO); SJ 1955, p. 529 = RSJ 1956, p. 198 n° 111 refusant le caractère impératif de l'art. 404 al. 1. Voir cependant SJ 1977, p. 170 et RSJB 113 (1977), pp. 415–416 (mandat); BlZR 1982, p. 139 n° 55 (prescription pour les honoraires de la fiduciaire).

[136] ATF 92 II 299; SJ 1970, p. 616 (TF).

[137] ATF 107 II 217; 100 II 450; 88 II 328; RSJ 1984, p. 322 n° 58.

[138] SJ 1982, p. 577; RSJ 1983, p. 341 n° 57; ATF 111 II 270 (les circonstances du cas particulier, examinées du point de vue du client, déterminent si l'on se trouve en présence d'un contrat *sui generis* d'organisation de voyage ou d'un mandat d'intermédiaire de voyage). Pour le mandat d'intermédiaire: RSJ 1982, p. 345 n° 59.

- la franchise[139]
- le factoring[140]
- l'hôtellerie et la restauration[141]
- la location d'automates et machines à sous avec service[142]
- le contrat de placement en banque, peut-être[143].

Pour ces contrats, la qualification ne consitue donc plus un problème épineux qui se poserait dans chaque litige. Il en va autrement pour divers contrats de service, comme nous pouvons le constater maintenant.

Chapitre troisième: Les points incertains

On admet en général que le contrat d'entreprise régit les contrats qui obligent le débiteur de la prestation caractéristique à atteindre un certain *résultat,* tandis que les règles sur le mandat s'appliquent aux contrats qui l'obligent à déployer une certaine *activité.*

Ce principe est juste, mais il ne met pas un terme aux controverses. D'abord, il s'agit de définir la notion de *résultat* et celle d'*activité*. Ensuite, il convient de circonscrire les exceptions qui, sans l'infirmer, limitent sa portée. Enfin, il faut replacer ce principe dans une perspective plus large, car l'objet du contrat n'est en somme qu'une de ses caractéristiques, parmi d'autres qui sont tout aussi importantes: rapports de *confiance* entre les parties, *responsabilité* du débiteur des services, fardeau des *risques, dénonciation* du contrat.

Mises à part ces considérations traditionnelles en fait de qualification, les contrats de service suscitent des questions de méthode: convient-il de qualifier un contrat à l'encontre de la volonté explicite des parties, qui peuvent avoir donné une dénomination précise à leur accord, ou s'être ralliées implicitement à l'application des règles sur tel contrat? Convient-il d'ailleurs d'opérer la qualification selon les *essentialia negotii,* ou selon les conséquences juridiques souhaitées? Enfin, la jurisprudence est-elle en mesure de régler les incertitudes actuelles, ou le législateur doit-il intervenir?

[139] TH. DE HALLER, p. 60.
[140] BlZR 1986, p. 83 n° 15.
[141] ATF 108 II 452; 71 II 114.
[142] RSJ 1973, p. 226 n° 95; cf. aussi ATF 110 II 474.
[143] ATF 101 II 121; 101 I b 424 c. 2 a (placement collectif). Voir aussi ATF 91 II 442 (mandat); SJ 1979, pp. 693 ss à p. 701 (TF). Pour TH. STAEHELIN, Die Treuhandanlage, thèse Bâle 1973 (dact.), pp. 53 ss, il s'agit d'un mandat.

Pour gagner une idée plus précise de la portée de ces questions, passons tout d'abord en revue quelques contrats courants dont la qualification et le régime juridique sont controversés.

1. Le contrat d'architecte

a) Selon la *jurisprudence* traditionnelle du Tribunal fédéral, le contrat passé avec un architecte est en principe un contrat de mandat lorsqu'il met à la charge de l'architecte non seulement l'établissement d'un projet, mais encore la direction des travaux et les activités qui y sont liées[144]. En revanche, le contrat d'étude, passé en vue d'établir un avant-projet ou un projet, a longtemps été soumis aux règles valables pour le contrat d'entreprise[145]. En 1972, le Tribunal fédéral a modifié une première fois sa jurisprudence, pour soumettre tous les contrats d'architecte à la réglementation du mandat[146]. En 1983, les juges de Mon-Repos sont revenus à la conception qui prévalait jusqu'en 1972[147]. Toutefois, ils ont d'abord qualifié de *contrat mixte* le contrat d'architecte qui inclut à la fois l'établissement d'un projet et la direction des travaux[148], pour revenir ensuite à l'application unique des règles du mandat[149].

b) La *doctrine* est, semble-t-il, unanime à considérer comme un mandat la direction des travaux, la préparation et l'étude des soumissions, la coordination entre les maîtres d'état, la surveillance du chantier, l'examen de la construction une fois qu'elle est achevée[150]. En revanche, les avis sont partagés à propos du contrat qui inclut à la fois la préparation d'un projet et la direction des travaux, bien que la plupart des auteurs admettent aussi que le contrat d'architecte global est un mandat[151].

[144] ATF 63 II 176; 89 II 406; 93 II 313.
[145] ATF 63 II 176; ATF 64 II 10. Voir, pour la jurisprudence cantonale, par ex. RSJB 57 (1921), p. 91.
[146] ATF 98 II 305; SJ 1978, pp. 392-393 (TF).
[147] ATF 109 II 465.
[148] ATF 109 II 466.
[149] Voir Praxis 1985, p. 519, considérant 2 non publié aux ATF 111 II 72.
[150] Voir par ex. GAUCH, n° 50–51; GAUTSCHI, N. 43a ad Art. 394 CO; JÄGGI, RSJ 1973, p. 305.
[151] GAUCH, n° 54–55; GAUTSCHI, N. 43a ad Art. 394 CO; PEDRAZZINI, pp. 506–507; J.-F. PERRIN, Le contrat d'architecte, Genève 1970, pp. 30 ss; PH. ABRAVANEL, *in* P. Gauch/P. Tercier, éd., Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, p. 36; *contra* JÄGGI, RSJ 1973, p. 305; SCHLUEP, p. 905 (contrat mixte).

Par contre, les camps sont également fournis de ceux qui voient dans le contrat d'étude un contrat de mandat[152] et de ceux qui y voient un contrat d'entreprise[153].

En somme, trois sortes d'arguments sont invoqués. L'on discute si l'architecte qui prépare un projet est soumis à une obligation de moyens ou de résultat. On se demande ensuite si une obligation de résultat est concevable pour une prestation artistique et originale. On évoque enfin les particularités du métier d'architecte, qui exerce certes une profession libérale, mais avec une infrastructure telle que la révocation du mandat selon l'article 404 CO ne paraît pas heureuse lorsque le mandat porte sur l'établissement d'un projet.

Il ne s'agit pas encore de soutenir une thèse plutôt qu'une autre. Constatons simplement que la méthode dialectique qui procède à la fois par antithèse et par arguments d'opportunité n'a pas permis d'obtenir un consensus, mais que le désaccord véritable est limité à un contrat exceptionnel dans la pratique, le contrat d'étude. Les autres divergences de vues sur le contrat d'architecte global ne portent guère à conséquence, puisque les règles sur le mandat vont s'appliquer, du moins dans leur majeure partie (dans la perspective du contrat mixte) ou même en totalité (selon la jurisprudence antérieure à 1983 et postérieure à 1985). D'ailleurs, même si les règles sur le contrat de mandat s'appliquent théoriquement dans leur ensemble, il convient de réserver la liberté des parties et même, si l'on est en présence d'un contrat atypique, celle du juge qui peut écarter l'application de certaines dispositions peu convenables. En effet, on n'admet plus aujourd'hui qu'à une qualification donnée corresponde nécessairement l'application automatique et aveugle de toutes les normes du Code des obligations sur le contrat en question[154].

[152] GAUTSCHI, N. 43a ad Art. 394; ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, pp. 36 ss et JdT 1984, I, pp. 463–464; PERRIN, pp. 30 ss; PEDRAZZINI, p. 506; K. REBER, Rechtshandbuch für Bauunternehmer, Bauherr, Architekt und Bauingenieur, 4e éd., Dietikon 1983, pp. 244 ss; SCHUMACHER, *in* Le droit de l'architecte, p. 111 nos 370 ss, et RSJ 1986, pp. 381 ss; U. HESS, pp. 21–23; DESSEMONTET, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, pp. 505 ss.

[153] GAUCH, Der Werkvertrag, nos 46 ss et Le droit de l'architecte, pp. 11–12; B. VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zurich 1972, pp. 143–144, n. 69; JÄGGI, p. 305; SCHLUEP, p. 904; BECKER, N. 5 ad Art. 363 CO; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 19 ad Art. 363 CO.

[154] Cf. pour tous SCHLUEP, pp. 792 ss; BUCHER, Besonderer Teil, p. 16; ATF 63 II 180; 109 II 462. Voir aussi texte à n. 221.

2. *Le conseil d'entreprise*

L'activité du *conseil d'entreprise* est-elle un contrat de mandat comme le considère le Tribunal fédéral[155], ou un contrat *sui generis* comme le soutient l'auteur d'une récente thèse[156]? Qu'on puisse poser la question montre à quel point les juristes se sont détournés du mandat, qui représentait naguère la forme naturelle des contrats de service[157]. En effet, le conseil d'entreprise ne s'engage pas à atteindre un certain résultat. Le fait qu'il doive remettre une expertise par écrit semble indifférent, sans rapport avec la qualification – bien que l'auteur de cette thèse évoque la possibilité d'appliquer les règles des art. 363 ss CO pour l'amélioration de la forme de l'expertise!

On rencontre ici l'une des conséquences les plus fâcheuses de l'opposition entre l'*ouvrage* et l'*activité* intellectuelle. La formule binaire de GIERKE ne peut pas s'appliquer par un automatisme de circuit imprimé. Ce n'est pas parce que les réflexions du conseil d'entreprise ou du juriste[158] sont couchées par écrit qu'elles deviennent l'objet approprié des règles sur le contrat d'entreprise. Dans la civilisation occidentale moderne, toute activité intellectuelle un peu soutenue exige une fois ou l'autre le *passage à l'acte* (d'écrire, de dessiner, etc.), c'est-à-dire une mise en forme qui donne son contenu définitif à la pensée, sans pour autant que le manuscrit ou l'esquisse soit comparable à un élément de béton précontraint ou à un autre «ouvrage» matériel.

3. *La consultation juridique et l'expertise*

L'établissement d'un *avis de droit* ou d'une *expertise* est-il un mandat ou un contrat d'entreprise? Selon la jurisprudence[159] et la doctrine traditionnelle[160], la consultation juridique et

[155] ATF 95 I 24; 92 II 168.

[156] H. E. HIRZEL, Management Consulting im schweizerischen Recht: Der Unternehmensberatungsvertrag, thèse Zurich 1984, p. 78.

[157] J. HOFSTETTER parle de «Flucht aus dem Mandat»: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, *in* Schweiz. Privatrecht, t. VII/2, p. 10 (cf. aussi p. 21 n. 31). Voir déjà PEYER, p. 166.

[158] Voir ci-dessous à n. 160 ss.

[159] ATF 101 II 109; 41 II 480; 38 II 148; RSJ 1945, p. 107 n° 63 (activité de l'avocat en général); RSJ 1967, p. 191 n° 91; RSJB 102 (1966), p. 147 (*obiter dictum* dans une cause concernant des plans d'architecte).

[160] GUHL/MERZ/KUMMER, p. 444. OSER/SCHÖNENBERGER, N. 15 ad Art. 363 CO. E. THILO, L'arbitre-expert, JdT 1945, I, p. 232; J. PEYER, pp. 190–193; DÜRR, Der Werkvertrag, 2e éd., Berne 1966, p. 11; RSJ 1932/33, p. 184 n° 33.

l'expertise technique, financière ou comptable sont des mandats. Selon un autre avis[161], il s'agit d'un contrat d'entreprise. Là encore, les uns apprécient globalement la nature du travail attendu de l'expert, une activité indépendante de recherche et d'évaluation qui correspond depuis l'Antiquité au mandat, tandis que d'autres mettent en exergue le fait que l'expertise sera délivrée par écrit, aucun paiement n'étant dû à défaut de la livraison du texte.

De même, la préparation d'un *devis*, lorsqu'elle constitue une opération indépendante, représente-t-elle un mandat ou un contrat d'entreprise[162]?

4. *Le transport de personnes*

Le *transport de personnes* constitue un mandat, selon la doctrine dominante[163], mais la jurisprudence y a vu parfois un contrat d'entreprise[164], et certains auteurs ont soutenu l'idée d'un contrat *sui generis*[165]. En fait, le transport de personnes montre bien qu'un résultat peut être élevé par les parties au rang d'obligation caractéristique du mandat: le chauffeur de taxi, l'entreprise de transport aérien doit transporter le voyageur à un endroit précis. L'organisation du service des transports en commun ne permet cependant pas la révocation en tout temps; la protection des intérêts légitimes du voyageur suppose que ni le voyageur ni le transporteur ne répudient le mandat sans justes

[161] GAUCH, n° 31 et 49: BUCHER, Bes. Teil, p. 140. BlZR 1955, pp. 370–371 n° 183 (expertise psychiatrique).

[162] Mandat: ATF 63 II 177; 58 II 375. ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, p. 41 n° 123; contrat d'entreprise: ATF 109 II 465.

[163] HOFSTETTER, p. 162; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 ad Art. 440 CO; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 497 in fine.

[164] BlZR 1952, p. 134 n° 78. Le transport d'objets de valeur par une légation est un mandat: ATF 47 II 149. Pour le transport de choses, il ne fait aucun doute que, selon l'art. 440 al. 1 CO, les règles du mandat sont applicables à titre subsidiaire, par exemple pour la responsabilité de l'agent de transport lorsque le dommage aux marchandises transportées survient avant leur réexpédition: ATF 88 II 430. Il n'empêche que la jurisprudence a vu un «contrat analogue au contrat d'entreprise» dans la convention par laquelle le voiturier s'engage non seulement à expédier, mais aussi à transporter des marchandises jusqu'au lieu de destination, pour son propre compte et moyennant une rémunération fixe déterminée à l'avance: ATF 44 II 282.

[165] J. FAURE, Fiche juridique suisse 1054, p. 1. Exceptionnellement, il peut s'agir d'un contrat de travail. Voir OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 ad art. 400 CO; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 497 in fine.

motifs[166]. On sait que certaines conditions générales donnent pourtant ce droit au transporteur, et les usages le reconnaissent au passager d'un taxi...

5. *Les soins de médecine et médecine dentaire*

Comme les activités du médecin, les travaux du *médecin-dentiste* font en principe l'objet d'un mandat, mais la jurisprudence admettait autrefois qu'on appliquât les règles du mandat aux «précautions préalables consistant à vérifier l'état des dents et, le cas échéant, à traiter les racines», mais celles du contrat d'entreprise à la fixation des couronnes[167]. A juste titre, le Tribunal fédéral considère maintenant qu'une appréciation globale des services rendus par le médecin-dentiste conduit à soumettre l'ensemble de son intervention aux règles du mandat[168].

D'ailleurs, dans les contrats de mandat traditionnels, les parties veulent parfois atteindre un résultat. Ainsi, le chirurgien qui est consulté pour une intervention simple dont le but est défini, par exemple une opération esthétique, sera responsable s'il n'atteint pas ce but alors qu'il aurait dû l'atteindre en utilisant une technique appropriée[169]. De même, on peut envisager une responsabilité de résultat pour le planning familial[170]. Il n'est donc pas toujours adéquat de définir la responsabilité du médecin en fonction d'une obligation de moyens – ce qui devrait se faire pourtant lorsque le résultat est incertain[171].

On voit encore une fois que la dichotomie *obligation de moyens/obligation de résultat* ne permet guère de cerner la réalité de nombreux contrats, alors même que cette antithèse peut être utile dans l'analyse d'un litige spécifique.

[166] Voir par analogie ATF 109 II 231.

[167] ATF 61 II 111; RSJ 1949, p. 45 n° 17; Rep. 111 (1978), p. 136.

[168] ATF 110 II 375. Voir déjà, dans le même sens, RSJB 118 (1982), p. 523; RSJ 1981, p. 372 n° 56 et RSJ 1983, p. 310 n° 53, confirmé par le Tribunal supérieur de Zurich *in* RSJ 1986, p. 321 n° 51 = BlZR 1986, p. 144 n° 57. Voir aussi GAUCH, n° 41.

[169] RSJ 1956, n° 156 à p. 347: «Si tel était bien le but de cette seconde intervention, il n'a en tout cas pas été atteint... Y. n'a donc pas intégralement exécuté son mandat».

[170] RSJ 1986, p. 47, citant des arrêts allemands: NJW 1980, pp. 1450 et 1452 et NJW 1983, pp. 341 ss (responsabilité rejetée).

[171] ATF 110 II 378.

6. *La commande de logiciel*

La fourniture de *logiciel* peut relever de la vente, lorsqu'un programme tout prêt se trouve sur le marché. Pour les applications spéciales ou les installations particulières, le travail du programmeur constitue en revanche l'un des contrats de service dont la qualification reflète toutes les difficultés de la méthode traditionnelle. En effet, l'activité du programmeur est à la fois créatrice lorsqu'il s'agit d'analyser les besoins et de développer les solutions les plus appropriées, et routinière lorsqu'il faut tester les solutions retenues et les affiner. Quelquefois, surmonter les défauts d'un programme requiert une imagination peu commune, mais une certaine dose d'application suffit pour une bonne partie des commandes de logiciels courants. De surcroît, les parties à une commande de logiciel attendent un résultat, non point seulement une activité. Enfin, ce résultat prend une forme matérielle nécessaire à son exploitation (disquette, bandes, manuels, éventuellement read-only-memory); toutefois, la valeur véritable du logiciel dépend des idées et des solutions adoptées, non pas de leur incorporation sur un support.

On voit à cet exemple que la matérialisation d'un bien intellectuel sera peut-être, à la rigueur, une condition nécessaire, mais ce ne sera jamais une condition suffisante pour décider si ce bien est créé au bénéfice d'un contrat d'entreprise plutôt que de mandat. Bien qu'un examen de la conformité du type, du nombre et du format des supports du logiciel soit possible, cet examen est en somme sans pertinence pour juger si l'obligation qu'avait assurée le programmeur est remplie par leur livraison. En d'autres termes, la fourniture des supports matériels est un premier résultat requis par la convention entre parties, et il est en soi possible d'y appliquer les règles sur la demeure, l'acceptation et l'avis des défauts (art. 367 ss CO)[172]. Cependant, les parties ont voulu encore autre chose que la fourniture des supports matériels; celui qui commande le logiciel va en juger les mérites sur la base des qualités réelles de fonctionnement, qui n'apparaissent qu'à l'usage. Or, à cet égard, les règles du mandat sont propres à laisser à l'utilisateur le temps de faire les expériences nécessaires[173]. D'un autre côté, la possibilité de

[172] D'ailleurs GAUCH, n° 31, range la commande de logiciel dans les contrats d'entreprise.

[173] A. FUCHS, Vertrag über die Entwicklung von Software, *in* EDV-Software/Les logiciels et le droit, publication CEDIDAC n° 4, Lausanne 1986, pp. 51–52.

révoquer en tout temps une commande de programme ne paraît pas constituer une exigence fondamentale de l'équité; du moins, le programmeur est en droit d'attendre des honoraires pour le travail effectué avant une révocation éventuelle et, sauf résiliation en raison de justes motifs, pour l'entier de la commande; la rupture des relations de confiance peut cependant justifier la révocation, que l'on pense par exemple à l'établissement des programmes pour un établissement bancaire et au lien de confiance particulier unissant alors les parties.

7. La commande d'œuvres artistiques, littéraires ou scientifiques

La commande d'*œuvres artistiques, littéraires ou scientifiques* constitue-t-elle un mandat ou un contrat d'entreprise?

La jurisprudence est hésitante. Il a été admis que la préparation du scénario d'un film fait l'objet d'un contrat d'entreprise [174], de même que des clichés publicitaires, des prises de vues pour un film ou des paroles d'accompagnement [175]. On trouve des arrêts en sens contraire [176].

Quant à la doctrine, malgré quelques avis divergents [177], elle considère avec une unanimité impressionnante dans les motifs que l'œuvre littéraire, artistique ou scientifique ne fait pas l'objet d'un contrat d'entreprise, mais bien d'un contrat de mandat ou, le cas échéant, d'un contrat d'édition [178]. Le motif en est que la liberté du créateur s'oppose à ce qu'il soit contraint de livrer un ouvrage quelconque. La protection de sa personnalité impose de lui reconnaître le droit de ne pas laisser son nom être mis en rapport avec une œuvre qui ne le satisfait pas. Par exemple, l'architecte pourrait interdire, dans certaines circons-

[174] BlZR 1964, p. 329 n° 134.

[175] BJM 1975, p. 193 (photos); BlZR 1974, pp. 165 ss n° 67 (film); RJS 1974, p. 143 n° 25 (musique d'accompagnement).

[176] ATF 101 II 102: s'engager à éditer un article fait l'objet d'un contrat d'édition. SJ 1979, p. 325 (contrat d'édition pour la préparation d'une traduction). *Contra:* RSJB 54 (1918), pp. 462 ss (la traduction est l'objet d'un contrat d'entreprise).

[177] GAUCH, n° 31: OSER/SCHÖNENBERGER, N. 4 ad Art. 363 CO; I. CHERPILLOD, Le droit d'auteur en Suisse, publication CEDIDAC n° 3, Lausanne 1986, pp. 84–85.

[178] PEDRAZZINI, p. 504 n. 26 et p. 506; HOFSTETTER, p. 21; GAUTSCHI, N. 63 d ad Art. 394 CO; ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, pp. 37–38; REHBINDER/GROSSENBACHER, Schweizerisches Urhebervertragsrecht, Berne 1979, pp. 24–25. DESSEMONTET, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, pp. 506 ss.

tances, l'utilisation d'un projet qui n'est pas encore réalisé [179]. Assurément, portraits, bustes, plans, maquettes, manuscrits sont des objets matériels [180]. Cependant, leur vraie valeur provient du bien intellectuel qu'ils concrétisent, de l'apport intellectuel ou esthétique de l'auteur. De surcroît, une œuvre doit être originale pour mériter la protection de la propriété intellectuelle. Or, une œuvre qui se distingue par son *individualité* échappe forcément à tout jugement sur sa *conformité*. Seule sa destination, ses dimensions extérieures, le matériel et le prix peuvent être déclarés conformes au contrat. D'ailleurs, comme mandataire, l'auteur de l'œuvre doit veiller aux intérêts de son client, par exemple si l'œuvre est susceptible d'un usage pratique (œuvre d'architecture, œuvre des arts appliqués). Il doit en suivre les instructions (art. 397 CO). Enfin, sa responsabilité ne peut être causale, mais elle suppose une faute – qui est présumée, au demeurant – et cela sera le cas en particulier lorsque les dimensions requises ne sont pas respectées.

8. Les services intellectuels et artistiques

La jurisprudence fédérale est hésitante à propos de la qualification des services intellectuels et artistiques *(«Geist-Werk-Vertrag»)*. Tantôt, elle les soumet au contrat d'entreprise [181], tantôt

[179] H. BEIGEL, Urheberrecht des Architekten, Wiesbaden et Berlin 1984, p. 61.

[180] HOFSTETTER, p. 21 n. 32; ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, p. 38.

[181] SJ 1953, pp. 257 ss (TF) (un récital de violoncelle est un contrat d'entreprise); voir aussi SJ 1961, pp. 161 ss; ATF 59 II 263 (publicité); ATF 70 II 215 (feu d'artifice); ATF 80 II 34 (cinéma). RSJ 1966, p. 329 n° 188 (danseur de cabaret); TF *in* SJ 1961, pp. 161 ss (orchestre ou formation de musiciens). SJ 1938, pp. 217 ss; SJ 1959, pp. 66 ss; RSJ 1944, p. 365 n° 220; JdT 1960 I 92–93; JdT 1966 II 127–128; voir en revanche, pour la qualification comme contrat de travail: ATF 112 II 41; 81 IV 310; 42 II 144; Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1953–1957, Ire partie, pp. 132 ss; BJM 1957, p. 326; SJ 1959, pp. 69 ss et les arrêts cités par G. AUBERT, Quatre cents arrêts sur le contrat de travail, Lausanne 1984, pp. 17–20, spéc. nos. 15, 17 et 18; RVJ 1968, pp. 170 ss; Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden 1974, pp. 21 ss, n° 4; BlZR 1975, p. 201 n° 66 (disc-jockey engagé au bénéfice d'un contrat de travail) et Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de Fribourg 1980, pp. 88–89 (le disc-jockey est-il engagé par contrat de travail ou d'entreprise? Question laissée ouverte); RSJB 113 (1977), p. 414 (danseuse de cabaret). Dans un arrêt isolé, il est question d'un contrat innommé (s'il ne s'agit pas d'un contrat de travail): Thurgovie, *in* RSJ 1981, p. 97 n° 20. Voir aussi DIETER GESSLER, Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, thèse Zurich 1979; BlZR 1985, p. 260 n° 107.

au contrat de mandat [182]. Maintenant, le Tribunal fédéral admet de nouveau le contrat d'entreprise intellectuelle [183].

Trois opinions coexistent dans la doctrine. Quelques auteurs considèrent, comme GAUTSCHI [184], que le contrat de mandat s'applique seul aux services intellectuels et artistiques, car le contrat d'entreprise ne peut avoir pour objet qu'un ouvrage matériel [185]. Pour d'autres auteurs, il n'est pas nécessaire que l'*ouvrage* au sens de l'article 363 CO soit un ouvrage corporel; il suffit qu'un résultat quelconque puisse être promis [186]. Ce résultat doit être un «résultat objectif» [187], c'est-à-dire un *produit*, même incorporel; peu importe qu'il ne prenne pas la forme précise et permanente d'une chose et ne puisse être transféré comme tel. Enfin, une troisième opinion affirme que l'objet des services artistiques ou intellectuels doit se matérialiser, revêtir une forme permanente, par exemple celle d'un écrit, d'un plan, d'une bande d'ordinateur [188].

On retrouve ici la controverse qui entoure l'étude de l'architecte et l'expertise technique ou juridique [189].

Pour nous, le résultat d'une activité peut être matériel ou immatériel. La distinction entre ouvrage matérialisé et ouvrage immatériel est souvent, dans les contrats de service, le fait du hasard. Un client peut consulter un avocat en toute hâte, l'avocat lui délivrera une consultation orale. Ou bien il lui donne un délai, l'avocat lui écrira. La responsabilité est identique – et dans les deux cas, elle se juge sur un *résultat*, l'opinion exprimée par l'avocat après étude diligente de la question. De même, la prestation du musicien ou de l'artiste de variété est identique, qu'on l'enregistre sur bande (vidéo) ou qu'on ne l'enregistre pas. Il ne se justifie pas d'appliquer deux régimes juridiques différents à des prestations identiques en raison de circonstances dues uniquement au hasard. Assurément, les règles du contrat d'entreprise sur la vérification, le refus ou l'améliora-

[182] ATF 98 II 305 (contrat d'architecte).
[183] ATF 109 II 38; 112 II 41.
[184] N. 4 ad Art. 363–379 CO.
[185] H. MERZ, RSJB 110 (1974), pp. 66 ss; HOFSTETTER, p. 21; J. PEYER, *passim*, par ex. p. 33.
[186] JÄGGI, RSJ 1973, pp. 303 ss; DÜRR (1966), pp. 5–6; moins affirmatif: GUHL/MERZ/KUMMER, pp. 444–445. Voir aussi P. ZIMMERMANN, Der Geist-Werkvertrag (thèse Bâle), Bâle et Francfort 1984, p. 37.
[187] OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 ad art. 363 CO.
[188] GAUCH, n° 42; VON BÜREN, pp. 143–144.
[189] Voir ci-dessus texte et notes 152 ss.

tion, enfin l'acceptation (art. 367–370 CO) paraissent plus délicates à mettre en œuvre lorsque l'ouvrage est absolument immatériel [190]. Cependant, difficultés de preuve mises à part, ces règles peuvent trouver application. Le § 646 BGB prévoit d'ailleurs qu'une prestation immatérielle est réputée acceptée par le maître lorsqu'elle est achevée, en particulier sous l'angle de la prescription, de l'exigibilité des honoraires, du fardeau des risques et de la responsabilité du maître.

Or, même si le § 646 BGB n'a pas son équivalent en droit suisse, on se persuadera aisément que notre pratique va dans le même sens:

Soit la prestation n'est pas fournie du tout: l'artiste n'apparaît pas au music hall; alors on peut appliquer les règles sur la demeure du débiteur sans que celui-ci ne s'abrite derrière une résiliation. Nul honoraire n'est dû et, le cas échéant, l'artiste devra des dommages-intérêts. A notre avis, c'est ici le vrai motif de la jurisprudence qui assimile les services rendus en dehors des professions libérales à un contrat d'entreprise [191]. Cependant, la même solution découlerait du droit du mandat [192].

Soit la prestation est fournie: l'artiste apparaît, mais chante mal. Le refus de la prestation ou son amélioration sont exclus, même si l'on applique les règles sur le contrat d'entreprise. Il ne sera pas réengagé et devra peut-être des dommages-intérêts. La solution pratique est identique, sur ce point aussi, à celle qu'on obtiendrait en appliquant les règles sur le mandat.

De surcroît, si l'application des règles sur le contrat d'entreprise aux services intellectuels et artistiques a principalement pour but de soumettre l'artiste défaillant aux règles sur la demeure du débiteur sans qu'il puisse révoquer le contrat, on pourrait arriver au même résultat en reconnaissant que des mandats peuvent être des affaires à terme fixe au sens de l'article 108 ch. 3 CO, ce qui entraînerait le choix pour le mandant entre deux des possibilités de l'article 107: la résiliation avec demande de dommages-intérêts négatifs, ou l'exécution sous forme de dommages-intérêts positifs. La troisième possibilité, soit l'exécution en nature, ne pourra jamais entrer en ligne de compte pour les prestations hautement personnelles dont il est question ici – pas plus si l'on applique les règles du contrat d'entreprise que celles sur le mandat. La doctrine la plus récente

[190] VON BÜREN, pp. 143–144.
[191] ATF 112 II 41.
[192] BlZR 1955, p. 372 nº 183.

admet d'ailleurs l'application des dispositions des articles 107 ss CO au mandat dans la mesure où la prestation principale du mandataire n'a pas été exécutée [193].

9. Le contrat d'enseignement

a) On distingue quatre types principaux d'enseignement:

1. L'enseignement traditionnel de jour, avec ou sans internat;
2. L'école du soir;
3. Les cours par correspondance;
4. La formation professionnelle: cours privés ou collectifs, séminaires, colloques, stages.

L'objet de l'enseignement compte peu. Il s'avère parfois difficile de délimiter exactement ce qui est «enseignement», «activité de loisir», simple raout social. D'ailleurs, l'hétérogénéité des systèmes et des buts de l'enseignement impose un examen spécialement attentif des intérêts en présence dans un cas d'espèce: les intérêts de l'élève, mais aussi ceux de l'enseignant et de l'organisateur des cours.

b) A Rome, l'enseignement a été sans doute le premier type de mandat rétribué [194]. Les enseignants grecs n'avaient pour survivre, comme les professionnels d'aujourd'hui, que leurs dons oratoires, l'ingéniosité de leurs idées, l'étendue de leurs connaissances. Les rhéteurs et les grammairiens figurent donc en tête des professions libérales («ἐλευθερία») auxquelles Ulpien reconnaît le droit de demander un honoraire pour leurs services, avant les géomètres, les médecins et les avocats [195].

[193] HOFSTETTER, p. 71 et note 10. GAUTSCHI, N. 10b ad Art. 397 CO, rejette l'application de l'art. 107 CO pour contraindre le mandataire à s'exécuter. Voir de surcroît la jurisprudence citée n. 304 ci-dessous.

[194] Voir KLARA REBER, Abgrenzung zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag im römischen, schweizerischen und deutschen Recht, thèse Bâle 1972 (dact.), p. 12.

[195] ULPIEN, D. 50, 13, 1 (lib. VIII, de omnibus tribunalibus). Les professeurs de philosophie et de droit ne pouvaient pas réclamer un honoraire!
«§ 4 An et philosophi professorum numero sint? et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere. § 5 Proinde ne iuris quidem civilis professoribus ius dicent; est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio numario non sit aestimanda, nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offeri debuit; quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.» (Cité selon l'éd. Kriegel, Leipzig 1843.)

Dans la société contemporaine, les activités d'enseignement ont pris une ampleur inimaginable. La majeure partie de la population est active dans les services. Or, ceux-ci supposent en général une formation plus approfondie, dans les langues, l'informatique ou les branches commerciales, par exemple. Le «recyclage» devient nécessaire pour les employés des industries en restructuration. De surcroît, la formation permanente se généralise. Le contrat d'enseignement ne concerne donc pas seulement les écoles privées, mais aussi de nombreuses institutions pour adultes.

c) Ce qui est caractéristique dans toutes les formes d'enseignement, c'est le rôle de l'*organisateur* des cours. Sauf pour certains cours privés, le contrat n'unit pas directement l'enseigné et l'enseignant, mais bien l'enseigné et l'organisateur de cours. Or, si les relations entre le maître et son disciple donnaient autrefois l'image la plus parfaite du mandat *intuitu personae* fondé sur l'estime et la confiance réciproques, les relations entre le client et l'organisateur de l'enseignement sont différentes, plus impersonnelles, davantage dans la nature des rapports entre le touriste et l'organisateur de voyages par exemple. Seul un *effet réflexe* permet au client d'invoquer envers l'école la détérioration éventuelle de ses rapports avec l'enseignant.

Dans cette perspective, l'avantage essentiel de l'application des règles sur le mandat au contrat d'enseignement réside dans la possibilité de résilier en tout temps les rapports contractuels sans indication de motif. Tout apprentissage, tout *iter discendi* est d'abord une expérience humaine. Il est donc malaisé souvent, et délicat toujours de sonder les causes d'un échec éventuel – sans parler des difficultés de les établir en justice, d'autant plus grandes qu'en principe l'enseignant n'est partie ni au contrat ni au procès. L'article 404 al. 1 CO est donc approprié dans la plupart des contrats d'enseignement.

d) Dès lors, la plupart des précédents ont admis que le contrat d'enseignement est un mandat [196]. Les contrats d'enseignement

[196] Voir les arrêts cités ci-dessus n. 109. La volonté de protéger le client des services pédagogiques est particulièrement marquée dans les décisions rendues lorsque la révocation du mandat intervient très peu de temps après la signature du contrat. RSJ 1970, p. 57 nº 18; RSJ 1968, p. 24 nº 6; RSJ 1966, p. 304 nº 172. Dans des circonstances différentes: voir RSJ 1972, p. 173 nº 71 (cours de psychologie).

par correspondance peuvent toutefois constituer des ventes par acomptes au sens des articles 226a ss CO, lorsque la vente du matériel de cours représente l'essentiel de la transaction; sinon, le tout est un mandat[197]. Enfin, les contrats d'internat présentent une figure mixte combinant l'hébergement et l'enseignement; on a jugé à bon droit que les aspects relevant du mandat prédominent; l'article 404 CO s'applique dès lors à l'ensemble de l'opération[198]. Les investissements et l'organisation des cours méritent une certaine protection. Nous y reviendrons en proposant une application large de l'*article 404 al. 2 CO*. Cependant, les avantages de l'article 404 al. 1 CO sont évidents. Il protège les consommateurs de services pédagogiques, lutte ainsi contre les méthodes publicitaires abusives, tout en évitant les défauts d'une législation spéciale à propos du droit de repentir après la conclusion du contrat.

10. La cession ou la licence de savoir-faire industriel

a) Objet

Le savoir-faire industriel fait souvent l'objet de cessions ou de licences, à l'instar des ventes ou des licences de brevets. Quant au savoir-faire commercial, il est en général transféré dans le cadre de contrats de franchise, de management ou d'assistance «technique». Mais une autre différence nous contraint de parler séparément des contrats portant sur ces deux types de savoir-faire:

– le savoir-faire *technique* consiste souvent en un procédé secret mis en œuvre selon un ensemble de techniques, auxquelles on peut se fier parce qu'elles sont le fruit de l'expérience[199].

[197] Voir RSJ 1966, p. 13 n° 7; RSJ 1968, p. 54 n° 18; RSJ 1969, p. 95 n° 40; JdT 1968 II 127; SJ 1972, pp. 525 ss; décision non publiée du Bezirksgericht Uster en date du 26 mai 1964, résumée *in* BÜHLER, pp. 143–144. *Contra:* RSJ 1976, p. 360 n° 111: le contrat portant sur la fourniture de matériel d'enseignement est un contrat mixte, non un contrat *sui generis*. L'élément prépondérant est le mandat, l'activité de l'institut étant importante, et d'ailleurs indispensable pour que les élèves parviennent au résultat envisagé.

[198] RSJ 1983, p. 247 n° 44; RSJ 1970, p. 8 n° 1. RSJ 1966, p.42 n° 14, confirmé par le TF.

[199] Cf. RSPIDA 1982, pp. 228 ss: si des techniques transmises sont décrites dans un modèle d'utilité de R. F. A., elles ne sont pas secrètes et l'on ne peut en interdire l'usage au preneur de licence après l'expiration du contrat. Voir également ATF 102 I a 504.

L'*ensemble* est confidentiel, et à ce titre protégé par les normes sur le secret de fabrication du Code pénal (art. 162 et 272 CPS), ainsi que de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale (art. 1er al. 2 litt. f et g, art. 13 litt. f et g LCD [1943]; art. 4c et 6 LCD [1986]). Cette technologie est un *bien intellectuel,* car l'enseignement technique est susceptible d'être appliqué dans une autre entreprise que celle qui le cède ou le donne sous licence. Ce n'est donc pas une aptitude personnelle, inséparable d'un individu ou d'une entreprise.

– en revanche, le savoir-faire *commercial* n'est le plus souvent pleinement transférable qu'au sein d'une chaîne de franchisés ou de filiales exploitant des entreprises identiques ou similaires. Certains des éléments du savoir-faire commercial peuvent être confidentiels, comme les adresses des fournisseurs et leurs conditions. Dans son ensemble, le savoir-faire commercial n'est cependant pas un bien protégé directement par l'ordre juridique suisse, qui admet tout au plus les prohibitions conventionnelles de concurrence dont l'effet indirect est de le protéger (art. 340 al. 2 CO), de même que l'application de la loi sur la concurrence déloyale dans des circonstances précises.

b) Qualification

Le contrat de licence de brevet ou de marque est un contrat *sui generis*. Après avoir hésité à l'assimiler au contrat de bail à ferme, la jurisprudence est désormais bien établie et reconnaît son caractère de contrat «innommé»[200], si l'on peut parler de contrat innommé alors que la Loi fédérale sur les brevets y renvoie à son art. 34, sans le définir d'ailleurs.

Le contrat de savoir-faire industriel constitue également, à notre avis, un contrat *sui generis*[201]. Il ne s'agit pas principalement d'une opération de service, bien que le donneur de licence ou le cédant s'engage souvent à des prestations de service comme la formation des techniciens du preneur, mais de l'autorisation d'accéder à une technique confidentielle et de l'employer, en concurrençant peu ou prou (ou pas du tout) le donneur de licence. Le contrat de savoir-faire s'ordonne donc autour d'un transfert de bien immatériel.

[200] ATF 96 II 156; 92 II 300.

[201] B. V. KOLLER, Der know-how-Vertrag nach schweizerischem Recht..., thèse Zurich 1979, pp. 5 ss; DESSEMONTET, Le contrat de savoir-faire en droit suisse, Journée d'étude LES/SSIC/VSM, Genève 1981, pp. 16–19.

Cette constatation est importante en raison de l'article 394 al. 2 CO:

«Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.»

Lorsque le Tribunal fédéral considérait que cette disposition excluait les contrats de service *sui generis*[202], la licence de savoir-faire n'étant pas un contrat de *service* échappait à cette interprétation restrictive de la jurisprudence, car déjà, notre Haute Cour admettait que les contrats qui ne présentent pas le type d'un contrat de service échappent à l'art. 394 al. 2 CO[203]. La doctrine a donné d'autres exemples de contrat *sui generis* auxquels les règles sur le mandat ne s'appliquent pas[204].

La qualification comme contrat *sui generis* est spécialement opportune du fait de la durée relativement longue des contrats de savoir-faire. Un transfert de technologie s'étend sur plusieurs années, et la collaboration des parties suppose des conditions-cadres qui demeurent longtemps valides.

La possibilité de résilier en tout temps le contrat de savoir-faire ôterait toute confiance aux donneurs. Ils renonceraient donc à conclure (car, sauf pour les firmes d'ingéniérie, les licences sont un à-côté de leur activité principale), ou ils demanderaient de forts versements à l'avance pour se garantir contre toute résiliation. En effet, une fois communiqué sincèrement et entièrement, le savoir-faire ne peut plus être retiré au preneur.

Ajoutons que la possibilité d'une résiliation selon l'article 404 CO serait d'autant plus malheureuse que le droit suisse est souvent choisi comme droit applicable pour des licences internationales[205].

11. Les contrats de recherche

a) La recherche sous contrat est fréquente. En raison des bouleversements technologiques contemporains, les entreprises ne

[202] ATF 98 II 305; 104 II 110; 106 II 159; renversé *in* ATF 109 II 462.

[203] ATF 103 II 104 (application de l'art. 107 CO à un contrat de mise à disposition d'un automate).

[204] Licence de brevet ou de marque, franchise, ingéniérie. Pour les contrats de savoir-faire, voir I. CHERPILLOD, Les droits et obligations des parties au contrat de know-how après l'expiration du contrat en droit suisse, *in* Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisses, Zurich 1986, pp. 175 ss.

[205] DESSEMONTET, Les contrats de licence en droit international privé, *in* Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, p. 449.

disposent pas toujours de l'expérience nécessaire pour poursuivre seules leurs recherches. Elles s'adressent fréquemment à des instituts spécialisés, des Ecoles polytechniques, des Ecoles techniques supérieures, des Universités ou des consultants. Les formes de collaboration entretenues sous l'empire de ces contrats sont variées, allant de la simple consultation occasionnelle ou permanente au subventionnement de recherches déjà entreprises ou au lancement de nouveaux projets axés sur les besoins particuliers du mandant.

b) Une partie de la doctrine admet qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*[206]. A notre avis, la variété des formes que revêtent ces contrats ne permet pas d'en établir le type exact, dont les caractéristiques pourraient être définies avec la précision nécessaire. De plus, le contrat de recherche est toujours un contrat aléatoire, dont le résultat ne peut être promis: trouvera-t-on une invention, un procédé, une solution au problème technique? Cette solution, si on la trouve, sera-t-elle exploitable industriellement?

De fait, la recherche sous contrat est comme le mandat traditionnel du médecin ou de l'avocat une affaire de *confiance* réciproque. Les secrets de fabrication du mandant comme les connaissances encore confidentielles de l'institut mandaté supposent une relation de confiance étroite et durable. Toutefois, cette relation de confiance n'entraîne pas que le mandat soit résiliable en tout temps par l'une des deux parties. En effet, un projet de recherche s'étend forcément sur une période qu'on tente de déterminer à l'avance, de quelques mois ou de quelques années. Une entreprise qui s'est engagée à le subventionner ne peut retirer son appui sans justes motifs, de même qu'un institut ne peut retirer son concours en prétextant des tâches plus urgentes.

A cet exemple comme à celui du contrat de savoir-faire, on voit que l'existence de rapports de confiance réciproques n'entraîne pas nécessairement l'application impérative de

[206] STÖRI, Forschungs- und Entwicklungsverträge, pp. 128 ss (qualification comme contrat d'entreprise seulement pour les contrats de recherche et de développement dans lesquels le chercheur promet un résultat; cf. p. 120). En revanche, pour NEBEL, Les contrats de recherche scientifique, thèse Genève 1973, pp. 75–76, il s'agit de contrats de mandat, sauf cas particulier. Il reconnaît que le caractère impératif de l'art. 404 CO soulève des difficultés particulières dans ce cadre.

l'art. 404 CO. Au contraire, la volonté des parties de coopérer durant un certain temps doit l'emporter sur la disposition légale qui permet la résiliation en tout temps. Il convient néanmoins de réserver le cas de *justes motifs,* qui devraient permettre une résiliation extraordinaire – comme on les trouve en matière de société simple (art. 545 al. 1 ch. 7 CO), de contrat d'agence (art. 418 a ss CO), ou surtout de contrat de travail (art. 337 CO) – une norme qu'on applique par analogie dans de nombreux contrats de durée [207].

12. Les contrats de publicité

a) Les contrats de publicité sont une des figures essentielles de la vie des affaires. Publicité directe, publicité dans les journaux, par affichage, à la télévision ou par les radios privées coûtent souvent aux entreprises le dixième ou plus de leur chiffre d'affaires. Or, à l'exception de la publicité directe simple, la publicité suppose en général la conclusion de plusieurs contrats de service. L'annonceur charge une agence de lui préparer une campagne. L'agence dispose des services de graphistes, de faiseurs de textes, de photographes, auxquels elle est liée par mandat ou contrat de travail. Puis l'insertion des annonces dans les journaux et les revues fait intervenir le fermier d'annonces lorsque les journaux ont affermé leur surface publicitaire, ce qui semble plus fréquent en Suisse romande qu'en Suisse allemande. Parfois, des affiches sont placées sur la voie publique par la Société générale d'affichage ou l'un de ses rares concurrents, après qu'un imprimeur les aura reproduites.

b) Le travail de l'*agence de publicité* est indiscutablement une activité de service [208]. L'agence doit d'ailleurs posséder certaines compétences professionnelles. Elle promet à vrai dire un *résultat,* c'est-à-dire un ensemble de matériels publicitaires utilisables, conformément aux dispositions légales et aux normes techniques en vigueur. Parfois, ce résultat est protégé selon le droit d'auteur [209], parfois il ne l'est pas [210].

[207] ATF 89 II 30 (concession exclusive); 92 II 299 (licence). Voir plus loin n. 226 et 251 ss.

[208] RSJ 1946, p. 344 n° 132 (contrat d'entreprise). Décoration d'une vitrine: SJ 1926, pp. 312 ss (contrat d'entreprise).

[209] DESSEMONTET, La publicité et la propriété intellectuelle, RSJ 1982, pp. 1–3.

[210] RSPIDA 1980, p. 189 (pas de protection pour des lettres de publicité dénuées d'originalité). Voir aussi RSJ 1971, p. 277 n° 126 (protection refusée à une affiche).

A notre avis, le travail de l'agence de publicité n'est pas soumis à l'art. 404 CO. Une fois donné, le mandat de préparer une campagne ne doit pas pouvoir être révoqué par l'annonceur sans justes motifs. De justes motifs pourraient par exemple résider dans la violation du Code international de la publicité ou des Recommandations valables en Suisse[211].

c) Le *contrat d'affermage,* dit-on parfois[212], est un contrat *sui generis,* où les éléments de service n'existent pas indépendamment des droits sur une chose: la surface publicitaire d'un journal ou d'une revue. A notre avis, les règles sur le mandat pourraient toutefois s'appliquer dans les rapports entre le fermier d'annonces et le support publicitaire, par exemple en ce qui concerne la représentation (art. 396 al. 2 CO), le pouvoir de donner des instructions (art. 397), la responsabilité du mandataire qui n'est pas causale (art. 398), l'obligation de rendre compte (art. 400), le remboursement des frais (art. 402), et la fin du contrat en raison de la mort, de l'incapacité ou de la faillite de l'une des parties (art. 405). Seul l'article 404 paraît d'application douteuse. Ceci ne paraît guère justifier la jurisprudence fédérale, déjà ancienne, qui en fait un contrat mixte tenant du bail à ferme et du contrat d'entreprise[213].

d) Le *contrat d'insertion* est d'une qualification moins délicate. La jurisprudence y voit un contrat d'entreprise[214], car il s'agit en somme de faire paraître une annonce dans une certaine publication, parfois à un certain endroit. C'est un résultat matériel qui est promis. Les ordres sont d'ailleurs irrévocables, en général. Le contrat d'affichage constituerait également un contrat d'entreprise[215].

Le problème de la responsabilité pour les défauts ou la non-parution pourrait susciter quelques doutes: la garantie de l'afficheur ou de celui qui insère l'annonce est-elle réellement

[211] Voir une brève présentation *in* DESSEMONTET, Quelques questions actuelles en droit de la publicité, RSJ 1983, pp. 339–340.

[212] H. G. AUER, Der Insertionsvertrag, thèse Zurich 1949, p. 21; ATF 59 II 263. Comparer ATF 32 II 533 et H. NAUER, Der Annoncenpachtvertrag nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1927, pp. 23 ss, spéc. à p. 39 (contrat mixte).

[213] ATF 57 II 162.

[214] ATF 59 II 260; RSJ 1952, p. 160 n° 55; RSJB 81 (1945), p. 240; BJM 1981, p. 335; VAR 1917 n° 46, cité par DÜRR, p. 4; VAR 1944 n° 49. AUER, p. 29, y voit en revanche un mandat.

[215] R. HUG, Das Recht des Plakatanschlages, thèse Zurich 1970, p. 81.

causale (art. 368 al. 1 CO)? Mais cette question est de toutes façons réglée dans les conditions générales, qui limitent souvent les droits de l'annonceur, en ce sens qu'une exécution défectueuse donne uniquement le droit d'exiger une seconde exécution convenable.

13. Le contrat de voyage

Le contrat passé avec une agence de voyage pour les réservations nécessaires à un voyage individuel constitue un mandat[216]. Le contrat d'organisation de voyages est-il au contraire un contrat *sui generis,* proche du contrat d'entreprise[217]?

14. Conclusions

L'examen de ces divers contrats amène à présenter les observations suivantes:

a) La plupart des contrats de service ont reçu une qualification précise dans la jurisprudence. Il n'y a guère d'incertitude, à l'heure actuelle, que pour le *contrat d'étude* confié à l'architecte, l'*expertise technique ou juridique,* le *transport de personnes,* la *commande de logiciel,* les *services intellectuels et artistiques,* et la *recherche sous mandat.*

b) La doctrine n'a pas atteint le même consensus que la jurisprudence. Elle n'a pas développé une méthode unique pour la qualification concrète des contrats de service. Certains auteurs insistent sur un aspect qui leur paraît important (par exemple le fait qu'une expertise soit rendue par écrit ou oralement), tandis que d'autres invoquent la nécessité d'échapper à l'article 404 CO sur la révocation du mandat, et d'autres encore la répartition des risques, ou la possibilité d'apprécier si le produit de l'activité de service est conforme à la commune intention des parties.

[216] SCHLUEP, p. 921; STAUDER, RDS 1986, II, pp. 411–417; ATF 108 II 120. Voir les arrêts cités ci-dessus n. 138.

[217] STAUDER, RDS 1986, II, pp. 421 ss; GIRSBERGER, RDS 1986, II, pp. 35–36; SCHLUEP, pp. 922–923. Voir aussi SJ 1982, pp. 577 ss; RSJ 1983, p. 341 nº 57; BlZR 1952, p. 134 nº 78.

c) La pratique s'impatiente devant les hésitations de la doctrine et les revirements de la jurisprudence. Lors de l'enquête menée par M. GAUCH en 1979 à propos d'une éventuelle révision du contrat d'entreprise, les milieux des affaires ont souhaité que soit enfin clairement établie la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise[218].

D'ailleurs, plusieurs milieux ont à cette occasion émis des doutes quant à la solution de l'art. 377 CO, qui impose le versement à l'entrepreneur de tout son profit *(lucrum cessans)* dans tous les cas de résiliation par le maître. On remet ainsi en cause l'une des différences fondamentales entre le contrat d'entreprise et le mandat, l'art. 404 al. 2 CO ne permettant de demander que des dommages-intérêts limités[219].

d) Pour répondre au souci des praticiens, il conviendra de développer une méthode de qualification qui puisse permettre la réalisation d'un consensus plus étendu. On tentera aussi de rapprocher les conséquences juridiques attachées aux deux principales qualifications en présence, en soumettant l'interprétation que la jurisprudence donne de l'article 404 CO à un réexamen approfondi, et en étudiant si les articles 368 ss CO peuvent s'appliquer aux prestations de service.

[218] P. GAUCH, Revision des Werkvertragsrechts, Auswertung des Fragebogens, Begleitschreiben (décembre 1981, non publié), p. 11 et p. 17. Voir aussi PERRIN, pp. 96–97.

[219] Voir ci-dessous texte à n. 290 ss.

Seconde partie: les solutions

Chapitre quatrième: la méthode

A. La qualification en général

La qualification d'un contrat de service permet au juge d'appliquer un ensemble de règles données par le Code, celles du contrat de mandat ou celles du contrat d'entreprise. La qualification apparaît donc comme l'étape préalable de la solution du litige, l'une des décisions dont on déduit cette solution. N'est-ce qu'une apparence? On le croirait volontiers en constatant qu'à la méthode classique de qualification ont succédé des méthodes plus modernes.

1. La méthode téléologique

A l'écoute des plaidoiries, et parfois à lire les jugements [220], la qualification semble plutôt procéder de la solution que l'équité impose: une fois décidé que telle disposition est en l'occurrence adéquate ou inopportune, on qualifie le contrat de façon à justifier le recours à cette disposition, ou à l'écarter. La qualification devient alors un élément d'argumentation. Au mieux, qualifier un contrat d'une certaine façon en vue d'obtenir un certain résultat, c'est faire œuvre de justice, mais en quittant le royaume de la logique déductive. Au lieu d'observer par un examen neutre la nature réelle du contrat en litige et d'en déduire les suites juridiques, l'on se fixe un but et l'on se donne les moyens de l'atteindre, en remontant puiser dans l'arsenal des qualifications celle qui paraît convenir.

Cette démarche sauvegarde les apparences, en rattachant le contrat en cause au système du droit écrit, avec son énumération

[220] Par ex. RSJ 1966, p. 304 n° 172; RSJ 1946, p. 188 n° 73; BlZR 1952, p. 134 n° 78; voir aussi FRIEDRICH, RSJB 91 (1955), pp. 453–454.

de divers contrats précis. Cependant, elle inquiète le juriste attaché à l'esprit du Code, car la révérence ainsi témoignée au système des contrats nommés est de pure forme; il n'existe plus alors de correspondance réelle et nécessaire entre les éléments essentiels, l'«ossature» du contrat en litige, et le type du contrat de mandat ou d'entreprise tel que l'avait défini le législateur. De surcroît, toute qualification d'un contrat particulier selon des catégories générales apparaît désormais comme une opération superflue, puisque la solution se fonde sur la justice et l'équité plutôt que sur des considérations de système. Or, la justice et l'équité devraient aussi permettre d'appliquer directement les dispositions précises dont l'application paraît souhaitable en l'occurrence, sans rattachement «artificiel» à l'une des catégories de contrats nommés.

2. *La méthode éclectique*

M. BUCHER s'est donc fait l'avocat d'une méthode qu'on pourrait appeler éclectique ou *pointilliste*. Lorsqu'il n'est pas possible de qualifier un contrat, qu'il ait des rapports avec plusieurs contrats nommés ou avec un seul auquel il ne correspond que très partiellement, il conviendrait de discuter directement si telle ou telle règle s'applique pour mieux actualiser la volonté des parties, sans passer par la qualification, qui consiste à rapporter tout le contrat à un seul type légal [221].

Cette méthode est attirante pour ceux qui sont familiers avec la jurisprudence anglo-saxonne. On y examine aussi, *rule* par *rule,* les règles applicables à l'espèce. Pourtant, l'on ne peut comparer des méthodes qui sont incomparables. Le juge continental est tenu par le système du Code, alors que la jurisprudence anglo-saxonne s'est construite autour des cas particuliers, des litiges soumis à justice. Forcément, les juridictions anglo-saxonnes ne procèdent pas par catégories générales, et appliquent le droit ou l'*equity* selon des traditions anciennes que seuls les juristes maîtrisent peu ou prou. Par contraste, le droit continental est un droit écrit, accessible à chacun. EUGEN HUBER voulait que le Code civil suisse soit compréhensible pour tous, «une législation populaire» [222]. Le système du droit écrit

[221] RDS 1983, II, p. 322.

[222] Voir Code civil suisse, exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, 2e éd., Berne, 1902, pp. 10–11.

permet aux milieux d'affaires de prévoir la solution des litiges, la chose du monde la moins possible dans le système anglo-saxon – ou dans les domaines dans lesquels le Tribunal fédéral fait œuvre de préteur. Que la *sécurité du droit* constitue un véritable bienfait, on s'en persuade en lisant les réponses désabusées à l'enquête de M. GAUCH à propos de la révision du contrat d'entreprise à laquelle nous venons de faire allusion: les milieux intéressés expriment le désir de savoir enfin ce qui est un mandat, ce qui est un contrat d'entreprise, afin de passer leurs conventions en harmonie avec la loi et de réduire les risques de litige[223]. Pour éviter les incertitudes du système américain et les coûts qui y sont liés, la méthode classique de qualification demeure indispensable.

3. *La méthode typologique*

Si l'insécurité juridique est favorisée par un recours direct à des dispositions prises ça et là dans le Code parce qu'elles paraissent souhaitables au juge du moment, cette insécurité n'est pas levée par la méthode typologique des contrats innommés qu'a magistralement illustrée M. SCHLUEP. En effet, ayant décidé qu'un contrat est innommé, on doit encore rechercher quelles dispositions on va lui appliquer. Aucun consensus ne s'est établi à ce propos, hormis peut-être pour quatre ou cinq contrats, comme les contrats de licence, les contrats de représentation exclusive, les contrats de factoring et – peut-être – les contrats de leasing. En somme, déclarer qu'un contrat est innommé, c'est se donner la liberté de ne pas lui appliquer entièrement les dispositions d'un titre particulier du Code des obligations. C'est cette liberté que revendique aussi M. BUCHER pour appliquer directement les dispositions du Code qui paraissent bien taillées aux circonstances de la cause à juger; et c'est cette même liberté que prend en catimini celui qui procède à une qualification après avoir accordé sa préférence à l'une des conséquences de telle ou telle qualification.

[223] Voir Begleitschreiben, p. 11. Ce n'est pas une constatation nouvelle. R. SUTER la faisait déjà en 1904; à propos de la distinction entre le mandat et le contrat de service, il n'hésitait pas à parler de «banqueroute» pour la doctrine juridique (p. 24).

4. Méthodes et libertés

Les trois démarches qu'on vient de rappeler – qualification à raison des effets, renonciation à la qualification, fuite dans les contrats innommés – ont donc pour motif commun la liberté du juge et des parties par rapport à la loi.

a) Liberté du juge

En droit privé suisse, le juge n'est pas contraint d'appliquer à la convention librement décidée entre parties les règles valables pour l'un des types de contrats nommés par la loi [224]. Les contrats nommés sont ceux que la tradition connaissait ou que l'usage avait clairement définis. Dans l'énumération des contrats, le Code fédéral des obligations était en avance sur d'autres codifications, par exemple en prévoyant une réglementation détaillée du contrat d'édition inconnue du Code civil français. Cependant, le Code fédéral des obligations et le Code de 1911 ne pouvaient pas clore la liste des contrats admissibles, et le législateur ne l'a pas voulu. On le voit à l'exemple du contrat de société tacite, qu'EUGEN HUBER aurait aimé régler plus en détail, mais auquel le Parlement n'a finalement consacré que le second alinéa de l'article 550 CO. Plus tard, le législateur a d'ailleurs complété son œuvre en édictant des dispositions sur la vente par acomptes (art. 226 a ss CO) ou le contrat d'agence (art. 418 a ss CO). L'énumération des contrats nommés ne peut donc limiter la liberté du juge, appelé à reconnaître que la pratique a consacré d'autres types de contrats.

Au demeurant, il n'est pas interdit de voir dans l'absence de législation sur tel ou tel type de contrat une lacune de la loi, une lacune proprement dite («echte Gesetzeslücke»). Le juge doit alors se prononcer selon la coutume et, à défaut, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. L'article premier al. 2 CO établit, pour éviter les dénis de justice, la liberté du juge dans les domaines dans lesquels nulle disposition n'est applicable directement ou par analogie [225]. En pratique, plutôt que d'y recourir, le juge saisi d'un litige contractuel admet

[224] Cf. A. VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924, p. 218; BUCHER, RDS 1983, II, pp. 318 ss; HOFSTETTER, p. 25; A. KRAMER, Berner Kommentar, Bd. VI/1.1, N. 154 Allgemeine Einleitung.

[225] ATF 94 I 305; 100 I b 137 à pp. 157–160; 103 I a 501.

largement l'application *par analogie,* par exemple dans la résiliation des contrats de durée[226]. La méthode éclectique et la méthode typologique sont donc compatibles avec la liberté que le législateur a laissée au juge de décider par analogie ou de décider comme s'il avait à faire acte de législateur.

b) Liberté des parties

On admet en général que les parties sont libres de déterminer l'objet de leur convention, dans les limites générales de la légalité et des bonnes mœurs (art. 20 CO). Le droit suisse ne connaît pas la typicité obligatoire des contrats *(«Typenzwang»)*[227]. Il en va de même pour la plupart des pays de tradition romano-germanique[228].

Pourtant, la liberté des parties n'est pas entière à cet égard. Lorsque certaines transactions ont fait l'objet d'une réglementation impérative, les parties verront leur accord frappé de nullité si elles tentent d'échapper aux rigueurs de la loi en imaginant un type nouveau de relations contractuelles. La jurisprudence suisse en donne plusieurs exemples frappants en matière de leasing automobile. Bien que le leasing passe maintenant pour un contrat *sui generis,* certaines conventions peuvent être contraires aux articles 226 a ss CO (ou aux art. 715 et 717 CC),

[226] ATF 93 II 300 c. 7; 97 II 58; voir par exemple l'application par analogie des règles sur le contrat de mandat envisagée pour la cession de l'art. 260 LP *in* ATF 93 III 63; pour le contrat de fiducie: ATF 85 II 99; pour le contrat de placement collectif: ATF 101 I b 424; pour le contrat de licence: RSPIDA 1979, pp. 71–72 (TF). Voir cependant ATF 100 II 351: la résiliation pour justes motifs doit demeurer exceptionnelle, car elle ne se justifie que si l'on ne peut exiger du créancier qu'il procède selon l'art. 107 CO.

[227] Voir pour tous BUCHER, RDS 1983, II, p. 321.

[228] Voir pourtant l'interprétation donnée à l'art. 1325 CCI par E. BETTI, Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, *in* Festschrift für L. Wenger, vol. I, Munich 1944, à pp. 275 ss: la «cause» d'un contrat ne s'identifie pas à la volonté subjective des parties, mais à la finalité objective de la transaction; en conséquence (p. 277), les parties ne seraient pas libres de soustraire au contrat l'un des éléments indispensables pour atteindre le but typique de l'opération. Le TF parle aussi d'«essence du contrat» *(«Wesen des Vertrages»),* cf. ATF 78 II 239–240, critiqué vertement par BUCHER, RDS 1983, II, p. 329. L'article 8 de la LCD révisée le 19 décembre 1986 admet également qu'une certaine «répartition des droits et des obligations... découle de la *nature* du contrat».

selon les circonstances[229]. Les jugements qui refusent de reconnaître un plein effet à l'accord de volonté des parties établissent donc une typicité obligatoire dans un domaine particulier. Il en va depuis longtemps ainsi dans le domaine des rapports de travail et d'agence, qu'il s'agisse d'appliquer le droit impératif des articles 319 ss CO ou les articles 418 a ss CO[230].

Ce qui justifie l'application de l'article 20 CO à l'encontre de la liberté contractuelle, c'est le besoin de protection d'une des parties. Le juge intervient dans un cas particulier à défaut d'intervention du législateur, lequel met souvent beaucoup de temps à réagir à l'encontre des pratiques qui se généralisent pour éviter les dispositions impératives applicables aux contrats qu'il a nommés. Ainsi, la législation sur le petit crédit aurait dû être la parade contre les pratiques engendrées par la volonté d'éviter l'application des articles 226 a ss CO. Or, le projet de loi fédérale sur le petit crédit vient d'être rejeté par le Parlement, après huit ans de navette entre les Chambres!

Il est donc nécessaire que le juge fasse d'emblée respecter le droit impératif tel qu'il est édicté pour les contrats, en assujettissant les co-contractants au respect d'un certain type légal. Le juge anglo-saxon non plus ne peut faire appliquer tous les contrats sans se préoccuper d'éventuels «restraints of trade» inadmissibles, en particulier dans les rapports de travail. Ceci a conduit l'un des plus illustres auteurs américains, le Doyen ROSCOE POUND, à considérer que la liberté des parties portait sur la décision de contracter ou non; une fois cette décision prise et le contrat conclu, les parties se trouvent soumises à un *statut*, à un régime juridique qu'elles ne peuvent guère modifier[231]. Certes, il ne s'agit pas d'un type donné de contrat, mais plutôt d'une soumission à l'ensemble des précédents qui portent sur des situations analogues. Il n'empêche que le résultat n'est pas fondamentalement différent de celui que l'on connaît en droit continental. On verra une première preuve de la justesse des réflexions de ROSCOE POUND dans le soin extraordinaire avec

[229] Art. 226 a ss CO: ATF 110 II 246 avec citations; art. 717 CC: RSJ 1974, p. 335 n° 95; *contra:* RSJ 1977, p. 320 n° 90: voir en général M. GIOVANOLI, *in* Le leasing industriel, commercial et immobilier, publication CEDIDAC N° 2, Lausanne 1985, pp. 49 ss.

[230] Voir par ex. SJ 1984, pp. 432 ss; ATF 95 II 126.

[231] ROSCOE POUND, The Spirit of the Common Law, reprint Boston 1966, pp. 14 et 21 ss.

lequel les rédacteurs de contrat américains tentent de fixer la volonté des parties afin d'échapper à l'application des précédents, lesquels, par définition, ne constituent pas du droit dispositif, mais sont du droit supplétif ou impératif. On en trouvera une seconde preuve dans l'incertitude qui demeure jusqu'à jugement final et exécutoire sur le point de savoir si le juge américain va s'en tenir aux dispositions de la convention ou s'il ne va pas plutôt déclarer telle ou telle clause – ou l'ensemble – contraire au droit ou à une «public policy» applicable en l'espèce.

En invoquant la liberté des parties, on interpelle d'ailleurs le juriste à propos des *conditions générales* et des contrats-types. La démarche de qualification traditionnelle se fonde sur le brocard «falsa denominatio nec nocet nec prodest». Or, il arrive que les conditions générales désignent un contrat comme un contrat de mandat, par exemple. C'est le cas de l'article 1.1.1 du Règlement SIA 102 de 1984 pour les travaux d'architectes.

Doit-on s'arrêter à la volonté concordante des parties et respecter leur choix? Convient-il au contraire de qualifier le contrat selon la jurisprudence du moment? Les deux opinions ont été soutenues [232]. Les partisans décidés de l'autonomie contractuelle devraient en somme mettre les parties au bénéfice du contrat qu'elles ont voulu conclure. Pourtant, la clause inverse soulève quelques doutes. Les parties peuvent-elles déclarer (comme il arrive fréquemment selon la technique de rédaction des Anglo-saxons, mais dans d'autres circonstances): «Le présent contrat n-est pas un contrat de... (mandat, par exemple)»? Si la réponse est incertaine, c'est que les parties ne sont pas libres d'échapper au droit impératif, et que le juge doit pouvoir qualifier objectivement le contrat pour déterminer quel est le droit impératif. Au demeurant, c'est pour le même motif que le juriste ne doit pas favoriser «l'évasion hors du mandat».

Il va de soi que la question ne se pose pas seulement pour les conditions générales. Seulement, les activités de service se déroulent très souvent sous l'empire de contrats-types et de conditions générales. Dès lors, indépendamment de l'article 8 (nouveau) de la loi sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, le juge prêtera une attention particulière au respect des droits de la partie qui n'a pas établi la convention-type. Il conviendra donc d'étudier, après l'application de l'article 404 CO et celle des articles 368 ss CO, si les dispositions du mandat ou celles du contrat d'entreprise sont plus favorables aux clients – puisqu'en principe c'est le fournisseur des services qui établit les

conditions générales (avec les exceptions bien connues dans le domaine de la construction, pour lequel les maîtres d'œuvre importants imposent parfois leurs conditions).

B. La qualification des contrats de service

La jurisprudence du Tribunal fédéral à propos des contrats de service offre de bons exemples de toutes les méthodes de qualification.

1. La *méthode classique* est la plus courante: les juges qualifient un contrat d'après sa nature, d'après la correspondance entre ses points essentiels et la définition légale de tel contrat.

2. La *méthode téléologique* est rarement appliquée ouvertement. Le Tribunal fédéral a parfois recours à des affirmations du genre: les relations de confiance personnelle entre les parties justifient l'application de l'article 404 CO[233]. En somme, cela signifie que l'application de l'article 404 CO justifie la qualification comme contrat de mandat. Le cas inverse se présente aussi, quand l'arrêt déclare: «Les parties n'ayant pas pensé se lier par un contrat révocable en tout temps, il ne peut s'agir d'un mandat»[234].

De plus, le Tribunal fédéral renonce parfois à qualifier un contrat lorsque les effets juridiques ne seraient pas différents selon la qualification entreprise[235].

[232] Comparer encore récemment *in* P. GAUCH et P. TERCIER, éd., Le droit de l'architecte, Fribourg 1986: GAUCH, pp. 16–17 et 20–21 avec ABRAVANEL, p. 49. Cf. aussi HOFSTETTER, p. 20. *In* JAAC 1980, n° 17 à p. 64, on souligne l'importance essentielle de la volonté des parties (et de l'objet du contrat) pour déterminer le type de contrat. Voir aussi dans le sens de GAUCH: PERRIN, pp. 35–38; MUSTAFA, p. 10: «Ce n'est pas le nom donné par les parties qui est déterminant, mais l'ensemble des clauses du contrat»; RSJ 1946, p. 188 n° 73; RSJ 1984, p. 359 n° 61; ATF 106 I b 150; 59 II 261; 44 II 346; arrêt (non publié) du TF, 22 décembre 1981, dans la cause *Adressen- und Propagandazentrale Schaffhausen AG c. DVD Daten-Verarbeitungs-Dienst AG*, p. 6; dans le sens d'ABRAVANEL: RSJ 1963, p. 362 n° 181.

[233] ATF 109 II 38 (contrat avec un géomètre); voir aussi SJ 1982, p. 588 (l'annulation d'un contrat d'organisation de voyage ne peut se décider selon les règles du mandat). Voir un bel exemple doctrinal *in* KOLLER, Der know-how-Vertrag nach schweizerischem Recht, pp. 25 ss; PEDRAZZINI, p. 503.

[234] ATF 59 II 261–262 (contrat d'insertion).

[235] Voir ATF 83 II 530; 54 II 335; voir aussi des jugements de tribunaux cantonaux: BlZR 1986, p. 146 n° 57; RSJ 1956, p. 198 n° 111.

3. La *méthode éclectique* n'est pas non plus admise ouvertement, si ce n'est pour les contrats *sui generis* reconnus comme tels, auxquels le Tribunal fédéral applique les dispositions qui lui paraissent les mieux appropriées[236]. Cependant, lorsqu'il déclare récemment qu'un contrat d'architecte est un contrat mixte, mais qu'il convient de lui appliquer les règles sur le contrat de mandat[237], le TF affirme en réalité sa liberté dans le choix des dispositions applicables.

4. Le Tribunal fédéral a également raisonné, pendant quelques années[238], comme si le législateur suisse avait à l'art. 394 al. 2 CO *obligatoirement* imposé le type du contrat de mandat pour toutes les conventions portant sur des services que le Code ne règle pas. Cette interprétation de l'art. 394 al. 2 CO ne s'appuie pas clairement sur les travaux préparatoires, dont il ne ressort pas que le Parlement voulait exclure la conclusion de contrats de service *sui generis*[239]. Tout au plus peut-on admettre que le législateur pensait que tous les contrats de service constituaient des mandats[240]. Le contrat innommé, sans être ignoré des Pandectistes, était alors accueilli avec plus de prudence qu'à

[236] Admis en principe même *in* ATF 104 II 111 (pour les contrats mixtes).

[237] ATF 109 II 466, rappelé *in* ATF 110 II 382. Cet arrêt représente aussi une application nuancée de la théorie dite de l'absorption, des nuances que réclame par ex. GAUCH, p. 78, n° 278. Le TF semble être revenu sur ce considérant *in* Praxis 1985, p. 519, non reproduit *in* ATF 111 II 72 ss. C'est du moins l'interprétation donnée par GAUCH, *in* Le droit de l'architecte, n° 39 in fine, et SCHUMACHER, *ibidem*, n° 375.

[238] ATF 104 II 110–111; 106 II 159; 109 II 36 (rappel bref). Voir aussi RSJ 1970, p. 8 n° 1.

[239] BUCHER, RDS 1983, II, pp. 286–287. Favorable à la jurisprudence du Tribunal fédéral: MERZ, RSJB 116 (1980), pp. 20–21.

[240] Voir spécialement les observations de RUTTY, au Bull. Stén. CN 1909, p. 709: «En effet, la définition du mandat comprend maintenant de façon expresse tous les travaux non régis par les règles du louage de travail ou du louage d'ouvrage. Cette définition extensive soumet donc aux règles du titre 50 *tous les services qui ne sont pas fournis pour un temps et qui n'ont pas pour objet l'exécution d'un ouvrage*. C'est une définition un peu nouvelle, différente de celle des codes de nos voisins et qui permettra désormais d'embrasser *toute la matière qui n'est pas comprise dans le louage de travail ou dans le louage d'ouvrage.*» Voir aussi Bull. stén. CdE 1910, p. 229. La réfutation qu'entreprend PEDRAZZINI, p. 505 n. 28 in fine, qui parle des nombreux contrats de service que l'on ignorait au tournant du siècle, ne vaut que pour quelques activités liées à la technique: création de logiciel, organisation de voyages en groupes, cartes de crédit, etc. Pour le reste, la société d'alors connaissait presque toutes nos activités de service. Cf. texte ci-dessous, commentaire après les tableaux II et III.

l'heure actuelle. Il nous paraît indubitable que le législateur a voulu tenir à disposition la forme du contrat de mandat pour toutes les activités de service[241]. Il n'était probablement pas question d'exclure les contrats innommés dans ce domaine, mais on entendait mettre les justiciables au bénéfice d'un rattachement subsidiaire à une figure juridique bien connue et clairement réglée.

Dès lors, la jurisprudence actuelle paraît préférable dans la mesure où elle permet à nouveau la conclusion de contrats de service *sui generis*[242]. Notre droit ne connaît pas de numerus clausus des contrats[243]. Il ne convient pas de faire de toute convention portant sur des services autres que les arts libéraux traditionnels (médecin, avocat, etc.) un contrat *sui generis*. Il s'agit réellement d'une *ultima ratio*. En effet, cette qualification intervient en général pour éviter l'application des règles sur le mandat qu'on juge inopportunes – c'est en général l'application de l'article 404 CO qu'on veut éviter – et pour permettre l'application des règles sur la livraison de la chose (articles 368 ss CO). Or, avant d'admettre qu'une activité de service est sise dans le no man's land des contrats innommés, il faut s'assurer que l'on doive échapper à la règle de l'article 404 CO et que les dispositions sur la livraison de la chose sont opportunes.

C. Nos propositions

1. Généralités

Nous plaidons pour plus de retenue dans la reconnaissance des contrats innommés; dès lors, la question qu'il s'agit de résoudre est celle-ci: les règles du contrat de mandat sont-elles bien adaptées aux contrats de service? Les règles du contrat d'entreprise le sont-elles mieux? Ou faut-il combiner les deux?

Une question subsidiaire concerne les conséquences de la qualification: les parties sont-elles libres de conclure comme elles l'entendent, ou certaines dispositions sont-elles de droit impératif?

[241] Voir aussi Message du Conseil fédéral, FF 1909, III, 775, et FF 1905, II, 28: «Lorsque le contrat a pour but... l'accomplissement d'un acte..., nous avons, en droit fédéral actuel,... un mandat».
[242] ATF 110 II 382; 109 II 466.
[243] Voir ci-dessus n. 224.
[243 bis] Voir à ce propos texte ci-dessous après n. 370.

Pour répondre à ces questions, le raisonnement typologique courant en renverse les termes: on se demande si telle transaction typique, portant par exemple sur les services intellectuels ou artistiques, correspond bien au mandat ou au contrat d'entreprise. Et l'on définit la transaction par son objet (moyen/résultat? ouvrage/activité?) Ces antithèses sont d'usage délicat, et depuis que GAUTSCHI a rallumé la controverse à propos de la notion d'ouvrage, le consensus difficile à atteindre.

Nous proposons de replacer ces critères importants dans leur cadre naturel: *les règles du mandat ou du contrat d'entreprise sont-elles mieux adaptées à tel ou tel contrat lorsqu'on les prend dans leur ensemble – et non seulement sur la base de la définition du contrat telle qu'elle apparaît à l'article 363 CO et à l'article 394 CO?* Pour éviter toute *«Begriffsjurisprudenz»,* il convient de n'attacher que des effets limités à l'analyse du contrat selon les notions traditionnelles d'*ouvrage* ou d'*activité,* de *moyen* ou de *résultat.* Il convient de respecter tout autant les intérêts des parties *(«Interessenjurisprudenz»).* Peut-être n'est-il d'ailleurs pas exclu de combiner les deux méthodes: on peut tenter d'établir des corrélations significatives entre certaines notions traditionnelles (moyen/résultat; ouvrage/activité; rapports de confiance ou non) et les solutions légales destinées à protéger certains intérêts (pouvoirs de représentation ou non; fardeau des risques; révocation avec ou sans indemnité pour le bénéfice perdu). Si l'on peut établir certaines corrélations de ce genre, on pourra également dégager le type de contrat auquel on a affaire pour telle ou telle opération de service lorsqu'on repérera l'une ou l'autre de ces corrélations parmi ses éléments constitutifs.

2. *Points déterminants*

Les points qui nous paraissent essentiels pour analyser les contrats de service sont les suivants:

1. Obligation de moyens ou de résultat ([243 bis])?
2. Objet matériel, immatériel ou matérialisé?
3. Rapports de confiance particuliers?
4. Pouvoirs de représentation de celui qui rend le service?
5. Subrogation patrimoniale en faveur du client?
6. Fardeau des risques – cas fortuit?
7. Possibilité de juger de la conformité de la prestation?
8. Responsabilité causale ou pour faute?
9. Expiration du contrat par l'écoulement du temps?
10. Révocation unilatérale ou par les deux parties?
11. Dommages-intérêts négatifs ou positifs en cas de révocation?

Pour analyser les contrats de service, il convient de prendre comme modèle le contrat de mandat (dont par arbitraire les caractéristiques généralement admises sont considérées comme un facteur positif dans le cadre de cette appréciation binaire), et le contrat d'entreprise (dont par opposition les caractères généralement admis sont notés comme facteur négatif). Lorsque la pratique est trop variable ou qu'elle suggère une réponse intermédiaire, le facteur +/−, soit un demi, est utilisé pour conserver la neutralité de l'analyse. Une analyse plus fine conduirait à pondérer les différents points déterminants. Le lecteur est invité à y procéder dans les tableaux imprimés en blanc à la suite de l'analyse que nous proposons. De même, il peut apporter d'autres réponses quant aux solutions qui devraient être données sur un point particulier pour l'un ou l'autre contrat [244].

Les contrats que nous avons retenus comprennent la plupart des contrats de service étudiés dans notre rapport, auxquels sont adjoints deux contrats connus, le contrat d'assistance technique et le factoring, afin de mieux illustrer la méthode. Là encore, le lecteur qui y trouve quelque amusement pourra appliquer cette méthode à d'autres contrats de service.

[244] Le bon usage de cette méthode suppose qu'on se laisse guider par son instinct et qu'on réponde en indiquant quelle solution paraît préférable *de lege ferenda* dans la plupart des cas. Il ne faut pas chercher de justification dans les précédents, ni rechercher systématiquement les exceptions à la solution qui paraît naturelle. De même, il ne s'impose pas de tenir compte des obligations accessoires qui sont identiques ou analogues selon les articles 363ss et 394ss CO, par exemple l'obligation de secret, l'obligation de conseil, l'obligation de remplir ses obligations en personne (les conséquences d'une substitution étant d'ailleurs différentes), la prescription parfois identique et le plus souvent différente, etc.

Tableau I: Traits caractéristiques de quelques contrats de service

Contrats	Moyens ou résultat	Objet matériel ou immatériel	Impossibilité de juger la conformité du service	Garantie ou responsabilité uniquement pour faute	Fardeau des risques
Mandat	+	+	+	+	+
Entreprise	–	+/–	–	–	–
1 Conseil d'entreprise	+	+	+	+	+
2 Consultant juridique-expert	+/–	+	+	+	+
3 Enseignement	+	+/–	+	+	+/–
4 Intermédiaire de voyage	+/–	+	–	+	+
5 Projet d'architecture	–	+	+	+	+
6 Agence de publicité	–	+	–	+	+
7 Assistance technique	+	+/–	+/–	+	+/–
8 Dentiste	+/–	–	–	+	+
9 Services artistiques	+/–	+	+	+	+/–
10 Affermage de publicité	+	–	–	+	+/–
11 Factoring	+/–	+	–	+	–
12 Commande d'œuvre	–	–	+	+	+
13 Recherche et développement	–	+	–	+	+/–
14 Transfert de savoir-faire	–	+	–	+	–
15 Organisation de voyage	–	+	–	–	–
16 Commande de logiciel	–	+	–	–	–
17 Transport de personnes	–	+	–	–	–
18 Insertion de publicité	–	–	–	–	–
Entreprise (rappel)	–	+/–	–	–	–
	Obligation de Moyens + Résultat –	Matériel – Immatériel +	Oui + Non –	Faute + Resp. causale –	Client + Fournisseur –

Confiance accrue	Pouvoirs de représentation	Subrogation patrimoniale	Expiration par l'écoulement du temps	Résiliation	Dommages-intérêts pour résiliation par client	Total
+/−	+	+	+/−	+	+	10
−	−	−	−	−	−	0,5
+	−	−	+/−	+	+	8,5
+	−	−	+/−	+	+	8
+	−	−	+	+	+	8
−	+	+	−	−	+	6,5
+	−	−	−	+	−	6
−	+	−	+	+/−	−	5,5
−	−	−	+	+	−	5,5
+	−	−	−	+	+	5,5
−	−	−	+	−	−	5
−	+	−	+	+/−	−	5
−	+/−	+/−	+	−	+/−	5
+	−	−	−	+	−	5
+	−	−	+/−	−	−	4
+	−	−	+/−	−	−	3,5
−	+	−	−	+/−	−	2,5
−	−	−	−	+/−	−	1,5
−	−	−	−	+/−	−	1,5
−	−	−	+/−	+/−	−	1
−	−	−	−	−	−	0,5
Oui + Non −	Oui + Non −	Oui + Non −	Oui + Non −	Par les deux parties + Par le client − Ni l'un, ni l'autre +/−	Incluant bénéfice manqué − Sinon +	

Tableau I^bis: Traits caractéristiques de quelques contrats de service (à remplir soi-même)

Contrats	Moyens ou résultat	Objet matériel ou immatériel	Impossibilité de juger la conformité du service	Garantie ou responsabilité uniquement pour faute	Fardeau des risques	Confiance accrue	Pouvoirs de représentation	Subrogation patrimoniale	Expiration par l'écoulement du temps	Résiliation	Dommages-intérêts pour résiliation par client	
Mandat												
Entreprise												
1 Conseil d'entreprise												
2 Consultant juridique-expert												
3 Enseignement												
4 Intermédiaire de voyage												
5 Projet d'architecture												
6 Agence de publicité												
7 Assistance technique												
8 Dentiste												
9 Services artistiques												
10 Affermage de publicité												
11 Factoring												
12 Commande d'œuvre												
13 Recherche et développement												
14 Transfert de savoir-faire												
15 Organisation de voyage												
16 Commande de logiciel												
17 Transport de personnes												
18 Insertion de publicité												
Entreprise (rappel)												
	Obligation de Moyens + Résultat –	Matériel – Immatériel +	Oui + Non –	Faute + Resp. causale –	Client + Fournisseur –	Oui + Non –	Oui + Non –	Oui + Non –	Oui + Non –	Par les deux parties + Par le client – Ni l'un, ni l'autre +/–	Incluant bénéfice manqué – Sinon +	

Commentaire du tableau I

Un premier groupe de services se rapprochent du contrat de mandat:
conseil d'entreprise, consultant et expert, enseignant et intermédiaire de voyage.

Un second groupe de services se rapprochent manifestement du contrat d'entreprise: recherche et développement, transfert de savoir-faire, organisation de voyage, commande de logiciel, transport de personnes, insertion de publicité.

Un troisième groupe comprend les services qui sont véritablement à mi-chemin des deux contrats. Nous rattachons au mandat la création d'un projet d'architecture, les services de l'agence de publicité, les opérations d'assistance technique, les soins du dentiste[245], les services artistiques et la commande d'une œuvre littéraire, artistique ou scientifique. Nous voyons dans l'affermage de publicité et le factoring des contrats légèrement plus proches du contrat d'entreprise. Il est significatif que la jurisprudence et la doctrine fassent souvent de ces contrats des conventions *sui generis*.

[245] On s'étonnera peut-être que le contrat avec un médecin ou un médecin-dentiste, que la jurisprudence actuelle et la doctrine sans doute unanime qualifient de mandat, ne présente pas toutes les caractéristiques du mandat. C'est que nous avons pris en compte les caractéristiques du mandat rendu pour la gestion d'affaires juridiques (art. 396 et 401), afin d'établir le type le plus «pur» du mandat que le législateur avait en vue. In BlZR 1986, p. 145 n° 57 et ATF 110 II 375, il est relevé que le contrat avec un médecin ou un médecin-dentiste peut également tenir du contrat d'entreprise.

Tableau II: Structure de quelques contrats de service

	Contrat	Obligation de moyens ou de résultat	Jugement sur la conformité du résultat	Responsabilité pour faute ou causale
	Mandat	**Moyens**	**Impossible**	**Faute**
1	Conseil d'entreprise	**Moyens**	**Impossible**	**Faute**
2	Consultant juridique-expert	**Moyens ou** *résultat*	**Impossible**	**Faute**
3	Enseignement	**Moyens**	**Impossible**	**Faute**
4	Intermédiaire de voyage	**Moyens ou** *résultat*	*Possible*	**Faute**
5	Projet d'architecte	*Résultat*	**Impossible**	**Faute**
6	Dentiste	*Résultat*	*Possible*	**Faute**
7	Commande d'œuvre	*Résultat*	**Impossible**	**Faute**
8	Agence de publicité	*Résultat*	*Possible*	**Faute**
9	Assistance technique	**Moyens**	*Possible parfois*	**Faute**
10	Services artistique	**Moyens ou** *résultat*	**Impossible**	**Faute**
11	Affermage de publicité	**Moyens**	*Possible*	**Faute**
12	Factoring	**Moyens ou** *résultat*	*Possible*	**Faute**
13	R et D	*Résultat*	*Possible*	**Faute**
14	Transfert de savoir-faire	*Résultat*	*Possible*	**Faute**
15	Organisation de voyage	*Résultat*	*Possible*	*Causale*
16	Commande de logiciel	*Résultat*	*Possible*	*Causale*
17	Transport de personnes	*Résultat*	*Possible*	*Causale*
18	Insertion publicitaire	*Résultat*	*Possible*	*Causale*
	Entreprise	*Résultat*	*Possible*	*Causale*

Fardeau des risques	Confiance accrue	Résiliation (cas de justes motifs réservé)	Bénéfices du fournisseur inclus dans les dommages-intérêts pour résiliation par le client
Client	**Parfois**	**2 parties**	**Non**
Client	**Oui**	**2 parties**	**Non**
Client	**Oui**	**2 parties**	**Non**
Client ou *enseignant*	**Oui**	**2 parties**	**Non**
Client	*Non*	*Client*	**Non**
Client	**Oui**	**2 parties**	*Oui*
Client	**Oui**	**2 parties**	**Non**
Client	**Oui**	**2 parties**	*Oui*
Client *ou agence*	*Non*	*Non*	*Oui*
Client ou *fournisseur*	*Non*	**2 parties**	*Oui*
Client ou *artiste*	*Non*	*Client*	*Oui*
Client ou *fermier*	*Non*	*Non*	*Oui*
Facteur	*Non*	*Client*	*Parfois*
Client ou chercheur	**Oui**	*Client*	*Oui*
Fournisseur	**Oui**	*Client*	*Oui*
Fournisseur	*Non*	*Non*	*Oui*
Fournisseur	*Non*	*Non*	*Oui*
Transporteur	*Non*	*Non*	*Oui*
Support	*Non*	*Non*	*Oui*
Entrepreneur	*Non*	*Client*	*Oui*

Tableau IIbis: Structure de quelques contrats de service (à remplir soi-même)

Contrat	Obligation de moyens ou de résultat	Jugement sur la conformité du résultat	Responsabilité pour faute ou causale	Fardeau des risques	Confiance accrue	Résiliation (cas de justes motifs réservé)	Bénéfices du fournisseur inclus dans les dommages-intérêts pour résiliation par le client	
Mandat								
1 Conseil d'entreprise								
2 Consultant juridique-expert								
3 Enseignement								
4 Intermédiaire de voyage								
5 Projet d'architecte								
6 Dentiste								
7 Commande d'œuvre								
8 Agence de publicité								
9 Assistance technique								
10 Services artistique								
11 Affermage de publicité								
12 Factoring								
13 R et D								
14 Transfert de savoir-faire								
15 Organisation de voyage								
16 Commande de logiciel								
17 Transport de personnes								
18 Insertion publicitaire								
Entreprise								

Tableau III: Corrélations entre les traits caractéristiques de quelques contrats de service

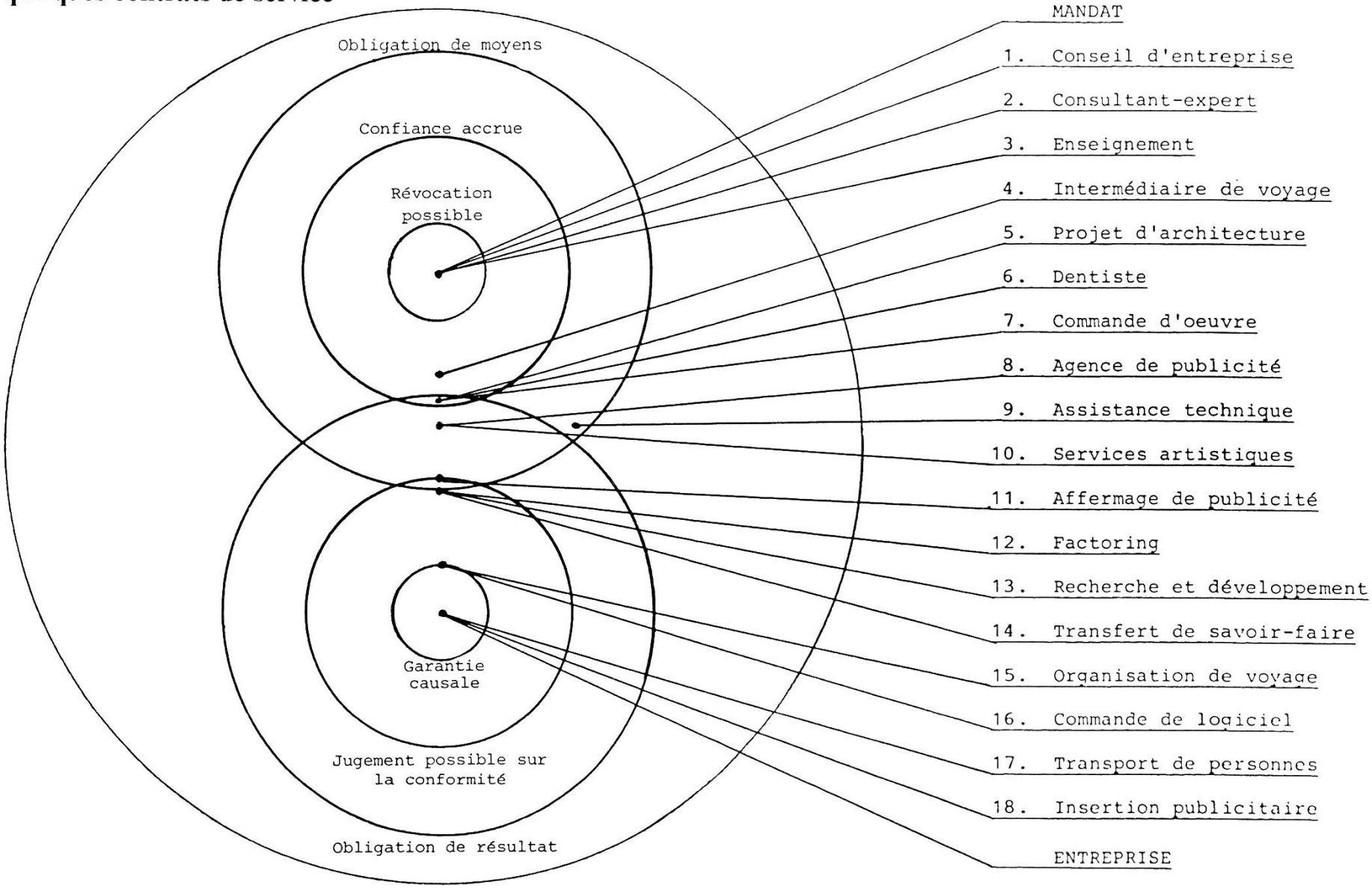
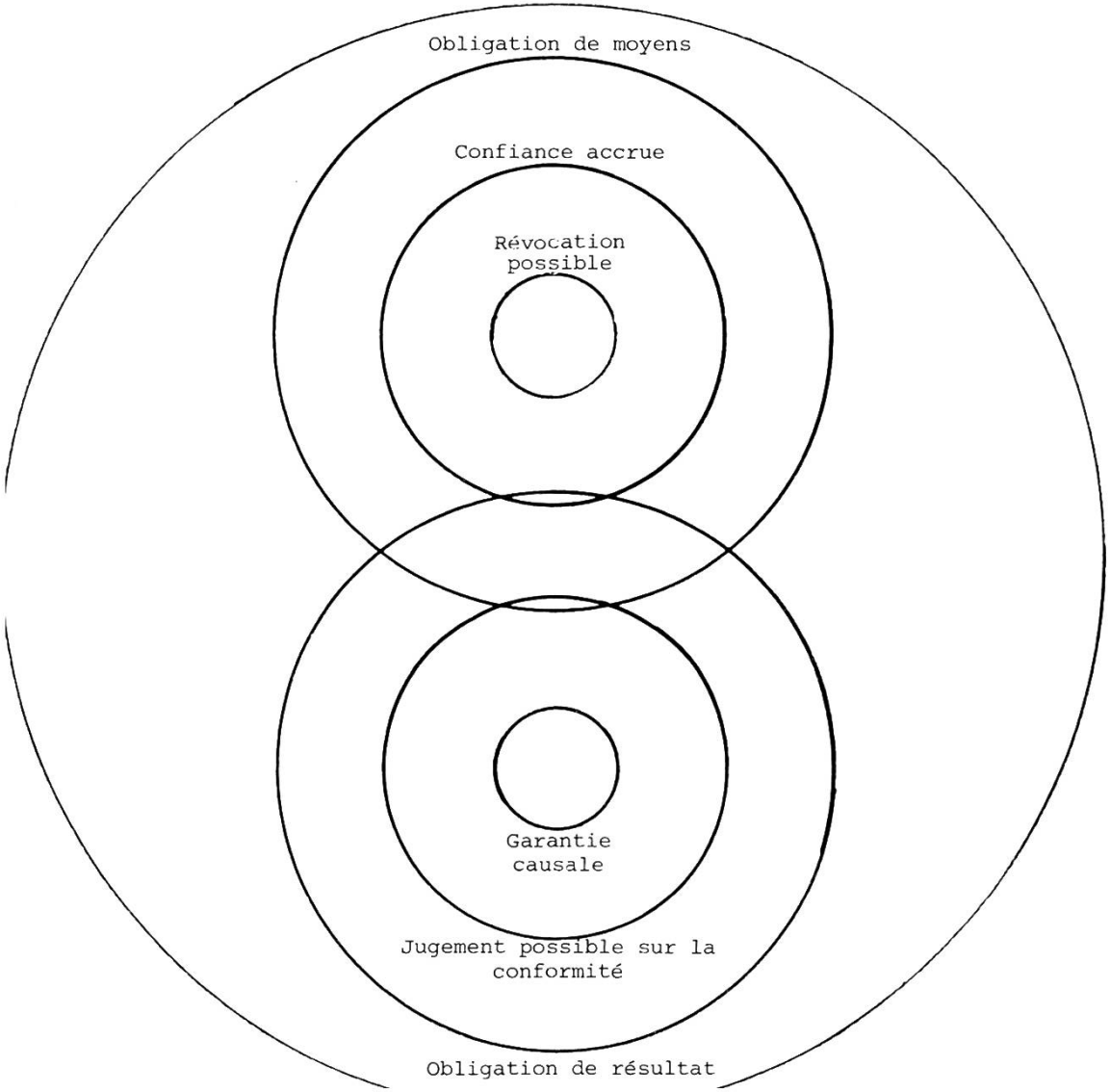


Tableau IIIbis: Corrélations entre les traits caractéristiques de quelques contrats de service (à remplir soi-même)



MANDAT

1. Conseil d'entreprise
2. Consultant-expert
3. Enseignement
4. Intermédiaire de voyage
5. Projet d'architecture
6. Dentiste
7. Commande d'oeuvre
8. Agence de publicité
9. Assistance technique
10. Services artistiques
11. Affermage de publicité
12. Factoring
13. Recherche et développement
14. Transfert de savoir-faire
15. Organisation de voyage
16. Commande de logiciel
17. Transport de personnes
18. Insertion publicitaire

ENTREPRISE

Commentaire des tableaux II et III

Les tableaux II et III font ressortir certaines corrélations significatives: un certain nombre de contrats possèdent une structure semblable, identique à celle du contrat de mandat ou à celle du contrat d'entreprise. La même structure se retrouve sous forme atténuée dans d'autres contrats. Lorsqu'une majorité d'éléments concomitants sont identifiés pour un contrat, sa qualification ne pose guère de difficultés (exemples: à notre avis, le contrat avec un dentiste est un mandat; de même que le contrat d'enseignement, la consultation juridique ou l'expertise). Sont plus difficiles à qualifier les contrats qui ne possèdent qu'un nombre limité des éléments caractéristiques du mandat ou du contrat d'entreprise. C'est à leur propos que la jurisprudence est souvent divisée ou les praticiens perplexes. Exemples: le contrat avec une agence de publicité, l'assistance technique, les services artistiques *(«Geistwerkvertrag»)*, l'affermage de publicité, le factoring, les opérations de recherche sous contrat, le transfert de savoir-faire. Il est logique que ces contrats soient souvent considérés comme des contrats *sui generis* (exemples: le factoring, l'affermage de publicité, l'assistance technique, les transferts de savoir-faire, les opérations de recherche sous contrat). En somme, seuls ces contrats sont véritablement «modernes», au sens qu'ils supposent des réalités techniques et sociales différentes du XIXe siècle. Qu'on imprime un texte sur une linotype ou une imprimante laser, il s'agit toujours d'un contrat d'entreprise. En revanche, que l'on cède ses factures pour encaissement ou que l'on recoure au *factoring* ne peut être indifférent pour la qualification et le régime juridique des opérations. Il est d'ailleurs frappant que ces contrats «inclassables» soient pour la plupart des conventions qui expirent par l'écoulement du temps [246]. Ceci explique que l'on soit tenté d'en faire des contrats *sui generis*, puisque ni le mandat, ni le contrat d'entreprise (encore moins, à vrai dire) ne sont dans la règle des contrats conclus pour une période déterminée à l'avance.

Nous proposons donc une méthode de qualification «structuraliste» fondée sur l'analyse des points fondamentaux du contrat et l'identification de leurs corrélations. Les contrats de *mandat* ou proches du mandat se caractérisent par la réunion de

[246] C'est le cas du contrat avec une agence de publicité (sauf exception), du contrat d'assistance technique, de la plupart des services artistiques, de l'affermage de publicité et du factoring, plus rarement du contrat de recherche et développement. Voir de surcroît texte à n. 132 ci-dessus.

la plupart des sept traits suivants: ils imposent une obligation de *moyens,* le résultat recherché ne pouvant faire l'objet d'un examen judiciaire quant à sa *conformité* avec les prévisions des parties; ceci suppose en général une *confiance accrue* du client envers le mandataire, laquelle entraîne la possibilité de *répudier le contrat sans verser les bénéfices espérés* du mandataire; en contre-partie, le client supporte les *risques,* et le mandataire ne répond que de sa *faute.* Relevons en particulier que devoir une obligation de moyens décharge le mandataire d'une partie de sa responsabilité civile, mais qu'il en subit les conséquences financières: son gain n'est jamais assuré à la conclusion du contrat.

Les contrats d'entreprise et les contrats qui y sont assimilables se caractérisent par la réunion des sept points suivants: ils visent la réalisation d'un *résultat,* dont on peut souvent juger s'il est *conforme* à la convention; la *garantie causale* du fournisseur *remplace la confiance* accrue typique du mandat; il est dès lors superflu pour le client de pouvoir résilier la convention en tout temps sans devoir verser une *indemnité complète comprenant le bénéfice manqué;* en contre-partie, les *risques* sont en principe supportés par le fournisseur de services. Puisqu'il doit un résultat, le fournisseur a d'emblée *droit à son gain entier.* Il va de soi que seul le résultat est garanti; les services en eux-mêmes ne font pas l'objet d'une responsabilité causale; s'ils sont mal rendus, entraînant par là un dommage, la faute du fournisseur sera requise pour qu'il doive réparation.

On voit donc que le système légal est fort cohérent: la «garantie causale» pour le résultat se substitue à cette «garantie légale» de la confiance que constitue la possibilité de résilier le contrat en tout temps. Le régime des risques, celui de l'indemnité en cas de résiliation correspondent à cette antinomie fondamentale. Il serait donc irréfléchi d'appliquer telle solution sur un point, telle autre solution sur un autre, sans tenir compte du système intrinsèque de chacun des contrats. Seul le respect des équilibres inhérents aux relations qui existent entre les solutions légales permet de définir un régime juridique équitable pour un contrat particulier.

En dehors des sept points liés entre eux, qui définissent l'ossature véritable d'un contrat concret, les autres éléments caractéristiques jouent un rôle secondaire. Il s'agit de points de fait, réglés par l'accord des parties:

1. Le contrat porte-t-il sur un objet matériel, immatériel, ou encore susceptible de fixation sur un support matériel? Ceci peut tout au plus faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre lorsqu'aucune autre structure fondamentale n'est reconnaissable, car les règles sur la garantie du résultat sont d'application plus difficile lorsque l'objet de la convention ne se matérialise pas du tout.

2. Le contrat doit-il durer jusqu'à la réalisation d'un certain résultat, ou pour une certaine période? La plupart des contrats d'entreprise durent jusqu'à ce que le résultat voulu soit atteint, mais c'est également le cas des contrats de mandat traditionnels (avec le médecin, l'avocat chargé d'un procès, l'architecte). On trouve cependant des contrats d'entreprise conclus pour une certaine durée (abonnement pour réglage et entretien d'installations diverses), et des mandats de ce type (conseil juridiques et fiscaux avec forfait annuel).

Il peut s'agir aussi de règles de droit qui sont applicables par suite de la nature du contrat et de sa qualification, comme les pouvoirs de représentation du mandataire ou la substitution patrimoniale en faveur de son client. S'ils sont réglés *expressis verbis* dans le contrat, ces points peuvent faciliter la qualification, à titre très subsidiaire.

En conclusion, on constate que la méthode de qualification «structuraliste» combine la méthode de qualification traditionnelle fondée sur les *essentialia negotii,* la méthode typologique et la méthode téléologique, puisque les réponses apportées sur les divers points fondamentaux reposent sur la solution qui paraît désirable en règle générale. Notre méthode n'exclut guère que la méthode pointilliste, laquelle autorise l'application d'une norme en se fondant directement sur le sentiment de la justice, mais soustrait le contrat aux délicats équilibres inhérents à un système cohérent et à la sécurité qui en découle. Notre méthode ne s'applique pas nécessairement aux contrats mixtes, et il ne conviendrait pas de l'assimiler à la théorie de l'absorption. Cependant, la plupart des contrats de service ne sont pas des contrats mixtes, ce qui nous dispense d'approfondir ici les mérites de la théorie de l'absorption et ceux de la théorie de la combinaison. Tout au plus notera-t-on qu'en appliquant la théorie de la combinaison, il s'impose de ne pas dissocier les éléments qui sont organiquement liés entre eux dans le système du Code des obligations.

Chapitre cinquième: résiliation et responsabilité

A. La résiliation des contrats de service

La résiliation des contrats de service suscite deux sortes de questions. D'une part, quand et pourquoi peut-on résilier le contrat? D'autre part, quelles indemnités sont dues? Il convient d'étudier ces questions à la fois selon l'article 404 CO applicable au contrat de mandat, selon l'article 377 CO applicable au contrat d'entreprise, et selon les autres dispositions applicables aux contrats de durée.

1. Article 404 al. 1 CO

«Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps.»

a) Principe

Cette règle exprime l'idée que les deux parties peuvent mettre fin au contrat, le mandant par une *révocation,* le mandataire par une *répudiation.* Les termes de «révocation» et de «répudiation»[247] ont pour seul but de faire ressortir que les deux parties sont au bénéfice du droit de mettre fin au contrat. Il ne convient pas de leur attacher d'autre importance.

Selon la plupart des auteurs, le fondement de cette règle est double. D'une part, le mandat est conclu dans l'intérêt du mandant. Il n'y a pas de mandat qui soit seulement dans l'intérêt du mandataire – même le mandat d'encaissement confié à la suite d'une cession à titre de sûreté; et la plus grande partie des mandats sont dans l'intérêt spécifique exclusif du mandant. Maître de son patrimoine et de la conduite de ses affaires, le mandant peut en confier la sauvegarde à un mandataire, mais la lui retirer à tout instant, puisque le mandat est dans son intérêt. La résiliation est la conséquence ultime du pouvoir de donner des instructions (art. 397 CO).

D'autre part, les mandats traditionnels sont affaire de confiance. Dès que la confiance du mandant est ébranlée, il est normal qu'il retire au mandataire la gestion de son patrimoine ou la protection de ses intérêts personnels. Certes, il y a des

[247] «Renonciation» eût été préférable, en français, selon PH. MEYLAN, Révocation et renonciation du mandat en droit romain classique, *in* Studi in onore di Giuseppe Grosso, t. I, Turin 1968, pp. 465 ss, à p. 466 n. 4.

degrés dans la confiance. Tout contrat suppose un minimum de confiance, mais les contrats de durée en exigent davantage. De plus, un contrat passé avec le membre d'une profession libérale est en général conclu *intuitu personae,* d'où une confiance accrue. Enfin, lorsque le mandat porte sur des intérêts personnels plutôt que patrimoniaux, une confiance particulière va unir les co-contractants. Parfois, la confiance est réciproque: un avocat doit conserver une certaine confiance envers son client, s'il ne veut pas s'exposer à plaider une cause qu'il sait mal fondée. Un banquier doit vérifier la provenance des fonds qu'il gère, s'il ne veut pas violer la Convention de diligence. L'internat doit pouvoir se séparer d'un élève qui ne se plie pas aux règles de la vie en commun. En fait, la confiance du professionnel envers son client est l'une des caractéristiques des professions libérales, et c'est la perspicacité humaine de leurs membres qui en fait souvent le prestige, autant que leurs connaissances professionnelles. Le Code des obligations vise principalement les professions libérales lorsqu'il permet la répudiation du mandat. C'est donc l'usage qu'il consacre.

b) Comparaison avec d'autres contrats

La confiance du client envers celui qui fournit une prestation caractéristique n'est pas le propre du mandat. Le contrat de travail, le contrat d'agence, le courtage, le dépôt, les contrats innommés comme la concession exclusive et les contrats de société sont tous fondés sur une certaine confiance. Il en va de même pour le contrat d'entreprise. Or, le Code ou la jurisprudence n'y attachent pas les effets de l'article 404 CO. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que l'exclusivité du courtage peut être concédée pour un certain temps[248]. Dans le contrat d'agence, l'article 418q CO permet également aux parties de prévoir un délai de résiliation plus long que le minimum légal. A l'article 475 CO, le déposant reçoit certes le droit de réclamer en tout temps la chose due, car le dépôt est en principe opéré dans son propre intérêt; mais il doit rembourser au dépositaire les frais engagés par celui-ci en considération du terme convenu. Enfin, certains contrats durables peuvent être dénoncés aux termes des dispositions de la loi, même sans justes motifs (contrat de prêt: art. 318 CO; contrat de travail: art. 336b et d CO; contrat d'agence: art. 418q CO; contrats innommés: art. 546 CO

[248] ATF 100 II 361.

appliqué par analogie). Le contrat d'entreprise aussi peut être résilié par le maître aussi longtemps que l'ouvrage n'est pas terminé, mais à condition d'indemniser complètement l'entrepreneur (art. 377 CO)[249].

En rapprochant ces dispositions, on voit qu'en général, la résiliation peut être provoquée par les deux parties, dans le mandat comme dans le contrat de travail ou les contrats de longue durée. Toutefois, celui qui fournit les prestations caractéristiques peut d'ordinaire s'obliger à respecter un terme fixé par la convention (art. 336 d et 475 CO).

c) Justes motifs

La notion de justes motifs joue un grand rôle en rapport avec la résiliation, soit dans la loi (art. 269 et 291 – «circonstances graves», 337, 373 al. 2, 418 r, 527 et 545 al. 1 ch. 7 CO), soit dans la jurisprudence relative aux contrats innommés[250]. Le Tribunal fédéral, en appliquant l'article 404 al. 2 CO, examine aussi dans quelle mesure le comportement fautif d'un professionnel peut justifier une résiliation sans indemnité[251]. Dans l'ensemble, justes motifs et faute du co-contractant se recoupent. Toutefois, la notion de justes motifs est différente de celle de faute du co-contractant dans l'accomplissement de ses obligations, puisque des justes motifs peuvent avoir trait à des violations du contrat non fautives ou à des circonstances extérieures: l'entrepreneur qui va arrêter l'exploitation de son entreprise sans être fautif peut ainsi résilier le contrat de travail avec effet immédiat (art. 337 al. 1 et 2 CO)[252]. L'absence de faute (par exemple de l'employé) n'exclut le juste motif que si la loi le prévoit explicitement dans un but de protection sociale (art. 337 al. 3 CO). A l'inverse, une faute légère peut ne pas constituer un juste motif, par exemple si l'employeur a omis de mettre en garde le travailleur[253].

[249] La prétention de l'entrepreneur à une indemnité selon l'art. 377 CO sera réduite si le maître s'est départi du contrat pour une raison dont l'entrepreneur répond également; RSJ 1977, p. 111 n° 41. Aussi a-t-on jugé qu'il est possible de dénoncer un contrat d'entreprise pour justes motifs, indépendamment de l'art. 377 CO: RSJ 1939/40, p. 334 n° 236. Cf. pour un résultat semblable: RSJ 1982, p. 314 n° 55. Voir cependant ATF 69 II 142–144; GAUCH, p. 116 n° 409.

[250] ATF 92 II 300; voir ci-dessus n. 226.

[251] ATF 104 II 320; voir ci-dessous à n. 300.

[252] ATF 60 II 289.

[253] ATF 108 II 303; 112 II 41; SJ 1984, p. 23 (faute grave).

A notre avis, la rupture des rapports de confiance constitue un juste motif de résiliation non seulement dans le contrat de travail[254], le contrat de licence[255], le contrat de représentation[256], le contrat de fiducie[257] et le contrat de société simple[258], mais pour l'ensemble des contrats de service. (Il ne convient évidemment pas de se prononcer ici sur les autres contrats durables pour lesquels la jurisprudence est plus restrictive, par exemple en ce qui concerne les contrats de bail [art. 269 CO][259] et de bail à ferme [art. 296 CO].) Tous les contrats de service, sauf peut-être le contrat de transport de personnes (et encore!), supposent une certaine confiance du client envers le fournisseur du service. Toutes ces conventions doivent donc pouvoir être révoquées par le client désabusé, la question des dommages-intérêts pour révocation en temps inopportun (art. 404 al. 2 et 475 CO) demeurant ouverte pour l'instant.

En revanche, la répudiation par le fournisseur de services n'a pas la même raison d'être, sauf lorsqu'il s'agit des mandats hautement personnels de l'avocat, du banquier, du fiduciaire, de l'administrateur de société, du médecin, etc. C'est uniquement un rapport de confiance spécial et *bilatéral* qui justifie la possibilité de résilier le contrat. Encore faut-il que cette répudiation n'apparaisse pas comme un «venire contra factum proprium»; ainsi, l'arbitre ne peut renoncer librement à sa mission; seuls de justes motifs l'y autoriseront[260].

Il est patent que la limitation de la résiliation par le client au seul cas des justes motifs est souhaitée dans les milieux qui proposent leurs services[261]. Sans doute préféreraient-ils encore l'application de l'article 377 CO, qui leur donnerait droit à une marge bénéficiaire en cas de résiliation, tout en les contraignant

[254] Art. 337 CO. Voir par exemple ATF 111 II 242; 101 Ia 545; 97 II 142; 93 II 18.

[255] ATF 92 II 300; RSPIDA 1979, pp. 71–72 (TF).

[256] ATF 99 II 308; 89 II 35 in fine; SJ 1985, p. 650 (TF); RSJ 1984, p. 322 n° 58. ATF 107 II 216 (application de l'art. 546 CO par analogie).

[257] GAUTSCHI, N. 58 ad Art. 394 CO.

[258] ATF 74 II 172.

[259] Voir spécialement ATF 60 II 213.

[260] SJ 1984, p. 392. TH. RÜEDE/R. HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zurich 1980, pp. 153–166; DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, t. I, Berne 1982, p. 286 n° 194; P. JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 321, n° 22 d) ad Art. 23.

[261] Voir par exemple U. HESS, pp. 22–23; BÜHLER, p. 121; A. FUCHS, *in* EDV-Software/Les logiciels et le droit, publication CEDIDAC n° 4, p. 40.

à fournir leur prestation si l'autre partie ne les révoque pas. Au contraire, l'article 404 CO ne les satisfait pas, puisqu'il permet la résiliation en tout temps et sans indemnité pour le bénéfice échappé. Ils tentent donc d'échapper à l'article 404 CO dans leurs conventions et leurs conditions générales.

d) Droit impératif, semi-impératif ou dispositif?

Le Tribunal fédéral a presque constamment jugé que l'article 404 CO est de droit impératif[262]. Une partie de la doctrine défend une interprétation différente[263]. En ce qui concerne les architectes, les juges de Mon-Repos ont laissé la question ouverte dans un arrêt de 1983[264]. D'ailleurs, ils avaient déjà jugé que la renonciation d'un avocat au bénéfice de l'article 404 CO ne fait pas nécessairement d'un contrat de service un contrat de travail[265]. Ils ont également admis une clause pénale attachée à la résiliation anticipée d'un contrat de courtage[266].

Cette question est essentielle. Si les parties au contrat de service peuvent échapper à l'application impérative de l'article 404 CO dans ses deux alinéas, il est très probable que la figure du contrat de mandat redevient la plus appropriée à leur convention.

En effet, lorsqu'on qualifie un contrat de service autrement que comme contrat de mandat, c'est en règle générale pour contraindre celui qui fournit un service à respecter ses obligations; par exemple, l'artiste de cabaret doit apparaître sur scène au moment convenu; de même, le producteur de logiciel n'a pas

[262] ATF 109 II 467; 106 II 159; 104 II 116; 103 II 130; 98 II 307; 59 II 261; RSJ 1970, p. 8 n° 1; RSJ 1968, p. 24 n° 6, à p. 26 in fine.

[263] Voir GAUCH, *in* recht 1 (1983), p. 136 et *in* Werkvertrag (1985), n° 58, avec de nombreuses citations. Voir aussi HOFSTETTER, Gloses sur les mandats illicites ou immoraux, *in* Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, p. 288 n. 7. Parmi les auteurs opposés au caractère impératif de l'art. 404 CO, relevons les noms de FRIEDRICH, RSJB 91 (1955), pp. 477–478; M. KOLLER-TUMLER, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht, *in* recht 2 (1984), pp. 49 ss, à p. 51; BUCHER, RDS 1983, II, pp. 325–326; R. BÄR, RSJB 121 (1985), p. 226; VON BÜREN, pp. 140–142; W. RUPPERT, Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, RSJ 1970, p. 285; U. HESS, p. 33 et surtout pp. 141–142; en faveur de la jurisprudence fédérale: BECKER, N. 8 ad Art. 404 CO; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 466; MERZ *in* RSJB 116 (1980), p. 20; HOFSTETTER, pp. 52 ss; PEYER, pp. 134–135 (pour le droit positif).

[264] ATF 109 II 467 c. 3 e.

[265] ATF 95 I 25.

[266] ATF 100 II 366 c. 4. Pour le contrat d'architecte, cf. ci-dessous n. 326 et 336.

le droit de répudier son mandat en laissant les ordinateurs inutilisables. Quelquefois aussi, les suites financières de la révocation par le client paraissent injustes – mais nous en parlerons plus loin.

Dès lors, la jurisprudence devrait admettre qu'on puisse renoncer à la *répudiation* du contrat. Cette renonciation pourrait être explicite ou implicite, par exemple lorsque la fourniture d'un service a été convenue pour une date précise. En cas de renonciation à la possibilité de répudier le mandat, seuls de justes motifs pourraient dispenser le fournisseur de son obligation – tout en n'excluant pas, pour le client, une éventuelle prétention en dommages-intérêts. Cette solution permet au fournisseur de services d'invoquer sa liberté lorsqu'il y a de justes motifs, tout en sauvegardant à la fois la confiance du client et les investissements que les parties ont pu faire compte tenu de l'octroi du mandat.

Il s'agit de la solution du § 671 BGB. Nous croyons qu'elle est mieux adaptée aux contrats de service que l'interprétation actuelle de l'article 404 CO par le Tribunal fédéral[267]. Ceci ne concerne d'ailleurs pas le mandat d'accomplir des actes juridiques, pour lesquels l'article 34 CO conserve toute sa portée. De plus, la solution pratique pour les mandats hautement personnels n'en sera pas modifiée, puisque la perte de la confiance du mandataire envers son client constitue un juste motif de la résiliation.

e) Droit positif ou droit souhaitable?

En 1875, lors des travaux préparatoires du Code fédéral des obligations, une solution semblable à celle du § 671 BGB avait été retenue pour les mandats qui comportent des pouvoirs de représentation: le mandant avait en tout temps le droit de révoquer un tel mandat, nonobstant une clause contraire du contrat. Pour les mandats sans représentation, seuls de justes motifs autorisaient le mandant à résilier le mandat à l'encontre des termes du contrat. Le mandataire, de son côté, n'avait le droit de résilier le contrat de façon anticipée qu'en cas de justes motifs. Dans le projet de 1877, en revanche, le mandant obtient le droit impératif de révoquer le contrat dans tous les types de mandat. Il doit des dommages-intérêts s'il avait renoncé à ce droit ou s'il résilie de façon intempestive. De son côté, le manda-

[267] Voir par ex. STÖRI, pp. 113 ss.

taire reçoit le droit de répudier le contrat, mais il s'agit d'une norme supplétive[268]. Il doit des dommages-intérêts chaque fois que la continuation du mandat lui eût été possible. Enfin, l'inégalité entre mandant et mandataire n'est éliminée que dans le projet de 1879, qui deviendra loi sur ce point. Les deux parties obtiennent le droit de résilier le contrat en tout temps, nonobstant une clause contraire du contrat[269].

Très tôt, la jurisprudence cantonale a reconnu le caractère impératif de la possibilité de résilier le mandat en tout temps, par exemple à propos d'un mandat de gestion d'immeubles[270]. Il est piquant de constater que ce type de mandat fera précisément l'objet de décisions contradictoires du Tribunal fédéral presqu'un siècle plus tard[271]. Cependant, cette coïncidence pourrait aussi stimuler la réflexion: cela ne suggère-t-il pas que la volonté du législateur historique n'est plus adaptée à la situation économique actuelle, et qu'une interprétation historique et traditionnelle de l'article 404 al. 1 CO négligerait l'essentiel du problème?

La jurisprudence cantonale ultérieure ira dans le même sens[272]. Quant au Tribunal fédéral, c'est seulement cinquante ans après la promulgation du Code qu'il confirme le caractère impératif de l'article 404 CO[273]. Les arrêts fédéraux topiques sont d'ailleurs peu nombreux.

Il est intéressant de constater que les pays voisins, l'Allemagne, la France, l'Italie, ont tous admis une autre solution[274]. Ceci confirme d'abord qu'aucune tradition solide ne découle du droit romain classique ni de la tradition des glossateurs[275]. Même les Pandectistes n'étaient pas d'accord entre eux: ainsi,

[268] La volonté d'éviter toute inégalité entre les positions du mandant et du mandataire a joué un rôle déterminant dans les travaux législatifs à propos de l'art. 402 aCO; Schweiz. Bl. für Handelsrechtliche Entscheidungen 8 (1889) à p. 282 = Revue der Gerichtspraxis 8 n° 11, pp. 30 ss.

[269] Voir PEYER, pp. 136–139 et l'arrêt précité c. 3.

[270] Arrêt précité n. 268; voir aussi Revue der Gerichtspraxis 1885, p. 50.

[271] Comparer ATF 83 II 529 et ATF 106 II 159. (Dans le sens de cet arrêt, voir RSJ 1980, p. 149 n° 13: le mandat de gérance est révocable en tout temps; *contra:* SJ 1942, p. 24: le mandat de régisseur est révocable en tout temps, *sauf convention contraire.)*

[272] Voir RSJ 1910/11, p. 378 n° 377; RSJ 1915/16, p. 99 n° 21; RSJ 1918/19, p. 166 n° 117; ne se prononce pas: TC vaudois *in* JdT 1885, p. 458.

[273] ATF 59 II 261. L'arrêt ATF 57 II 190, cité *in* ATF 98 II 307 à ce propos, ne précise pas que l'art. 404 CO est impératif.

[274] W. RUPPERT, *in* RSJ 1970, pp. 285 ss.

[275] MEYLAN cité ci-dessus note 247, à pp. 465 ss.

DERNBURG admettait la révocation du mandat mais exigeait, comme l'article 377 CO le fait pour le contrat d'entreprise, que le montant total des honoraires soit payé par le mandant[276]; de son côté, WINDSCHEID admettait la résiliation en tout temps, sauf résiliation par le mandataire en temps inopportun, auquel cas il exigeait de justes motifs[277]. De toutes façons, les cas cités par les glossateurs et les Pandectistes ne peuvent guère guider notre réflexion. Il suffit de rappeler que l'une des principales hypothèses visées par l'Ecole (à propos du remboursement des pertes fortuites du mandataire, réglé à l'article 402 CO) était celle de l'Ambassadeur Jean d'André, détroussé en 1328 par des brigands de grand chemin[278]. Nous sommes loin des contrats de service actuels.

La doctrine suisse admet dès ses débuts le caractère impératif du droit de résilier le mandat en tout temps[279]. NELLI JAUSSI, BECKER, HANS-PETER FRIEDRICH paraissent avoir été les pre-

[276] Pandekten, Berlin 1886, t. 2, p. 307.

[277] B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8e éd., Francfort 1900, § 411, pp. 751–752.

[278] Voir E. H. KADEN, Des pertes fortuites du mandataire, *in* Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, pp. 19 ss, à p. 23 (où l'on trouvera, comme dans PH. MEYLAN ci-dessus n. 247, une bibliographie relative au mandat pour l'époque antérieure à la codification).

[279] Voir P. JACOTTET, Manuel du droit fédéral des obligations, Neuchâtel 1884, p. 235. SCHNEIDER-FICK, Das schweizerische Obligationenrecht, t. I, Zurich 1892, p. 520, N. 1 ad Art. 402 aCO; SUTER, p. 50; E. HODLER, Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht..., thèse Berne 1909, p. 110; H. OSER, Zürcher Kommentar, 1915 N. 1 b ad Art. 404 CO.

PEYER, pp. 140–141, critique l'influence que la thèse de HODLER (spécialement pp. 105 ss) a exercé sur la doctrine ultérieure, en particulier les commentateurs. Le raisonnement de HODLER se fondait principalement sur la position prépondérante du mandant telle qu'elle serait ressortie de la définition légale du mandat selon l'ancien article 392 al. 1 CO (1881): «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 est chargé». PEYER souligne qu'en 1911, les termes «selon la volonté du mandant» ont fait place à ceux de *«dans les termes de la convention»*. Selon lui, il conviendrait de déduire de cette modification législative que désormais, les termes de la convention pouvaient fixer d'avance les détails de l'exécution du mandat. Par conséquent, il ne serait plus nécessaire, dès 1911, d'admettre que la révocation du mandat en tout temps est impérative, puisque la révocation constitue en somme la forme ultime du droit de donner des instructions (cf. sur ce point GAUTSCHI, N. 2 a ad Art. 397 CO).

A l'encontre de ce raisonnement, on objectera d'abord que les termes *«selon la volonté du mandant»* servaient surtout à distinguer le mandat de la gestion d'affaires (comparer avec l'article 469 aCO: «Celui qui, sans

miers auteurs à mettre en doute le bien-fondé de la doctrine dominante. Certes, un très fort courant contemporain les a rejoints[280]. En général, on ne défend pourtant une autre solution qu'en droit souhaitable[281]. Dès lors, la solution du droit positif paraît claire. La doctrine et la jurisprudence suisses suivent d'ailleurs l'une des traditions romaines lorsqu'elles admettent le caractère impératif de l'article 404 al. 1 CO pour les deux parties. Il convient de se demander si seule une modification de la loi permettrait de modifier notre droit sur ce point, puisque la pratique, la jurisprudence et la doctrine quasi-unanimes depuis cent ans accordent à l'article 404 CO une portée précise, dépourvue de toute équivoque[282]. Techniquement, l'article 404 CO ne pourrait d'ailleurs pas demeurer identique; en effet, il ne réserve pas la résiliation pour justes motifs; or, le contrat de mandat ne constitue pas toujours un contrat de durée[283], auquel on pourrait appliquer les principes d'une jurisprudence parfois hésitante sur la résiliation pour justes motifs[284]. Il serait donc indiqué de prévoir *expressis verbis* la résiliation pour justes motifs nonobstant toute convention contraire.

mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions probables du maître»). De surcroît, le droit de donner des instructions est déterminé, depuis 1911 en tout cas, par l'article 397 CO, que la jurisprudence considère comme impératif (cf. par exemple RVJ 1979, pp. 68 ss à p. 71, considérant non publié *in* RSJ 1980, p. 149 n° 13). Enfin, la révision de 1911 n'a pas modifié la position prépondérante du mandant; le mandat est toujours conclu principalement dans son intérêt.

[280] N. JAUSSI, Die Auftragssubstitution nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse Zurich 1925, pp. 15–19; FRIEDRICH, RSJB 91 (1955), pp. 475–477.

[281] Voir les auteurs cités ci-dessus n. 261. Cependant TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 352 n° 1283, admet déjà en droit positif que le mandataire puisse renoncer par contrat au bénéfice de l'art. 404 al. 1 CO, la résiliation pour justes motifs demeurant réservée (cf. *ibidem* n° 1331 ss).

[282] Pour les limites posées aux pouvoirs du juge civil en matière d'interprétation de la loi, voir J.-F. PERRIN, Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable, Travaux CETEL, n° 21 (ronéot.), Genève 1982, pp. 30 ss et Le Tribunal fédéral face aux méthodes d'interprétation, SJ 1983, pp. 609 ss, à pp. 616–618.

[283] Selon GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, thèse Fribourg 1968, pp. 11–12 n. 5, le mandat n'est pas un contrat durable; voir aussi ATF 83 II 530; selon PEYER p. 91, le mandat est effectivement un contrat durable; selon HOFSTETTER, pp. 17 et 46–47, le mandat peut être durable, ce qui devient apparent lorsqu'il est combiné avec un contrat de durée comme le contrat de dépôt.

[284] Voir ci-dessus à n. 226 et 249–256. TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, pp. 360–361, admet cependant la résiliation pour justes motifs.

f) Les motifs à l'appui d'une modification du droit positif

La solution du § 671 BGB nous paraît préférable *de lege ferenda:*

1. Le mandant pourrait toujours résilier son mandat en tout temps, nonobstant une convention contraire; sa liberté et ses intérêts personnels seraient ainsi sauvegardés comme à l'heure actuelle. Les suites financières de la révocation seraient décidées compte tenu des investissements du co-contractant et des circonstances de la révocation, comme en droit positif. Cela devrait suffire à satisfaire les milieux des mandataires professionnels.

2. Le mandataire pourrait également résilier le mandat en tout temps, à moins qu'il ne se soit obligé à mener certains travaux à bonne fin ou à respecter certains délais de résiliation. Dans ce cas, il devrait établir de justes motifs s'il ne veut pas subir la sanction habituelle de sa demeure: l'exécution personnelle étant généralement exclue, à condition de suivre la procédure prévue aux articles 107 ss CO, le mandant aurait le droit de choisir entre la compensation de son dommage fondée sur l'intérêt négatif ou sur l'intérêt positif. Ce régime s'explique du fait que le mandataire n'a pas, dans la plupart des contrats de service, un intérêt personnel prépondérant à pouvoir résilier en tout temps. Sa liberté, son crédit ne sont pas en jeu.

Le status quo n'est recommandable que pour les professions libérales. Dans ces professions, les deux parties ont la possibilité de résilier en tout temps en raison d'un intérêt idéal, fondé sur leurs intérêts personnels et leur liberté, de même que d'un intérêt patrimonial évident, la protection de leurs investissements justifiant souvent la rupture avec un co-contractant qui ne mérite plus leur confiance.

Or, la distinction entre professions libérales et autres professions n'est ni absolument claire[285], ni susceptible d'être définie par la loi, puisqu'il s'agit d'un usage fondé sur un consensus social. D'ailleurs, dans toutes les professions libérales, la perte de la confiance du mandataire en son mandant sera réputée constituer un juste motif de répudiation. La jurisprudence

[285] Qu'en est-il par exemple d'une permanence dentaire? D'une permanence juridique? Cf. ATF 100 Ib 345 et 350. D'un notaire actif comme gérant d'immeuble? Cf. ATF 97 I 170. Voir aussi GAUCH, *in* Le droit de l'architecte, p. 10 n. 35: le droit des obligations ne prévoit pas de contrat particulier pour l'exercice des professions libérales.

pourra donc sanctionner l'usage lorsque, par extraordinaire, le membre d'une profession libérale se serait engagé pour une durée déterminée et répudierait le mandat auparavant.

Trois objections au moins se présentent à l'esprit à l'encontre d'une solution analogue à celle du § 671 BGB:

1. D'une part, elle ne répond pas aux questions qui se posent dans la pratique. En effet, la répudiation du mandat par le mandataire est exceptionnelle. Elle n'a pas donné lieu à des litiges notables. Il s'agirait en revanche de régler la question de la révocation par le mandant[286], qu'on trouve au centre des controverses déclenchées par l'arrêt SAUTER[287].

En réalité, la solution de la loi actuelle et du § 671 BGB sur ce point-ci nous paraît bonne pour les contrats de service modernes comme pour les mandats classiques. Seule la jurisprudence peut arbitrer le conflit entre la *liberté* du mandant, qu'il s'agit de préserver en raison des intérêts personnels en jeu et de la confiance qui doit l'unir au mandataire, et les *investissements* du mandataire, puisque ceux-ci varient de cas en cas. L'application large de l'article 404 al. 2 CO doit prévenir ce que l'application stricte de l'alinéa premier peut avoir de rigoureux. Dans les faits, la résiliation anticipée d'un contrat de service prévu pour une certaine durée est un événement exceptionnel. La sanction logique en sera la condamnation à des dommages-intérêts s'ils paraissent mérités. Ceci dépend surtout des circonstances.

2. D'autre part, la solution du § 671 BGB ne serait pas admissible car elle crée l'inégalité entre les parties. Cet argument a joué un grand rôle dans l'histoire législative[288]. Pourtant, l'évolution de la législation nous a habitués à des différences de réglementation destinées à protéger les travailleurs, les agents de commerce ou les consommateurs. Du reste, les contrats-

[286] En Allemagne, on discute si, en droit désirable, le mandant pourrait se voir appliquer la réglementation valable pour le mandataire. Voir K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, vol. II, 12e éd., Munich 1981, p. 340. En droit positif, aucun doute n'est possible sur le fait que le mandant peut toujours révoquer le mandat en dépit d'une convention contraire. Voir DENECKE, Großkommentar zum BGB, 11e éd., vol. II, p. 695 Anm. 2 ad § 671 BGB. Il convient de réserver le cas du mandat d'intérêt commun: PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, N. 2 ad § 671 BGB, citant un arrêt du Bundesgerichtshof dans ce sens: WPM 71, p. 956.

[287] ATF 98 II 305.

[288] Voir SUTER, p. 50 n. 4 in fine et ci-dessus n. 268.

types et les conditions générales sont le plus souvent établis par les mandataires ou leurs associations (à l'exception, on l'a vu, des pouvoirs publics agissant comme maîtres de l'ouvrage ou d'autres maîtres d'œuvre très puissants). On ne peut donc prévoir que les mandataires professionnels se lient souvent par des mandats irrévocables sauf pour justes motifs.

3. Enfin, l'avantage évident du droit actuel sur la solution du § 671 BGB, c'est qu'on ne doit pas établir de juste motif pour justifier la répudiation d'un contrat de service soumis au mandat. Or, invoquer de justes motifs tenant au comportement de son client ou aux faits de la cause peut plonger un mandataire professionnel dans l'embarras, et desservir son client aussi [289].

Cependant, la jurisprudence actuelle ne permet pas toujours de tourner cette difficulté, puisque la notion de justes motifs, indifférente pour l'article 404 al. 1 CO, refait surface au moment d'appliquer l'article 404 al. 2 CO. De surcroît, les litiges relatifs aux services médicaux ou bancaires, à la responsabilité des notaires, etc., impliquent souvent qu'on établisse la faute du mandataire. On ne voit donc pas pourquoi le mandataire devrait s'abstenir d'invoquer de justes motifs tenant à son client. Le devoir de fidélité pendant le mandat ne peut pas le paralyser à cet égard lorsque le mandat est répudié.

Il n'est guère utile d'exposer plus longuement les mérites de la solution du § 671 BGB. Il est extrêmement peu probable qu'elle soit proposée au Parlement suisse. Le mal n'est pas grand. Les vraies difficultés que suscite le droit actuel concernent en réalité les conséquences partrimoniales de la résiliation, pour lesquelles la jurisprudence a déjà apporté des solutions de compromis équitables sous l'empire de l'article 404 al. 2 CO.

2. Article 404 al. 2 CO

«Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause.»

a) Principe

L'article 404 al. 2 CO corrige les effets de l'alinéa premier lorsque l'équité le demande. En principe, les contrats doivent être

[289] Voir HOFSTETTER, pp. 54–55.

respectés. En pure doctrine il est vrai, l'article 404 alinéa premier CO n'apporte pas une dérogation véritable à ce principe[290]. D'une part, en effet, le contrat doit être respecté jusqu'au moment où la résiliation déploie ses effets. D'autre part, une fois la résiliation effective, le contrat ne doit plus être respecté puisqu'il a pris fin...

En pratique cependant, l'inexécution d'une obligation découlant du contrat va souvent constituer une *résiliation implicite*[291]. Laissant intact le passé, la résiliation permet donc de se libérer de ses obligations contractuelles pour l'avenir au moment où l'on est décidé à ne plus les respecter.

Or, si le droit protège la liberté des parties, il ne peut se désintéresser des conséquences patrimoniales de la résiliation. Celle-ci peut mettre en péril les investissements du maître. Qu'on pense à un chantier que le directeur des travaux laisserait à l'abandon! L'article 405 al. 2 CO énonce à ce propos une obligation de sauvegarder les intérêts du maître même après la fin du mandat, pour le cas particulier de la résiliation ensuite de décès ou de faillite, mais on doit y voir l'expression d'un principe plus général[292]. Pour prendre un autre exemple, la liberté du créateur d'une œuvre protégée doit lui permettre de ne pas livrer à temps, si tel est le *diktat* de sa conscience scientifique (parce qu'il n'a pas pu vaincre tous ses doutes) ou de sa réputation artistique (parce qu'il n'a pas surmonté ses scrupules). Il en est le seul juge. Cependant, s'étant engagé, il doit ménager les intérêts de son cocontractant. Celui-ci peut avoir investi du temps ou de l'argent en considération de sa commande[293]. Le cas contraire est d'ailleurs concevable: l'architecte qui se voit commander un projet peut passer un temps considérable en esquisses, avant-projets, entretiens préalables. Cet investissement mérite la protection de la loi même si la liberté du maître de l'œuvre conduit à lui reconnaître le droit de révoquer son mandat.

[290] Voir HOFSTETTER, p. 55.

[291] Voir déjà SUTER, p. 52 citant Handelsrechtliche Entscheidungen 10 (1891), p. 107 (mandat de courtage résilié implicitement du fait que le courtier s'est montré négligent dans l'accomplissement de ses obligations). HODLER, pp. 111–112. La doctrine moderne reconnaît également la résiliation implicite. Voir TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 339 no. 1214.

[292] TERCIER, p. 341, n° 1223 et n. 54.

[293] Un ancien arrêt concerne ainsi les dommages subis par un éditeur ayant reçu une si mauvaise traduction d'un ouvrage à publier qu'il avait dû en commander une autre; entretemps, les frais d'impression et le coût du papier avaient augmenté de façon considérable: RSJB 54 (1918), pp. 462 ss.

Le compromis de l'article 404 CO en ses deux alinéas représente la volonté de ménager deux intérêts contradictoires. Etant donné la suprématie des valeurs idéales, liberté, confiance, maîtrise de ses affaires, qui justifient la résiliation en tout temps, l'indemnité pour les investissements réalisés ne sera pas automatique. Le législateur a donc limité l'octroi de dommages-intérêts à un double égard. D'une part, seule la résiliation *en temps inopportun* ouvre la voie à une indemnité. D'autre part, le *montant de l'indemnité* est limité. Il convient d'examiner séparément ces deux questions.

b) Résiliation en temps inopportun et résiliation inopportune

L'histoire de cette disposition est intéressante. En effet, le droit de demander des dommages-intérêts en cas de résiliation du mandat est pour la première fois prévu dans le projet de Code fédéral des obligations de 1877, l'action étant alors accordée au mandataire si la révocation par le mandant a lieu en temps inopportun ou *en dépit d'une renonciation contractuelle expresse au droit de révoquer.* Le projet de 1879 et le Code fédéral des obligations correspondent au droit actuel [294] et donnent aux deux parties un droit de résiliation assorti d'une obligation éventuelle de réparer le préjudice subi.

Or, HEINRICH DERNBURG [295], fondé sur certains arrêts du *Reichsoberhandelsgericht* et du *Reichsgericht* [296], admettait déjà qu'une renonciation conventionnelle au droit de révoquer le mandat n'entraîne pas en réalité la perte du droit de le révoquer, mais bien l'obligation de verser les honoraires convenus pour toute la période du contrat. On pourrait trouver un reflet de cette conception dans le projet de 1877. La modification du texte de 1879 et 1881 permet alors de conclure que toute révocation contraire au contrat ne justifie pas l'octroi de dommages-intérêts. Et c'est ce que la doctrine suisse a déduit de l'article 402

[294] Voir PEYER, p. 137

[295] DERNBURG, t. 2, p. 307. Dans le même sens, voir V. ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne 1892, p. 472 (sous réserve que la dénonciation ne soit provoquée par la faute de l'autre partie). Selon V. ROSSEL déjà, p. 473, «s'il y a des motifs légitimes de révoquer ou de répudier, il faut décider qu'aucune réparation ne peut être réclamée, même si le mandat est dénoncé à contre-temps».

[296] ROHG 6, p. 180 et 23, p. 324; RGZ 3, pp. 186 ss; cités par DERNBURG, *eo loco* n. 2.

al. 2 aCO. SUTER expose ainsi, en 1904, qu'une révocation *due au comportement du mandataire* ne donne pas lieu à indemnité [297].

D'emblée, la notion de résiliation *«en temps inopportun»* a donc été comprise de façon large. Il s'agit moins d'une résiliation *intempestive* que d'une résiliation *inadmissible*. Assurément, le facteur temporel peut jouer un rôle, mais la jurisprudence fédérale précisera assez tôt [298] qu'en parlant de résiliation en temps inopportun, le législateur a exprimé «pars pro toto», une cause de l'obligation de réparer parmi d'autres. Toute circonstance qui fait apparaître la résiliation du mandat comme *inopportune* en équité permet au juge de prononcer une condamnation à la réparation du dommage subi. L'article 404 al. 2 CO donne un exemple, un cas particulier, qu'il ne s'agit pas d'interpréter limitativement; en réalité, le juge possède une large compétence pour accorder une indemnité selon les circonstances. D'ailleurs, les juges ont reconnu leur liberté d'appréciation dans l'application de l'article 404 al. 2 CO [299]. La jurisprudence n'admet un devoir de réparer le dommage que lorsque le motif de la résiliation n'est pas imputable à celui qui en demande réparation (en règle générale le mandataire) [300]. Alors que la notion de «juste motif» est indifférente pour appliquer l'alinéa premier de l'article 404 CO, elle redevient essentielle pour appliquer l'alinéa second! Il ne s'agit cependant pas de la même notion de juste motif qu'on rencontre ailleurs dans la loi (art. 337, 418 r, 546 CO par exemple). La faute du co-contractant n'est pas non plus requise. De façon générale, notre droit privé ne consacre d'ailleurs pas une notion unique de juste motif [301].

Tel qu'il est interprété dans la jurisprudence, le système de l'article 404 al. 2 CO est conforme à la répartition des risques

[297] P. 53 avec citation de littérature et de jurisprudence. Discuté par HODLER, pp. 120–121.

[298] Voir ATF 55 II 183.

[299] Voir SJ 1955, pp. 529 ss; SJ 1980, p. 400; RSJ 1914/15, p. 276 no. 229; RSJ 1956, p. 198 nº 111.

[300] ATF 104 II 320; 109 II 469. Voir R. JEANPRÊTRE, Note, JdT 1984, I, p. 219 ch. 6; RSJ 1983 nº 44 à p. 248; SJ 1955, pp. 529 ss (réserve une dénonciation pour «justes motifs»).

[301] Ainsi, il a été jugé que les «motifs justifiés» de l'art. 340c al. 2 CO (à propos de la prohibition conventionnelle de concurrence) ne sont pas nécessairement de «justes motifs» au sens de l'art. 337 CO; ATF 92 II 35; 105 II 201. De même, les «motifs justifiés» de l'art. 418 n al. 3 CO ne sont pas les «justes motifs» de résiliation que l'art. 418r CO rend applicables par renvoi. Voir en général: GAUCH, System der Beendigung, pp. 174 ss.

habituelle dans le contrat de mandat. En effet, contrairement au contrat d'entreprise, dans lequel les risques incombent à l'entrepreneur, les risques du mandat incombent au mandant. S'il révoque le mandat sans que le motif en soit imputable au mandataire et qu'il doit de ce fait une indemnité au vu des circonstances, le mandant supporte par là le risque dû à la survenance d'un motif indépendant de sa volonté et de celle du mandataire. Cependant, il ne supporte pas tout le risque économique, car résiliant immédiatement le mandat, il ne devra pas, en règle générale, rembourser au mandataire les gains que celui-ci espérait réaliser en exécutant le contrat. L'indemnité due pour la période qui restait à courir sera limitée dans son montant. Inversment, si le mandataire révoque le mandat avant d'avoir fait tout ce qui est en son pouvoir pour atteindre le résultat envisagé, il révoque en temps inopportun, sauf si l'autre partie a donné lieu à la révocation ou s'il peut invoquer de justes motifs.

c) La base légale des dommages-intérêts

La compensation due pour la résiliation du mandat ne couvre que le dommage subi par le co-contractant en raison de l'extinction du mandat. Le dommage qui peut résulter d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution antérieurement à la résiliation se mesure selon les règles ordinaires, l'article 398 CO en particulier [302], de même que le dommage qu'il aurait lui-même subi à l'occasion de l'exécution du mandat (art. 402 CO) [303].

En bonne logique, la demeure du débiteur d'une des prestations prévues par convention devrait entraîner l'application des articles 107 à 109 CO [304]. Deux arguments au moins peuvent toutefois être invoqués à l'encontre de cette idée.

[302] TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 342 n° 1228. Exemple donné *eo loco:* un architecte doit corriger à ses frais les défauts d'une construction dont l'état ne correspond pas à celui qu'il aurait dû être lors de la résiliation.

[303] Voir déjà SUTER, p. 53.

[304] Admis par HOFSTETTER, p. 71. Refusé par GAUTSCHI, N. 10 b ad Art. 397 CO et N. 47 b ad Art. 400 CO; les règles des art. 102 ss CO sont dispositives (contrairement à l'art. 404 al. 1 CO); cf. BlZR 1981, p. 217 n° 89; ENGEL, p. 470. La doctrine est partagée à propos du caractère synallagmatique du contrat de mandat. Voir en sa faveur BECKER, N. 10 ad Art. 82 CO; hésitants: OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5 ad Art. 107 CO; ENGEL, p. 490. VON TUHR/PETER, vol. I, 3e éd., p. 149, ne se prononcent pas explicitement sur le mandat; voir d'autres auteurs cités par HOFSTETTER, p. 71 n. 8. In ATF 82 IV 148 et 94 II 268, le TF a explicitement admis le caractère synallagmatique du mandat onéreux. D'ailleurs, on mentionne souvent le contrat d'entreprise

aa. D'une part, la résiliation du mandat en tout temps est la solution traditionnelle en la matière. Provenant du droit romain et consacrée dans le Code, il s'agit d'une *lex specialis* qui déroge aux dispositions générales du Code dans la mesure où existe un conflit [305]. Or, la résiliation de l'article 404 CO agit *ex nunc*, tandis que celle de l'article 107 CO agit *ex tunc*. Pour tout contrat de mandat durable, le système de l'article 404 CO s'appliquera donc seul. Ce point ne paraît d'ailleurs pas contesté, du moins si le contrat durable a reçu un commencement d'exécution [306]. En revanche, si le mandataire a accepté un mandat, du moins à titre onéreux, mais n'a pas commencé de l'exécuter, le mandant serait en droit de suivre la procédure des articles 107 ss CO: il obtiendrait ainsi le choix entre l'exécution en nature, l'exécution sous forme de dommages-intérêts positifs (avec, le cas échéant, la possibilité de ne pas effectuer sa propre prestation, selon la «Differenztheorie»), ou le retrait assorti de dommages-intérêts négatifs.

bb. Les conséquences pratiques du choix donné à l'article 107 CO font pourtant douter de l'opportunité de cette solution.

L'*exécution en nature* d'une prestation personnelle (premier terme du choix) paraît impossible à obtenir, parce que le débiteur peut résilier le mandat en tout temps. Certes, en théorie, la voie de l'article 98 al. 1 CO est ouverte au créancier d'une prestation personnelle [307]. Cependant, la notion de répudiation implicite va s'appliquer: le mandat qui n'est pas exécuté après la mise en demeure du mandant passera en général pour avoir été répudié. On peut tout au plus envisager qu'un mandataire en demeure persiste à vouloir exécuter le contrat, tout en remettant à plus tard l'accomplissement de ses obligations. Alors, la procédure de l'article 107 CO serait utile.

parmi les contrats synallagmatiques (par ex. VON TUHR/PETER *eo loco*). Cependant, le TF ne lui applique pas toujours les art. 107 ss CO (cette application est admise *in* ATF 98 II 115, 92 II 331, 46 II 251; rejetée *in* ATF 98 II 302–303, l'art. 375 CO réglant le cas). Dans ce domaine, la *«Begriffsjurisprudenz»* est impossible.

[305] E. BUCHER, Besonderer Teil, p. 14.

[306] HOFSTETTER, p. 71 n. 10; GAUCH, System der Beendigung, pp. 149 ss (pour qui le créancier ne peut plus résoudre le contrat lorsque l'exécution de la prestation typique, en général la prestation non pécuniaire, a commencé). Voir aussi ATF 78 II 37; 89 II 33; 99 II 310; voir cependant ATF 92 II 301; 97 II 66; 100 II 345.

[307] Voir HOFSTETTER, p. 70. Pour l'autorisation par le juge, voir RSJB 122 (1986), pp. 138 ss.

L'exécution sous la forme de *dommages-intérêts positifs* découle déjà de l'article 398 CO, pour toute la période antérieure à la résiliation du contrat. Ces dommages peuvent en particulier couvrir les bénéfices manqués par le mandant en raison de l'inexécution fautive du mandat. Le mandant doit cependant exécuter, de son côté. L'exception de l'article 82 CO et la possibilité d'invoquer la compensation lui restant ouvertes, sa situation est la même que s'il suivait la procédure de l'article 107 CO, du moins selon l'«*Austauschtheorie*».

Les *dommages-intérêts négatifs* assortis du retrait du contrat n'apportent pas au créancier dont le co-contractant est en demeure une situation plus avantageuse que l'article 404 CO combiné avec l'article 398 CO. C'est au contraire l'article 404 al. 1 CO qui lui est favorable, puisqu'il permet de se départir du contrat sans qu'il soit nécessaire de respecter la procédure de l'article 107 al. 1 CO, c'est-à-dire de fixer un délai et de faire part de son choix immédiatement à l'expiration du délai.

cc. En somme, la demeure du débiteur ouvre en théorie les deux procédures des articles 404 al. 1 et 107 ss CO. Cependant, le défaut de la mise en demeure de l'article 107 al. 1 CO ne peut être opposé à l'exercice des actions en dommages-intérêts du mandant. Pour sa part, le droit de résilier du mandataire limite en principe le montant des dommages-intérêts qu'il devra verser au seul dommage causé au mandant pendant la période où le mandat était valable. Cependant, si la résiliation est inopportune (soit, selon la terminologie légale, si elle intervient en temps inopportun), il devra encore de plus amples dommages-intérêts.

Ce détour un peu fastidieux était nécessaire pour faire comprendre le problème que pose l'article 404 al. 2 CO: tout en permettant au débiteur d'échapper par la résiliation au système usuel de résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution, le législateur a prévu une obligation de compenser le dommage qui résulte de cette faveur accordée aux parties. Par conséquent, si une solution devait être introduite en Suisse selon le modèle du § 671 BGB, le mandataire ne pourrait plus, sauf justes motifs, limiter le montant des dommages dus au mandant en résiliant le contrat avec effet immédiat. Cependant, aussi longtemps que notre droit demeurera fondé sur l'égalité des droits et des devoirs des parties au contrat de mandat, l'article 404 al. 2 CO et ses limitations profiteront ou nuiront également au mandataire et au mandant.

d) Montant de l'indemnité

L'indemnité que doit verser celle des parties qui résilie inopportunément ne se monte pas nécessairement au dommage intégral subi par le co-contractant. En particulier, l'intérêt économique du co-contractant à l'exécution du contrat ne sera pas remboursé [308]. Quelques tribunaux [309] et la doctrine [310] considèrent que seul l'«intérêt négatif» est dû. Que signifie cette formule?

aa. Tout d'abord, il devrait être clair qu'il ne s'agit pas de l'intérêt négatif au sens des articles 26 al. 2 et 39 al. 2 CO. Ces dispositions visent l'intérêt que possédait l'une des parties à ne pas conclure un contrat qui est inexistant, nul ou annulé à la suite d'une erreur ou d'un défaut de pouvoirs de représentation [311]. Il n'y a pas de similitude réelle entre cette situation et celle que régit l'article 404 CO. A l'article 404 al. 2 CO en effet, il n'est pas question de replacer le co-contractant dans la position qui serait la sienne si l'autre partie n'avait pas *résilié* [312]. Cela serait contraire au but de la loi qui permet la résiliation. Mais il ne peut pas être question non plus de le remettre dans la position qui serait la sienne s'il n'avait pas *contracté* – ce qui correspond à la notion habituelle de l'intérêt négatif aux articles 26 et 39 du Code des obligations. En réalité, il a contracté, et il en a retiré des avantages, du moins si un commencement d'exécution a eu lieu. On ne peut donc lui rembourser les postes habituels de l'intérêt négatif (frais de conclusion du contrat, etc., voir ci-dessous).

De son côté, l'article 109 al. 2 CO porte sur un contrat dont l'une des parties s'est départie à la suite de la demeure de l'autre [313]. Elle a exercé ainsi un droit formateur de mettre fin au

[308] Voir SJ 1953, p. 366; SJ 1955, pp. 529 à p. 534 ss; ATF 98 II 115; 106 II 160; 109 II 469 *in fine;* 110 II 386.

[309] Par ex. SJ 1980, p. 400; BlZR 1930, p. 197 n° 80. Le TF s'abstient de désigner l'indemnité de l'art. 404 al. 2 CO comme la compensation de l'intérêt négatif, à juste titre croyons-nous.

[310] GAUTSCHI, N. 19 b ad Art. 404 CO; HOFSTETTER, p. 51; BUCHER, Bes. Teil, p. 164; PEYER, p. 129.

[311] Voir JEAN ANEX, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse Lausanne 1977, pp. 9 ss. MAX KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, thèse Zurich 1949, p. 10. A. SIMONIUS, Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens, RDS 1918, pp. 225 ss à pp. 229–230.

[312] TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 329 n° 1173.

[313] Pour l'histoire législative malheureuse de l'art. 109 al. 2 CO, voir BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 335 n. 171. Selon ENGEL, p. 496, on devrait en somme renoncer à ne rembourser que l'intérêt négatif; cf. SIMONIUS, RDS 1918, pp. 260 ss.

contrat, comme celui qui résilie au bénéfice de l'article 404 al. 1 CO. Cependant, le contrat est résolu *ex tunc*, selon la jurisprudence et l'opinion dominante[314], tandis que le mandat résilié selon l'article 404 CO est résolu *ex nunc*. Cette différence se remarque dans les postes du dommage qui entreront en ligne de compte. Selon l'article 109 al. 2 CO, il s'agit bien de remettre le créancier dans la position qui serait la sienne s'il n'avait pas traité. Le débiteur en demeure lui remboursera donc les frais de conclusion du contrat, les frais de préparation pour l'exécution ou les frais de l'exécution elle-même, les frais résultant des indemnités éventuellement versées à des tiers, les coûts de procès, les achats de couverture, et les gains manqués à la suite de l'immobilisation de ses disponibilités pour le contrat résolu, ou du fait qu'il n'a pas conclu un autre contrat[315].

bb. En particulier, le dernier poste qu'on vient de mentionner peut entraîner que le dommage à réparer au titre de l'intérêt négatif soit plus élevé que l'intérêt à l'exécution[316]. Il est donc inexact de parler d'intérêt négatif pour désigner un intérêt moindre que l'intérêt «positif» à l'exécution du contrat – une erreur qui a une longue tradition[317]. Il est d'ailleurs intéressant de constater que les frais mentionnés à l'instant ne sont pas ceux que l'on évoque d'habitude à propos de l'article 404 al. 2 CO, soit les «dépenses faites en vue de l'exécution de ses services» par le mandataire[318] ou les gains manqués parce que le mandataire a chômé[319]. EUGEN BUCHER admet même, dans le cas inverse d'un mandataire qui répudie en temps inopportun, le devoir de replacer le co-contractant dans la position qui serait la sienne si le mandat avait été exécuté correctement[320].

[314] ATF 63 II 258; ENGEL, pp. 494–495; exception: dans un contrat de durée où des prestations ont déjà été effectuées, la «résolution» agit ex nunc: ATF 97 II 65; BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 337, soutient l'idée d'une transformation du contrat qui subsisterait avec un but modifié. Voir déjà SIMONIUS, RDS 1918, pp. 257 ss.

[315] SIMONIUS, RDS 1918, p. 248; KELLER/SCHÖBI, p. 212; ENGEL, pp. 495–496: BUCHER, Allgemeiner Teil, p. 309.

[316] KELLER/SCHÖBI, p. 212; SIMONIUS, pp. 242, 282. BUCHER, p. 309; ANEX, p. 108. Cela a été admis dans un arrêt zurichois: BlZR 1923, p. 197 nº 109.

[317] Voir SIMONIUS, RDS 1918, p. 251 n. 53, qui l'avait retrouvée chez MOMMSEN...

[318] TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 330 n. 1173. Cf. ATF 55 II 183–184, qui permet l'«*Ersatz der unnütz gewordenen Aufwendungen*».

[319] HODLER, p. 121.

[320] BUCHER, Bes. Teil, p. 164.

Cette formule de BUCHER est évidemment contraire à ce que l'on dit d'ordinaire à propos de l'article 404 al. 2 CO, puisque le mandant se verrait reconnaître son intérêt économique à l'exécution du contrat. Pourquoi paraît-elle pourtant juste et équitable? C'est en vertu d'un jugement de valeur: le mandant a confié ses intérêts au mandataire, et M. BUCHER de citer l'exemple d'un avocat qui répudie en temps inopportun: il est juste que son mandant ne souffre pas de la résiliation, ni même dans ses intérêts patrimoniaux. Ainsi, l'issue du procès eût-elle été heureuse, le client de l'avocat qui a répudié aurait acquis tel bénéfice. Ce bénéfice doit lui être payé par l'avocat ou son assureur. En revanche, dans le cas inverse de révocation par le mandant, le mandataire ne reçoit pas ses honoraires, parce que c'est contraire à nos conceptions sociales sur l'exercice des professions libérales. Seules sont susceptibles d'indemnisation des dépenses particulières, effectuées en vue de l'exécution d'un mandat bien précis, mais qui ne devraient pas être défrayées selon les articles 400 et 402 CO. De plus, il va de soi que l'indemnité due selon l'article 404 al. 2 CO ne peut pas dépasser l'intérêt économique du mandataire à une exécution pleine et complète du mandat – ceci non pas en vertu du texte de la loi à l'article 404 al. 2 CO, ni de la doctrine générale en matière d'intérêt négatif[321], mais de l'équité; un professionnel qui a mal calculé ses coûts et perd à exécuter un mandat ne doit pas bénéficier de la résiliation anticipée du mandat.

cc. La même argumentation fondée sur la protection des investissements devrait permettre de décider dans quelle mesure des profits manqués peuvent être indemnisés. En soi, la notion de l'intérêt négatif n'exclut pas le remboursement du bénéfice manqué, du *«lucrum cessans»*[322]. Simplement, au lieu d'être le bénéfice manqué parce que l'on n'a pas pu exécuter le contrat résilié, il s'agit du bénéfice manqué parce que l'on n'a pas pu

[321] Notre droit ne connaît aucune disposition semblable aux §§ 122, 179 et 307 BGB, qui fixent le montant maximum de l'intérêt négatif au montant de l'intérêt positif.

[322] Voir SIMONIUS, RDS 1918, pp. 242–243, 248 et 260; KELLER/SCHÖBI, p. 212; ANEX, pp. 118–119. Pour la jurisprudence, voir SJ 1975, pp. 1 ss c. 4 (TF); ATF 44 II 508; 47 II 188; 49 II 68; 58 II 6 (à propos de l'art. 92 CC); RSJB 101 (1965), p. 148 (à propos de l'art. 39 al. 1 CO). Pour le reste, le TF a été opposé à la réparation du *lucrum cessans* sous l'angle de l'intérêt négatif. Pour des arrêts cantonaux favorables, voir BlZR 1927, p. 294 nº 149; RSJ 1937/38, p. 270 nº 50; RVJ 1973, pp. 317 ss à p. 324; SJ 1975, pp. 7 ss, à p. 14–15.

exécuter un autre contrat en raison des engagements découlant de la convention résiliée par la suite. Ainsi, l'institut dont se désiste un élève ne peut pas obtenir le montant du bénéfice qu'il aurait réalisé grâce à la présence de cet élève pendant l'année scolaire [323], mais il pourrait obtenir le bénéfice qu'un autre élève lui aurait laissé, s'il prouve que tel autre élève n'a pas été accepté en raison du contrat passé pour l'élève qui s'est désisté [324].

A cet égard, le juge doit apprécier les preuves fournies, mais aussi établir un certain nombre de *présomptions* [325]. Ainsi, il doit présumer que le second mandat n'eût pas été révoqué, malgré sa nature éminemment révocable. Cette présomption dispense le demandeur de la preuve, impossible à apporter, qu'il aurait gardé l'élève refusé pendant toute la période envisagée. Cette présomption n'est pas irréfragable: la procédure probatoire établira peut-être que de nombreux élèves quittent cette école en cours de période.

On doit se demander ici si notre jurisprudence n'a pas déjà accepté des présomptions de ce type. Ainsi, en admettant les clauses pénales en matière d'architecture, les juges de Mon-Repos ont implicitement posé la présomption que la révocation d'un mandat d'architecte intervient en temps inopportun, et que l'architecte dont le mandat est révoqué aurait conclu d'autres contrats rémunérateurs si l'acceptation du mandat résilié ne l'en avait pas empêché [326].

A notre avis, *il faut souhaiter une évolution générale de la jurisprudence en faveur de présomptions de ce genre, valables surtout pour les professions de service qui ne constituent pas des professions libérales traditionnelles*. Ceci suffirait à résoudre la plupart des difficultés que suscitent les contrats de service à l'heure actuelle, tout en sauvegardant le contrôle du juge sur les conditions générales.

Nous sommes fort éloignés ici des raisonnements qu'on tient d'ordinaire pour la réparation de l'intérêt négatif. Il est d'ailleurs remarquable que l'article 404 CO ne soit pas cité comme

[323] RSJ 1983, p. 247 n° 44 (l'art. 404 al. 1 CO est impératif pour le contrat d'internat); voir dans le même sens SJ 1966, p. 513.

[324] Cf. HOFSTETTER, p. 51; FRIEDRICH, RSJB 91 (1955), p. 479. On pourrait peut-être atteindre le même résultat en appliquant l'art. 402 CO, puisque le mandataire a refusé la conclusion d'un ou plusieurs autres contrats durant la validité du mandat résilié par la suite.

[325] Comparer avec ANEX, p. 167: on doit toujours *estimer* le *lucrum cessans*, on ne peut le *prouver*.

[326] Voir SJ 1978, pp. 386 ss à p. 392 (TF). RSJ 1946, p. 187 n° 73.

un cas d'application des principes généraux en la matière par les auteurs qui ont étudié plus en détail la matière de l'intérêt négatif[327]. A notre avis, il ne s'agit pas réellement d'un intérêt négatif. On peut utiliser cette tournure si l'on veut, pour préciser que le dommage qu'on doit indemniser n'inclut normalement pas les honoraires du mandataire. Mais, en tous les cas, le juge doit s'appuyer sur les conceptions sociales dominantes pour déterminer le montant de l'indemnité. Les arrêts rendus pour des contrats de service comme l'enseignement[328] montrent que le besoin de protection sociale, la «protection des consommateurs», l'*équité* somme toute sont déterminants pour admettre le principe de l'indemnité et fixer son montant. On ne gagne rien à assimiler la nécessaire limitation du montant à verser en cas de rupture du mandat à l'*intérêt négatif*, figure complexe, l'une de ces «chausse-trapes» que renferment les articles 107 ss CO pour le commun des mortels[329].

dd. D'un point de vue dogmatique également, l'assimilation de la réparation due selon l'article 404 al. 2 CO à l'intérêt négatif est peu adéquate. Dans son principe, l'intérêt négatif constitue un dommage dû à la confiance placée – à tort, mais de bonne foi – dans la validité du contrat. Or, le mandataire professionnel ne peut en général s'attendre de bonne foi à ce que le contrat de mandat ne soit pas résilié[330]. Les raisonnements pertinents pour l'article 109 al. 2 CO ne sont pas applicables ici, car si l'on peut de bonne foi penser que son co-contractant exécutera ses obligations (art. 3 CC), on doit savoir en revanche que les mandats sont résiliables en tout temps.

Certes, une analogie avec la *culpa in contrahendo* et le devoir de réparer le dommage aux termes de l'article 404 al. 2 CO pourrait être tentée: en principe, chacun a le droit de ne pas conclure un contrat, mais ceci n'exclut pas la réparation de l'intérêt négatif lorsque l'équité paraît l'exiger[331]. De même,

[327] Voir spécialement SIMONIUS, KELLER et ANEX, ainsi que P. PIOTET, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.

[328] Voir SJ 1953, p. 364, et les autres arrêts cités ci-dessus n. 109 et 194–198.

[329] ENGEL, p. 496.

[330] ATF 106 II 157. Voir cependant ATF 55 II 184: ce peut être une *culpa in contrahendo* d'octroyer à la légère un mandat que les circonstances contraignent à révoquer par la suite.

[331] KELLER/SCHÖBI, p. 35.

chacune des parties au contrat de mandat a le droit de résilier celui-ci en tout temps, mais cela n'exclut pas la réparation du dommage ainsi causé. Par exemple, si le co-contractant a donné des assurances spéciales sur la durée du mandat, il peut être tenu de rembourser le dommage qui résulte de la résiliation [332]. Il va de soi que toute clause contractuelle prévoyant une certaine durée pour le mandat ne constitue pas une assurance particulière; mais des assurances spéciales, ou plus généralement des circonstances spéciales peuvent fonder le devoir d'indemniser le co-contractant lésé par la rupture du mandat (conclusion du mandat avec d'emblée l'intention de le résilier; dol; etc.).

A un autre égard encore, l'analogie avec la *culpa in contrahendo* paraît instructive. Le devoir de réparer le dommage selon l'article 404 al. 2 CO ne se fonde clairement ni sur un acte illicite, puisque la loi autorise la résiliation en tout temps, ni sur l'inexécution d'une obligation contractuelle, car tout engagement sur la durée du mandat est nul en vertu du caractère impératif de l'article 404 al. 1 CO et de l'article 20 CO [333]. En somme, c'est une obligation *légale* qui impose le devoir de réparer les conséquences de la *culpa in contrahendo* et de la résiliation du mandat [334]. De même que dans certaines hypothèses, l'intérêt négatif doit être remboursé sans qu'il y ait eu faute (art. 39 al. 1 CO), de même la faute de celui qui résilie n'est pas requise pour l'indemnisation du dommage de son co-contractant [335].

Cependant, cette solution découle de l'équité, et non de considérations de système relatives à l'intérêt négatif. L'intérêt négatif suppose souvent la faute de celui qui doit le rembourser – comme l'indiquent les termes de *culpa in contrahendo*.

[332] Ainsi, dans l'ATF 106 II 157: un gérant d'immeuble s'établit à son compte en raison des mandats de gestion durables que lui a promis un propriétaire, lequel revient ensuite sur sa décision; il semble que les raisonnements valables en matière de *culpa in contrahendo* pourraient s'appliquer, d'autant plus que la jurisprudence qui avait été rendue par le TF à propos de la gestion d'immeubles faisait échapper ces opérations à l'art. 404 al. 1 CO (ATF 83 II 530). L'ordre juridique suisse avait peut-être aussi inspiré une certaine confiance à ce gérant d'immeuble, qui aurait donc mérité d'être indemnisé après qu'à la fois son co-contractant et les juges fédéraux eurent changé d'avis.

[333] TERCIER *in* Le droit de l'architecte, p. 330 n° 1176.

[334] TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 329 n° 1171.

[335] De surcroît, requérir la faute pour indemniser le co-contractant est une question que le législateur tranche parfois dans un sens, parfois dans l'autre sans considération de système. Comparez l'art. 26 CO et le § 122 BGB (SIMONIUS, RDS 1918, p. 240).

De plus, la jurisprudence répond également à un souci d'équité lorsqu'elle autorise la fixation d'une peine conventionnelle.

e) Clause pénale

La peine conventionnelle pour résiliation anticipée du contrat de mandat est le meilleur moyen dont dispose une entreprise qui fournit des services pour minimiser les conséquences financières d'une révocation du mandat. La solution de l'article 404 al. 1 CO est conçue pour les professions libérales traditionnelles, avocats, notaires, médecins, banquiers, dans lesquelles le mandataire accepte à la fois un nombre élevé de mandats. La fin anticipée d'un seul mandat n'a pas de retentissement notable sur l'organisation de son travail; il est dans la nature des choses qu'un certain nombre de mandats s'éteignent périodiquement (jugement définitif ou transaction dans les procès, guérison ou mort du malade). En revanche, les professions de service des temps modernes (architectes, agents de publicité, géomètres, gérants d'immeubles, informaticiens, par exemple) connaissent parfois une autre structure de clientèle: quelques gros mandats, parfois un ou deux mandats permanents suffisent à l'exercice rémunérateur de la profession. Dans ces circonstances, le retrait anticipé d'un mandat entraîne des conséquences plus sérieuses pour le mandataire. Celui-ci peut s'en prémunir grâce à la liquidation conventionnelle du dommage, la *clause pénale*.

La jurisprudence n'a pas été insensible aux considérations d'équité relatives à l'organisation du mandataire. L'investissement en personnel et en infrastructure qui doit lui permettre d'exécuter un mandat octroyé mérite protection. Dès lors, nos juges ont admis une fixation conventionnelle du dommage dont la réparation est due en vertu de la loi[336]. Il est naturel que, devant fixer une indemnité sans que la loi en précise le mode d'appréciation, le juge s'en rapporte aux parties. Leur accord de

[336] ATF 109 II 462; («Le droit de révocation ne peut pas être limité par une peine conventionnelle... Une telle peine serait admissible dans l'hypothèse d'une révocation du mandat en temps inopportun. On peut émettre quelques doutes quant à la justification de cette solution...»; KNOEPFLER et GUINAND, FJS 327, p. 3; voir encore JEANPRÊTRE, JdT 1984, I, à pp. 220–221: l'art. 1.14 du nouveau règlement SIA 102 (1984) tend à compenser le manque à gagner de l'architecte. Est-ce compatible avec l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 404 al. 2 CO?) Cf. aussi ATF 110 II 382; SJ 1978, p. 392; RVJ 1980, p. 252; RSJ 1946, p. 187 nº 73.

volonté ne le lie pas, puisqu'il peut réduire la peine conventionnelle excessive (art. 163 al. 3 CO). Cependant, la clause pénale ne peut pas imposer un devoir de réparation lorsque la loi n'en prévoit aucun, car on tournerait le caractère impératif de l'article 404 CO. Si la résiliation n'est pas inopportune, il n'y aura donc aucune obligation de verser le montant de la peine conventionnelle. De même, si la clause pénale couvre non seulement l'intérêt négatif, mais aussi ou surtout l'intérêt positif à l'exécution du contrat, le Tribunal fédéral n'admet sa validité qu'à concurrence de l'intérêt négatif[337]. A vrai dire, cela ne rend pas impossible toute condamnation plus ample en application de la peine conventionnelle; simplement, le mandataire devra établir une perte réelle, un *«lucrum cessans»* effectif sur un autre contrat qu'il n'a pas accepté parce qu'il avait accepté celui qui a été résilié.

La doctrine discute si l'article 404 al. 2 CO est impératif ou dispositif[338]. Il semble clair que cet article est dispositif dans la mesure où la loi ne peut interdire aux parties de renoncer à toute indemnité en cas de résiliation, ou de limiter cette indemnité à un montant inférieur à celui du dommage effectif. Seules des considérations sur la protection des consommateurs et les conditions générales peuvent y mettre obstacle.

En revanche, les clauses pénales peuvent-elles aller au-delà du montant du «dommage» visé à l'article 404 al. 2 CO? On vient de voir que nul critère précis ne se dégage de la doctrine ni de la jurisprudence. La formule ordinaire qui fait correspondre le «dommage» aux «frais engagés spécialement en vue de l'exécution du contrat résilié» est peu précise, et elle ne couvre d'ailleurs pas les bénéfices manqués dans d'autres affaires qu'on aurait refusées. De surcroît, cette formule ne permet pas de compenser les frais généraux devenus inutiles à la suite de la résiliation. Or, tous les éléments du dommage sont censés connus des parties. Elles en sont bons juges. Dès lors, le tribunal ne dispose d'aucun critère précis pour substituer son jugement à l'appréciation anticipée des parties. Il devra seulement vérifier si, *a posteriori,* leur estimation paraît conforme à ce que dictent l'«expérience de la vie» et le sentiment de l'équité. Il devra en particulier tenir compte des conditions d'exercice de la profession, de son besoin en hommes et en matériel, de la clientèle. Conformément aux règles générales du Code des obligations,

[337] ATF 110 II 384–386.
[338] TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 335 n°s 1194 ss.

c'est un jugement objectif qui sera le sien, et il ne pourra se laisser influencer par les caractéristiques anormales de l'entreprise qui demande la réparation de son dommage (ainsi, le fait que l'entreprise aurait un seul client dans une branche où l'on en possède normalement d'assez nombreux)[339].

3. *Article 377 CO*

«Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le maître peut toujours se départir du contrat, en payant le travail fait et en indemnisant complètement l'entrepreneur.»

a) Principe

L'article 377 CO donne au maître la possibilité de résilier le contrat d'entreprise. Il ne s'agit pas d'une résiliation pour justes motifs, mais d'une révocation unilatérale du contrat. La question des justes motifs peut, en revanche, jouer un rôle pour une éventuelle renonciation conventionnelle de l'entrepreneur à invoquer son droit à indemnité dans le cadre d'un contrat d'entreprise durable, par exemple d'un contrat d'insertion à répétition[340]. De plus, l'existence de justes motifs, ou simplement de motifs imputables à l'entrepreneur peut réduire le montant de l'indemnité, voire la supprimer[341].

b) Droit impératif ou dispositif?

De même que l'indemnité de l'article 404 al. 2 CO, l'indemnité de l'article 377 CO trouve son fondement directement dans la loi. Les honoraires dus à l'entrepreneur pour les travaux effectués jusqu'à la révocation ont au contraire leur source dans la convention des parties. Les parties peuvent donc y renoncer, et même à l'avance, par exemple pour le cas où les prestations inachevées de l'entrepreneur seraient inutilisables pour le maître[342]. *A fortiori,* l'indemnité légale de l'article 370 CO

[339] ATF 106 II 157.
[340] Voir ATF 59 II 262.
[341] RSJ 1977, p. 111 n° 41; GAUCH, p. 116 n° 409.
[342] Les commentateurs soutiennent qu'il ne peut y avoir de contrat d'entreprise gratuit, sauf donation. Cf. OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 ad Art. 363 CO; BECKER, N. 7 ad Art. 363 CO; MUSTAFA, p. 27.

apparaît aussi comme de droit dispositif[343]. En revanche, les esprits sont partagés à propos du principe même de la résiliation anticipée: sur ce point, la disposition de l'article 377 CO est-elle impérative[344] ou dispositive[345]?

Dans la mesure où ses intérêts personnels sont en jeu, le maître possède à notre avis un droit inaliénable à la révocation. Le contrat d'entreprise pour la confection d'une prothèse, une coupe de cheveux, un traitement de beauté doit pouvoir être révoqué en tout temps. En revanche, la protection des intérêts patrimoniaux du maître n'impose pas absolument la possibilité de révoquer, par exemple dans le cas de la construction d'une usine d'engrais. Il pourrait peut-être y renoncer, comme il pourrait aussi convenir d'une peine conventionnelle à verser s'il exerçait ce droit[346]. D'ailleurs, le droit de résiliation représente la conséquence ultime du pouvoir d'instruction du maître (art. 369 CO). Dès lors qu'il peut renoncer à son pouvoir de donner des instructions, le maître ne peut-il pas renoncer à la maîtrise des travaux ou s'obliger à les financer jusqu'à leur achèvement, dans l'hypothèse où nul intérêt personnel prééminent ne vient dicter une autre solution? La jurisprudence fédérale ne l'exclut pas[347].

Si on admet le caractère dispositif de l'article 377 CO dans les «gros» contrats d'entreprise, on sera sans doute plus réservé à propos des «abonnements de service». Selon la doctrine[348], il convient d'appliquer à ces abonnements l'article 377 CO plutôt que l'article 404 CO. Dès lors, le droit de résiliation du client selon l'article 377 CO pourrait être écarté dans les conditions générales du fournisseur de services. Pourtant, l'expérience enseigne que, pour les services techniques modernes (bureautique, informatique, etc.), les conditions des contrats sont souvent onéreuses à l'excès, parce que les clients n'ont pas encore l'expérience nécessaire. Dès lors, de trop longs délais d'«abonnement» sans résiliation empêchent le fonctionnement normal de l'offre et de la demande. A cet égard déjà, le système impératif de l'article 404 al. 1 CO paraît préférable. (De ce point

[343] GAUCH, n° 412.
[344] RSJ 1982, p. 314 n° 55; TERCIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 336 n° 1203 et DC 1983/1, p. 16; GAUTSCHI, N. 10 ad Art. 377 CO. Voir aussi RSJB 114 (1978), p. 46.
[345] GAUCH, n° 413.
[346] BlZR 1977, p. 34 n° 17.
[347] En particulier pas ATF 69 II 139; voir en revanche le TF *in* SJ 1953, p. 258.
[348] Par ex. TERCIER, DC 1983/1, p. 16.

de vue également, il nous paraît malaisé de tenir compte de la volonté des parties, telle qu'elle s'exprime dans une clause supposant une certaine durée du contrat, afin d'exclure la qualification de leur convention comme un mandat au sens des articles 394 ss CO[349]. L'article 404 al. 1 CO étant impératif, la question de son application ne peut pas être résolue par la négative en se fondant sur la commune volonté des parties[350].)

c) Montant de l'indemnité

Le montant dû par le maître qui se départit du contrat se détermine selon l'*intérêt positif* de l'entrepreneur à l'exécution pleine et entière du contrat. Cet intérêt peut se calculer en additionnant les honoraires dus pour les travaux déjà effectués et l'intérêt patrimonial de l'entrepreneur quant à la tranche des travaux qu'il n'a pas pu réaliser, ou plus simplement, en déduisant des honoraires dus pour l'ensemble des travaux les économies qu'il réalise parce qu'il n'accomplit pas la dernière tranche[351]. Quelle que soit la méthode de calcul, l'entrepreneur a droit à sa marge de bénéfice sur l'opération concrète en jeu. Au titre de l'article 404 al. 2 CO en revanche, le mandataire n'a droit à des bénéfices qu'autant qu'il peut rendre vraisemblable qu'il a manqué la conclusion d'autres contrats bénéficiaires, en raison de l'acceptation du mandat qui est ensuite révoqué.

Il n'est pas possible d'émettre une préférence marquée pour l'un ou l'autre système d'indemnisation. La justice dépend des circonstances particulières et des conceptions généralement admises sur l'exercice des professions. Nous avons tenté, dans le tableau n° I ci-dessus (p. 158/159) de présenter un premier jugement de valeur pour susciter la discussion. Certains contrats nous paraissent appeler le système de l'article 404 al. 2 CO. Il s'agit du mandat traditionnel, des services de médecins-dentistes, des consultations et expertises, des intermédiaires de voyage, des conseils d'entreprise, de l'enseignement.

L'article 377 CO nous paraît plus équitable pour le contrat de recherche, l'assistance technique, les travaux de l'agence de

[349] Voir par ex. ATF 59 II 260; RSJ 1916/17, p. 132 n° 30.

[350] Voir texte ci-dessus n. 229–231.

[351] Cf. ATF 96 II 198–199; voir le commentaire de GAUCH, n°s 398–401. Selon TERCIER, DC 1983/1, p. 16, seule la première méthode est conforme au droit suisse. De toute manière, la rémunération est due jusqu'au moment où la résiliation doit déployer ses effets; le contrat peut être prolongé par actes concluants, d'un commun accord. Voir BlZR 1983 p. 154, n° 57.

publicité, le factoring, le contrat de savoir-faire, l'affermage de surfaces publicitaires, la commande d'une œuvre littéraire ou artistique, d'un projet d'architecture ou d'un logiciel, les services artistiques, l'organisation de voyage, l'insertion publicitaire, le transport de personnes. Le lecteur jugera. S'il a le sentiment d'un certain arbitraire, peut-être sera-t-il amené à apprécier la sagesse du législateur qui, en promulguant l'article 394 al. 2 CO, voulait précisément éviter toute discrimination entre les régimes juridiques applicables aux divers services.

Nous avons ainsi étudié la conséquence la plus importante d'une qualification précise des contrats de service: le régime de leur résiliation. Encore la résiliation anticipée est-elle un événement rare, pathologique. En revanche, tout contrat pleinement exécuté entraîne une question de *responsabilité*. Le client est-il satisfait des services rendus et désireux d'en honorer le prix, l'achèvement du contrat ne sera certes suivi d'aucune difficulté. Il arrive pourtant qu'un service soit insatisfaisant ou un client mauvais payeur. Se pose alors le problème de la *garantie* pour le service rendu, de sa *conformité* au contrat, c'est-à-dire de la *responsabilité* du fournisseur de service.

B. La responsabilité pour les services rendus et la répartition des risques

1. Responsabilité, risques et qualification du contrat

Pour distinguer les contrats d'entreprise et de mandat, la doctrine fait ressortir les différences qui existent entre la responsabilité de l'entrepreneur et la responsabilité du mandataire[352]. De même, on met en exergue la répartition différente du fardeau des risques[353]. Les deux questions sont liées: si celui qui fournit des services répond du résultat de ses activités, il paraît normal qu'il en supporte les risques. Au contraire, dans le mandat traditionnel, le mandataire ne supporte pas les risques liés à l'exécution du mandat, sous réserve des pertes fortuites qui se produisent à l'occasion de l'exécution du contrat et sans la faute du mandant (art. 402 CO).

[352] Voir par ex. PEDRAZZINI, pp. 502 ss.
[353] PEDRAZZINI, p. 503; STÖRI, pp. 108 ss.

Deux types de considérations sont concevables:

a) Soit l'on peut raisonner déductivement, à partir du modèle légal de répartition des risques et des responsabilités pour le résultat. On dira alors qu'un service qui parvient à un certain résultat est promis aux termes d'un contrat d'entreprise s'il est certain qu'on peut d'ordinaire atteindre le résultat en cause, et aux termes d'un contrat de mandat sinon[354]. La possibilité d'une responsabilité pour résultat devient l'un des éléments caractéristiques du contrat d'entreprise. Le contrat d'entreprise vaudra en effet lorsqu'une garantie de résultat est possible dans le cours ordinaire des choses. Ainsi, le dessin du peintre pour une tapisserie ou un vitrail est une œuvre artistique: le juge ne pourra pas s'aventurer à juger s'il est *conforme* dans son essence, c'est-à-dire dans sa qualité artistique, aux prévisions des parties. En choisissant le créateur, celui qui commande l'œuvre a d'ailleurs fait son choix, il doit en supporter les risques. Par conséquent, la commande d'une œuvre constitue un contrat de mandat[355]. En revanche, le maître-verrier ou le maître de haute lisse est responsable pour l'exécution de l'œuvre projetée par le créateur. Il travaille donc au bénéfice d'un contrat d'entreprise.

Dans ce premier raisonnement, le juriste établit une correspondance univoque, unilatérale entre l'objet supposé connu du contrat et la responsabilité du fournisseur de services. Si l'objet exclut la responsabilité, alors il y a mandat. Cette méthode est généralement à l'origine des controverses à propos du caractère nécessairement matériel, ou matérialisé, de l'ouvrage au sens de l'article 363 CO[356]. Elle peut aboutir à classer les contrats de service selon leur objet, considéré comme l'un des *essentialia negotii,* indépendamment par exemple des éventuelles exonérations conventionnelles de responsabilité ou de règles particulières sur la répartition des risques.

b) Une deuxième méthode est envisageable. On pourrait rechercher quelle est la volonté des parties dans la convention

[354] Voir par ex. ATF 110 II 378 c. 1b; 59 II 263; RSJ 1944, p. 124 n° 75: le dressage d'un cheval se fait aux termes d'un contrat d'entreprise, puisqu'un résultat est promis! Le vrai problème est en réalité: qui supporte les risques? Le caractère d'un cheval n'est pas indifférent au succès du dressage.

[355] ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, p. 37; DESSEMONTET, *in* Le centenaire du Code des obligations, p. 506–507.

[356] Voir ci-dessus texte à n. 184 ss.

particulière qui est en jeu: ont-elles voulu qu'un résultat soit garanti? Ont-elles au contraire exclu la responsabilité du fournisseur de services pour le résultat? Des clauses explicites ou de l'accord implicite des parties sur ce point on conclurait, par induction, à l'existence d'un contrat de mandat ou d'entreprise.

Cette seconde méthode s'éloigne à la fois de la *«Begriffsjurisprudenz»*, qui est à l'origine de la méthode traditionnelle de qualification, et de la *typologie* qui en constitue l'avatar le plus récent. Certes, on voit nettement les différences qui séparent les *concepts* et les *types*[357]. Il demeure que la pensée typologique procède par catégories abstraites, va de la classe générale qu'elle définit d'abord au cas particulier, qu'elle range ensuite dans l'une ou l'autre catégorie. C'est dans la méthode de la définition des diverses catégories que la pensée typologique se distingue de la «Begriffsjurisprudenz» classique, plus que dans la démarche générale.

En revanche, la méthode inductive qui part de la volonté particulière des parties à un contrat donné pour déterminer les normes applicables à leur convention inverse la question de la qualification. Celle-ci n'apparaît plus que dans un second temps, pour s'assurer que les normes impératives ne sont pas violées.

Encore peut-on déduire deux choses de la volonté des parties:

- soit leur accord de volonté sur un point considéré comme fondamental permet de qualifier l'ensemble du contrat selon l'un des types légaux ou innommés,
- soit leur accord de volonté est décomposé en autant de points qui appellent l'application de telle ou telle disposition particulière de la partie spéciale[358].

Dans cette seconde hypothèse, on se retrouve alors à l'origine des temps, avant que la science juridique romaine ne nous ait fait échapper aux accidents d'espèce pour reconnaître les catégories générales fondées sur les contingences sociales. En effet, ce n'est pas la loi qui a fait les catégories de la vente, du mandat, de l'entreprise, ce sont les hommes. Repérer dans un contrat particulier les grands traits d'une opération courante, c'est donc la comprendre, la «reconnaître», et se donner ainsi le moyen de résoudre les questions que les parties n'ont précisément pas résolues. La qualification ne revêt pas une certaine importance

[357] Voir par ex. PEYER, pp. 24–26; SCHLUEP, pp. 790 ss.
[358] Voir BUCHER, RDS 1983, II, pp. 321 ss.

seulement quand il s'agit d'appliquer le droit impératif, mais aussi lorsqu'il convient de compléter un accord lacunaire.

Dès lors, on peut tout au plus se demander si dans le cas concret, l'*accord de volonté* à propos du résultat recherché et de la répartition des risques permet de qualifier un contrat de service de mandat ou de contrat d'entreprise. Nous ne croyons pas que ce critère soit suffisant. Ainsi, un contrat de mandat peut être conclu pour obtenir un certain résultat [359]. Le taxi doit aller à une adresse précise; la chirurgie esthétique doit corriger les défauts de la nature ou les méchancetés de l'âge [360]. De même, un contrat d'entreprise peut faire supporter au maître certains risques qu'encourt d'ordinaire l'entrepreneur, par exemple le retard dû à une grève ou à d'autres circonstances indépendantes de sa volonté [361].

2. Les conséquences de la qualification pour la responsabilité et la répartition des risques

a) Le principe de la responsabilité

La responsabilité de l'entrepreneur et celle du mandataire obéissent au même critère de *diligence*. L'article 364 al. 1 CO et l'article 398 al. 2 CO renvoient en effet au même standard, soit la diligence due par le travailleur dans le contrat de travail [362]. Un même devoir de fidélité repose sur le mandataire et l'entrepreneur [363]. La responsabilité du fournisseur de services est donc identique, en théorie, quelle que soit la qualification choisie.

b) Les exceptions

Tandis que la responsabilité du mandataire demeure limitée à la violation de son devoir de diligence, la responsabilité de l'entrepreneur est étendue à une responsabilité objective, indépen-

[359] HOFSTETTER, p. 23; MUSTAFA, p. 127.

[360] Voir ci-dessus, n. 169. Pour l'exemple du taxi, voir SALEILLES, cité par MUSTAFA, p. 15 n. 1.

[361] Voir GAUCH, p. 139 n° 484.

[362] Art. 321e CO et 328 aCO. Curieusement, c'est un allègement de la responsabilité de l'entrepreneur qu'a introduit le législateur de 1911. Auparavant, en effet, la jurisprudence ne permettait pas à l'entrepreneur d'invoquer l'indulgence réservée à l'employé. Voir ATF 20 II 201. Cf. GAUCH, pp. 589–590.

[363] Cf. GAUCH, pp. 166–167 n° 576.

dante de toute faute, lorsqu'il s'agit d'assurer le résultat convenu, c'est-à-dire la livraison d'un ouvrage (art. 363 CO) dans un certain délai (art. 366 CO), en général pour un prix donné (art. 375 CO), l'entrepreneur supportant les risques (art. 376 et 378 CO). Cette garantie attachée à l'ouvrage est semblable à la garantie des défauts dans la vente (art. 197 ss CO). Le système de la loi est d'ailleurs semblable: garantie objective, et dommages-intérêts supplémentaires en cas de faute [364]. La conséquence de la garantie de résultat est qu'il y a *inexécution* du contrat dès que le résultat n'est pas atteint [365]. On parle à ce propos de «responsabilité causale» [366].

3. *Application aux contrats de service*

a) Il arrive que le fournisseur de service accepte une obligation de résultat. Quelquefois, les conditions générales excluent sa responsabilité ou la restreignent [367]. Il s'impose souvent de distinguer la responsabilité admise pour une certaine prestation, par exemple la livraison d'une installation informatique individualisée, et la responsabilité refusée pour une autre prestation, par exemple l'entretien de cette installation ou la mise à jour du logiciel. Ce sont alors les articles 97 ss CO qui s'appliquent [368], en particulier l'article 101 CO.

En l'absence d'une clause d'exonération de sa responsabilité, celui qui a promis un résultat répond objectivement ou causalement de la fourniture de ce résultat (art. 368 ss CO).

Savoir si les parties désirent atteindre un résultat dépend de l'interprétation de leur volonté dans le cas d'espèce. Les généralisations sont forcément abusives. Pourtant, l'on admettra que les contrats suivants sont d'ordinaire conclus avec la volonté d'obliger le débiteur de la prestation caractéristique à livrer un résultat:

[364] Comparer les art. 205, 208 CO et les art. 366, 368, 376 et 378 CO.

[365] Cf. PERRIN, p. 53. Voir un exemple intéressant *in* RSJ 1932/33, p. 184 n° 33; *in casu,* l'ingénieur n'avait pas promis un résultat technique, mais donné une expertise. Il s'agit donc d'un mandat.

[366] Cf. SCHUMACHER, *in* Le droit de l'architecte, p. 111 n. 7.

[367] Exemples: STÖRI, p. 105; HIRZEL, p. 33; GIRSBERGER, RDS 1986, II, p. 34: les prospectus annoncent les caractéristiques des voyages organisés comme on le fait pour les *qualités promises* dans la vente.

[368] GAUCH, n° 986.

- étude ou projet confié à un architecte [369]
- transport de personnes
- médecine-dentaire (dans nombre de cas)
- commande de logiciel
- commande d'une œuvre artistique ou littéraire
- recherche et développement
- transfert de savoir-faire
- services d'une agence de publicité (en règle générale)
- contrat d'insertion
- organisation de voyages
- factoring (en général) [370]

b) Lorsque le service vise un résultat commercial ou financier, il est d'habitude aisé de le mesurer: factoring, franchise, concession de vente se sont tôt imposés comme des contrats innommés. On notera en passant que l'on n'y voit pas des contrats d'entreprise, bien qu'ils tendent à un résultat.

En revanche, lorsque le service tend à l'accomplissement d'une tâche intellectuelle, il est souvent malaisé d'en apprécier la conformité avec ce qui est dû aux termes du contrat. Un exemple caractéristique est offert par la commande d'une œuvre artistique. La doctrine ancienne y voyait un contrat d'entreprise [371]: l'auteur peut et doit garantir son œuvre. Cette conception est rejetée par une majeure partie de la doctrine actuelle [372]. Qu'en est-il?

Si la doctrine contemporaine est plus ou moins unanime en faveur de cette solution, elle diverge sur les motifs de détail. A notre avis [373], aucun jugement judiciaire n'est concevable sur la qualité de la prestation artistique, en particulier lorsqu'elle s'incorpore en une œuvre protégée par le droit d'auteur. Pareille œuvre doit être originale pour mériter la protection. Or, ce qui est *original,* «inventé» au sens vrai du mot, ne peut être *conforme* aux prévisions des parties, de même qu'un individu «original» ne peut pas en même temps, pour l'essentiel, être conformiste. En d'autres termes, le propre de la création artistique étant

[369] Voir SJ 1962, p. 251; RSJ 1957, p. 307 nº 137, p. 112 nº 49.

[370] Ces appréciations sont reportées ci-dessus, tableau I, p. 158/159.

[371] Cf. DÜRR (1966), pp. 5, 10. Voir aussi I. CHERPILLOD, Le droit d'auteur en Suisse, publication CEDIDAC nº 3, Lausanne 1986, pp. 84–85.

[372] Voir pour tous PEDRAZZINI, p. 504; HOFSTETTER, pp. 21–22; GAUTSCHI, rem. prél. 4 ad Art. 363–379 CO; ABRAVANEL, *in* Le droit de l'architecte, p. 38, nº 106.

[373] Voir DESSEMONTET, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, pp. 506–507.

d'être libre, improgrammable, le contrat ne peut pas la prévoir et le juge ne saurait décider si l'œuvre achevée correspond aux canons des co-contractants. Et pourtant, il y a incontestablement un «résultat» – sauf inexécution du contrat par l'artiste.

Ce qui paraît décisif, contrairement à l'opinion de GIERKE, ce n'est donc pas s'il y a un résultat de promis plutôt qu'une activité, mais s'il est possible d'apprécier la *conformité* du résultat aux prévisions des parties. Dans un certain nombre de cas, la tradition se refusait à tolérer ce jugement de conformité: pièces de procédure d'un avocat, résultats de l'intervention médicale, placements d'un banquier, tout ceci constituait bien un résultat de l'activité du mandataire, mais on prétendait cependant que le mandataire devait seulement une *activité*; il s'agissait peut-être de dispenser le juge d'une appréciation difficile, et surtout délicate sociologiquement vers la fin du XIXe et le début du XXe siècle, la classe des mandataires professionnels occupant une position dominante. Que cette prédominance sociale s'écroule, et les tribunaux tentent de juger en toute liberté de la qualité des prestations médicales, par exemple, comme on le voit aux Etats-Unis. Qu'ils le puissent et qu'ils le doivent, c'est une autre question.

Que ce soit pour des motifs sociologiques ou ontologiques, comme dans le cas des œuvres artistiques ou de l'enseignement, lorsqu'un jugement de conformité doit être évité, il convient d'appliquer les règles du mandat. Cette observation ne révolutionnera pas la pensée juridique, puisqu'elle est implicite dans la plupart des raisonnements tenus par les auteurs suisses. Lorsqu'ils parlent de *résultat,* ils envisagent en effet un résultat dont on peut juger la conformité. Ainsi, lorsque JÄGGI définissait le résultat de l'activité de l'avocat comme étant l'issue du procès, tandis que le résultat de l'activité de l'architecte chargé d'un projet serait ce projet en soi, il comparait deux étapes différentes dans le déroulement des opérations en cause[374]. L'architecte pas plus que l'avocat ne peut à lui seul assurer le succès de la construction. Seulement, la prestation de l'architecte donne l'impression qu'on peut l'apprécier objectivement, par exemple parce que le coût total du bâtiment envisagé s'exprime en francs, et qu'il est donc possible de comparer le coût envisagé par les parties et le coût du projet. En revanche, personne ne peut dire

[374] Cf. RSJ 1973, p. 302.

qu'à une valeur litigieuse de tant doit correspondre une demande d'au moins x pages...

Cependant, la correspondance entre les coûts de réalisation ou les dimensions d'une œuvre des arts et des lettres et les paramètres chiffrés dans la convention peut aussi être obtenue grâce à l'application des dispositions sur le devoir de diligence (art. 398 CO). Viole son devoir de diligence et commet donc une faute qui l'engage à réparation l'architecte qui prépare un projet d'un coût double à celui qu'ont envisagé les parties [375]. Viole son devoir de diligence l'artiste à qui l'on commande un mobile pour une cage d'escalier et qui livre une œuvre dont le déploiement excède l'espace disponible, de telle sorte qu'elle ne peut se mouvoir librement une fois accrochée *in situ*. Viole son devoir de diligence le juriste à qui l'on demande un rapport de cent pages et qui en livre trois cents.

Chacun conviendra que les paramètres extérieurs de l'œuvre commandée – dimensions du mobile, poids du rapport du juriste, coût de la construction – n'expriment pas son *essence*, ses qualités intrinsèques. L'œuvre n'est pas conforme au contrat sur un point ou sur l'autre. Néanmoins, la procédure adéquate ne peut pas être celle des articles 367 ss CO. En particulier, la vérification que supposent les règles sur le contrat d'entreprise en raison de l'avis des défauts ne doit pas être requise du maître [376]. Ces normes pour le contrat d'entreprise et la vente sont déjà criticables en soi, et le sont d'autant plus compte tenu de l'application rigoureuse qu'en propose la jurisprudence du Tribunal fédéral [377]. Il ne convient pas de les étendre à la commande d'une œuvre artistique ou littéraire. On en dira autant des règles sur l'*amélioration* de l'ouvrage (art. 368 CO). Comment «améliorer» une œuvre d'art, une œuvre de l'esprit, une étude scientifique dont le premier jet est malvenu? Comment la faire «améliorer» par un autre?

Dans ce cadre, les services qui sont les plus difficiles à ranger dans la catégorie du mandat ou du contrat d'entreprise combinent en un produit composite des prestations intellectuelles et des éléments matériels. Il convient de distinguer plusieurs hypothèses.

[375] Cf. par ex. RSJ 1971, p. 112 nº 49. *In* RSJB 54 (1918), pp. 463–464, le tribunal a relevé que la responsabilité du traducteur pour un travail insuffisant entraîne des conséquences juridiques identiques selon le droit du contrat d'entreprise et le droit du mandat.

[376] Voir COTTIER, *in* Le droit de l'architecte, p. 367.

[377] ATF 107 II 176.

Lorsqu'une activité intellectuelle tend à un résultat concret, ce résultat n'est parfois qu'une expression de l'idée, de la beauté, de la fantaisie qui animait l'auteur. KANDINSKY écrivait ainsi, dans *«Über die Formfrage»* (Almanach der Blaue Reiter, Munich 1912):

«Das ist das Suchen des geistigen Wertes nach Materialisation. Die Materie ist hier eine Vorratskammer, aus welcher der Geist das ihm in diesem Falle Nötige wählt, wie es der Koch tut.»

La matière est alors subordonnée à l'idée. Or, les qualités esthétiques échappent au jugement judiciaire, comme la valeur éthique des œuvres de l'esprit ou leur portée scientifique. Il n'est donc pas possible d'appliquer les dispositions sur le contrat d'entreprise. Elles sont déplacées.

En revanche, dans d'autres circonstances, les idées sont subordonnées aux nécessités extérieures. Les arts techniques mettent à profit les ressources de l'intellect pour modifier le monde physique. L'ingénieur construit des ponts ou des machines. Les spécialistes des arts graphiques créent des affiches ou des cartonnages. Le géomètre établit des plans ou des mensurations. Nulle part, ces hommes de la Technique ne font de l'art pour l'art. Leurs travaux doivent être jugés selon le strict critère de l'exactitude matérielle, car des erreurs rendraient leur prestation inutilisable. Avec le jugement le plus sûr, les conclusions que leur commanditaire déduirait de plans ou de chiffres erronés seraient inadéquates.

Dans les prestations techniques, la forme est assujettie au fond. Le professionnel répond donc du fond. L'application des dispositions sur la garantie des défauts, et leur corollaire, la vérification et l'amélioration de l'ouvrage, ne sera pas exclue d'emblée. Quand le résultat envisagé dépend de la bienfacture matérielle des éléments tangibles de la prestation rendue, la garantie du fournisseur est naturelle, si l'on considère l'intérêt des parties; la vérification est possible, l'amélioration faisable.

En conclusion, si la prestation caractéristique est dominée par la force d'une idée, ou l'originalité de son expression, le droit du mandat s'applique à la responsabilité du débiteur de cette prestation caractéristique, comme à l'ensemble des à-côtés de son expression matérielle, sauf convention contraire. En revanche, si la prestation caractéristique vise à l'accomplissement d'une mission technique (au sens le plus large de ce terme, la finalité technique s'opposant à l'absence de finalité concrète des arts et des lettres), le contrat d'entreprise offre au créancier

une garantie nécessaire, bien qu'elle soit de droit dispositif. Font cependant exception les prestations à finalité utilitaire dont la conformité ne peut être examinée en tribunal, par exemple les expertises, les renseignements commerciaux, etc.

c) Enfin, quelle est la répartition des risques pour une œuvre commandée? En principe, si l'œuvre projetée disparaît par la faute de l'une des parties, celle-ci en sera responsable: le manuscrit, le logiciel ou les plans qui disparaissent par la faute de l'auteur doivent être rétablis à ses frais; s'ils disparaissent par la faute de celui qui a commandé l'œuvre, aux frais du mandant. Sur ce point, la solution est identique selon les règles du mandat et celles du contrat d'entreprise. En revanche, s'il s'agit d'une disparition qui n'est pas causée fautivement par l'une des parties, ces règles conduisent à des solutions différentes:

aa. Selon l'article 376 CO, l'entrepreneur n'a droit ni à ses honoraires, ni au remboursement de ses frais, à moins que le maître ne soit en demeure pour prendre livraison de l'ouvrage. Cette réglementation s'applique par analogie lorsque l'ouvrage se dégrade seulement [378]. Si les plans de l'architecte s'égarent ou brûlent sans sa faute, par exemple du fait imprévisible d'un tiers dont il ne répond pas, «l'architecte assure les risques»: «il n'aurait droit à aucune rémunération pour le prix de son travail, consécutif à de souvent longues recherches et réflexions» [379].

bb. Selon le droit du mandat, le maître supporte le risque, sauf s'il peut s'exculper (art. 402 al. 2 CO). De façon générale, la loi met les imprévus à la charge du mandant. En particulier, l'article 402 CO impose au mandant de rembourser tous les frais du mandataire et tous les dommages à lui causés par cas fortuit en raison de l'exécution du mandat, la preuve qu'il n'est pas fautif lui demeurant ouverte pour refuser de rembourser les dommages fortuits.

[378] Dans ce sens: J. KOLLER, Der «Untergang des Werkes» nach Art. 376 OR (thèse Fribourg), Winterthur 1983, p. 3; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 7 ad Art. 376 CO. *Contra:* GAUCH, nº 813 et 1755, qui applique à la détérioration de l'ouvrage les règles sur la garantie des défauts.

[379] ABRANAVEL, *in* Le droit de l'architecte, p. 40 nº 117. On peut discuter si M. ABRAVANEL a raison d'ajouter que la solution est la même lorsque les plans disparaissent «chez le maître». Selon PEDRAZZINI, p. 544, le maître doit supporter les risques qui sont dans sa sphère d'activité, même s'il n'est pas fautif. Le TF a interprété l'art. 365 al. 2 CO dans le même sens: ATF 50 II 515. Plus restrictif: GAUCH, nºs 823 et 825.

Cette disposition a une longue histoire[380]. Le droit romain déniait, semble-t-il, la responsabilité du mandant pour les pertes fortuites du mandataire, même lorsqu'elles survenaient à cause de l'exécution du mandat. Les glossateurs et les Pandectistes étaient partagés, et les législateurs modernes ont oscillé entre le droit romain strict et l'équité, qui dicte souvent le dédommagement des pertes fortuites du mandataire. L'article 402 al. 2 CO constitue donc un compromis, puisqu'il décharge le mandataire du fardeau de prouver que le mandant est fautif, tout en mettant le cas fortuit à la charge du mandataire si le mandant s'exculpe[381]. L'article 402 al. 2 CO ne s'applique d'ailleurs pas aux mandats gratuits, pour lesquels la jurisprudence préfère la solution de l'article 422 CO sur la gestion d'affaires, c'est-à-dire un dédommagement équitable même sans faute du maître[382].

En définitive, le régime des risques *au sens juridique* n'est pas fondamentalement différent dans le contrat de mandat et dans le contrat d'entreprise. Seul le fardeau de la preuve de la faute du client est inversé en faveur du mandataire, à l'article 402 al. 2 CO. Nous n'accordons pas une grande importance à cette différence, car la faute est toujours appréciée par le juge sur la base des circonstances. Un renversement du fardeau de la preuve ne peut donc jouer de rôle qu'autant que les circonstances de la perte ou de la réalisation du cas fortuit ne sont pas établies[383]. On trouvera cependant dans le tableau I ci-dessus notre opinion à propos du régime des risques qui paraît équitable dans un certain nombre de contrats de services[384].

Le régime des risques *au sens économique* est très différent. Le mandant supporte en principe les dépassements de frais; l'entrepreneur les supporte dans les marchés à forfait, sous réserve de l'article 373 al. 2 CO, dont l'application demeure exception-

[380] Voir E. H. KADEN, *in* Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel 1952, pp. 19ss.

[381] ATF 59 II 253; trop absolu dès lors, GAUTSCHI, N. 60a ad Art. 394 CO, cité avec approbation *in* RVJ 1984, p. 270: «Le mandant a tous les risques dans l'exécution de l'affaire.» Dans un arrêt non publié du 25 octobre 1960 dans la cause *Okouoglu c. UBS*, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 402 CO était de droit dispositif. Voir PERRIN, p. 59 n. 70. Voir aussi ATF 55 II 43: le régime des risques est différent pour le mandat de vendre une chose et le contrat estimatoire; le mandataire n'est pas, en règle générale, tenu de la perte, le *«Trödler»* si.

[382] Voir ATF 61 II 98; 48 II 491; HOFSTETTER, p. 67.

[383] Voir par ex. ATF 111 II 76.

[384] Voir ci-dessus p. 158, tableau I col. 6.

nelle[385]. Or, le risque économique ou technique se réalise plus fréquemment que le risque au sens juridique, soit la perte de la chose. D'ailleurs, du point de vue économique, il y a une certaine compensation entre les risques de l'entrepreneur et ceux du mandataire. En effet, si l'entrepreneur court les risques du dépassement des frais dans le marché à prix fixe, il n'encourt pas le risque économique de la résiliation en tout temps (vu l'article 377 CO), un risque qui plane à tout instant sur le mandataire. De surcroît, le forfait peut se révéler avantageux pour l'entrepreneur...

De plus, les parties sont libres de modifier ce régime, en convenant dans le contrat d'entreprise d'un paiement pour travaux

[385] ATF 104 II 314. Un exemple intéressant des raisonnements subtils et peut-être inexacts qu'inspire l'antinomie entre le *résultat* ou *l'activité* qui sont dus aux termes d'un contrat est donné par un jugement récent concernant les dommages-intérêts que devra payer le fournisseur de services en cas de faute (RSJ 1986, p. 179 n° 27): l'un des considérants de cet arrêt semble reposer sur l'idée que lorsqu'un résultat est dû, comme dans le contrat d'entreprise, la rémunération payée par le client s'apparente au prix payé par l'acheteur; le client ne devrait donc pas se laisser opposer que son dommage est moindre du fait que le dépassement du devis a ajouté une plus-value à l'immeuble. (On pourrait développer cette idée en soutenant que, le client s'étant fait promettre un certain résultat contre une certaine somme, son patrimoine est enrichi dès la conclusion du contrat à concurrence de la marge bénéficiaire qu'il s'était assurée. Si cette marge s'accroît par hasard, il doit aussi profiter de cette augmentation.) En revanche, dans le cas du mandat, aucun résultat n'étant promis en principe, le patrimoine du client ne comporterait aucune prétention à une marge bénéficiaire particulière. Dès lors, si la prestation qui lui est fournie a plus de valeur que ce qui avait été envisagé par les parties, le mandant devra se laisser imputer la plus-value sur sa créance en dommage-intérêts envers le mandataire. Par exemple, si un bâtiment coûte beaucoup plus que ce que prévoyait le devis établi par l'architecte, celui-ci sera tenu de réparer le dommage. Le mandant devra pourtant accepter que son indemnité soit diminuée de la valeur additionnelle acquise par son immeuble (cf. aussi RSJ 1957, p. 332). On peut toutefois se demander si la solution n'est pas identique en droit de la vente, sauf pour l'action *quanti minoris*, par exemple lorsque le vendeur répond d'un dommage selon l'article 208 al. 2 ou 3 CO (cf. ATF 82 II 142, évoquant l'éventualité d'une réduction des dommages-intérêts [*«Ersatzpflicht»*, obligation de réparer]). En effet, en dehors de l'action en réduction, les articles 97 ss CO s'appliquent, et donc aussi les articles 43 et 44 CO. En principe, ces dispositions concernent certes l'étendue de l'obligation de réparer le dommage, et non plus la détermination du montant du dommage... Dans la réalité judiciaire, on peut douter que la distinction se fasse si aisément. Dès lors, la solution pratique ne devrait guère différer en droit du mandat et selon le contrat d'entreprise, d'autant plus qu'il convient de toute manière de réserver l'enrichissement du maître, même dans le contrat d'entreprise. Cf. ATF 71 II 242.

«en régie», soit d'une rétribution modulée selon le travail effectif, et, dans le contrat de mandat, d'un honoraire forfaitaire.

Autre chose encore est le risque *technique* que présente l'édification d'une installation industrielle ou informatique. Si l'on considérait qu'un contrat d'entreprise régit les relations entre le fournisseur des services, ingénieur par exemple, et le maître de l'œuvre, l'ingénieur pourrait devoir répondre objectivement du fonctionnement de l'installation [386]. Il serait en somme entrepreneur général. S'il se contente d'établir une expertise, il sera simplement mandataire et ne répondra que pour faute.

On voit à cet exemple qu'en parlant de «résultat dû» [387], une grande précision est nécessaire: le résultat est-il seulement un document écrit, ou s'agit-il encore d'une modification ultérieure du monde physique correspondant aux conseils et aux recommandations donnés dans l'«expertise»? En réalité, il y a mandat lorsqu'aucun autre résultat n'est garanti que la livraison d'un document en bonne et due forme dans le délai prescrit.

4. *Les conséquences de la qualification pour les clients*

Il est extrêmement difficile d'apprécier dans l'abstrait si une disposition légale est plus qu'une autre favorable à l'une des parties, par exemple aux consommateurs de services. Il est carrément impossible d'affirmer que le contrat de mandat ou le contrat d'entreprise sont en eux-mêmes plus favorables aux fournisseurs de services ou à leurs clients. Dans chaque ensemble de règles, les dispositions plus favorables aux uns sur tel point sont contrebalancées par d'autres. L'un des dangers de l'«évasion» vers des contrats innommés pour échapper au mandat réside précisément dans le dépeçage des ensembles cohérents que forment les articles 363 ss CO d'un côté, et les articles 394 ss CO de l'autre. Par exemple, il pourrait se faire qu'en abandonnant l'application impérative de l'article 404 al. 1 CO pour répondre aux *desiderata* des milieux professionnels, on retienne la responsabilité pour faute de l'article 398 al. 2 CO. Le consommateur des services tirerait deux fois la courte-paille. Il nous a semblé intéressant de dresser un tableau des normes qui, *a priori*, paraissent plus favorables aux fournisseurs

[386] BUCHER, Bes. Teil, pp. 141–142. Voir pour l'exemple des risques techniques liés à l'établissement d'une installation technique: RSJ 1932/33, p. 184 n° 33.

[387] Par ex., ci-dessus, texte à n. 354 ss.

Tableau IV: Règles favorables aux clients

A: Contrat d'entreprise

Article		
363		○
364	al. 1	−
	al. 2	+
	al. 3	+
365	al. 1	+
	al. 2	−
	al. 3	+
366	al. 1	+
	al. 2	+
367	al. 1	−
	al. 2	−
368	al. 1	+
	al. 2	+
	al. 3	−
369		−
370	al. 1	−
	al. 2	−
	al. 3	−
371	al. 1	−
	al. 2	−
372	al. 1	○
	al. 2	−
373	al. 1	+
	al. 2	+
	al. 3	−
374		○
375	al. 1	+
	al. 2	+
376	al. 1	+
	al. 2	−
	al. 3	−
377		−
378	al. 1	−
	al. 2	−
379	al. 1	+
	al. 2	−

B: Contrat de mandat

Article		
394	al. 1	−
	al. 2	○
	al. 3	○
395		+
396	al. 1	○
	al. 2	−
	al. 3	+
397	al. 1	+
	al. 2	+
398	al. 1	+
	al. 2	−
	al. 3	+
399	al. 1	+
	al. 2	−
	al. 3	+
400	al. 1	+
	al. 2	+
401	al. 1	+
	al. 2	+
	al. 3	+
402	al. 1	−
	al. 2	−
403	al. 1	−
	al. 2	+
404	al. 1	+
	al. 2	○
405	al. 1	○
	al. 2	+
406		−

de services (+), ainsi que de celles qui paraissent propices aux fournisseurs plus qu'aux clients (−). Lorsqu'aucun jugement, si hasardeux soit-il, ne nous a paru possible, nous l'avons indiqué par «○».

Ce tableau est destiné à susciter la discussion. Il n'en ressort d'ailleurs rien de frappant, et l'analyse numérique n'apporte

guère de réflexion utile. Que sert-il de savoir que, sur 36 alinéas relatifs au contrat d'entreprise, 19 sont peut-être favorables aux fournisseurs de services, 14 aux clients et 3 neutres ou incertains? Que dans le contrat de mandat, sur 29 dispositions, 8 seulement paraissent moins favorables aux clients qu'aux entreprises, 16 leur étant peut-être plus favorables, 5 semblant être indifférentes? L'importance réelle d'une règle ne se mesure pas au nombre d'alinéas...

Chapitre sixième: Nos conclusions

A. Qualification

1. Les contrats de service sont en règle générale soumis aux dispositions du Code des obligations sur le contrat de *mandat*.

2. Il peut s'agir quelquefois d'un *contrat d'entreprise* ou, à titre exceptionnel, d'un *contrat innommé*.

3. La *qualification* d'un contrat de service s'opère en tenant compte non seulement d'un ou deux critères (moyens/résultat, résultat matériel/immatériel), mais de l'ensemble des points fondamentaux qu'on rencontre dans les contrats de service:

   a) obligation de *moyens* ou de *résultat* à la charge du fournisseur des services?
   b) jugement possible sur la *conformité* du service effectué avec la commune intention des parties?
   c) fardeau des *risques*, du cas fortuit?
   d) *garantie causale* du fournisseur des services, ou responsabilité uniquement pour *faute?*
   e) *confiance accrue* envers le fournisseur des services?
   f) *résiliation* souhaitable en tout temps? Par les deux parties? Par le client?
   g) répudiation du client entraînant le versement d'une indemnité pour le *bénéfice manqué* du fournisseur des services?

A titre subsidiaire, on peut tenir compte des critères suivants:

h) *objet* matériel, matérialisé ou immatériel des services?
i) *pouvoirs de représentation* conférés au fournisseur des services?
j) *subrogation patrimoniale* en faveur du client?
k) extinction du contrat par l'*écoulement du temps* ou lorsqu'un résultat est atteint?

4. Les parties sont libres de choisir la qualification de leur contrat, pour autant qu'elles n'échappent pas ainsi à l'application de règles impératives dont les *circonstances de fait* appellent le respect.

5. Il convient de n'admettre l'existence de contrats innommés qu'avec *retenue,* en particulier lorsque des rapports de confiance accrus devraient exister entre les parties.

6. En principe, les contrats innommés seront régis par un seul *ensemble de règles,* les dispositions sur le mandat ou celles sur le contrat d'entreprise; pour déterminer de quel contrat nommé la convention en cause se rapproche le plus, il convient d'observer les points fondamentaux également retenus pour la qualification. (Cette proposition ne vaut pas pour les contrats mixtes.)

B. Résiliation

7. La résiliation du mandat en tout temps, par l'une ou l'autre partie (art. 404 al. 1 CO), est une *règle impérative* en droit positif.

8. En droit souhaitable, le *mandataire* devrait pouvoir s'engager valablement à exécuter le service promis, le cas échéant pendant une certaine période, la répudiation pour justes motifs demeurant possible en tout temps (§ 671 BGB).

   Les *justes motifs* peuvent découler de la violation du contrat par l'autre partie ou de circonstances extérieures. En règle générale, le mandataire (et aussi le mandant) ne peut invoquer que les circonstances imputables à l'autre partie ou à des tiers; il existe des exceptions, par exemple:

   a) pour les services qui supposent une confiance personnelle du fournisseur envers le client, la seule disparition

de cette confiance est un motif suffisant pour répudier le contrat;

b) pour les services qui consistent à créer des œuvres littéraires ou artistiques, la liberté de la création intellectuelle offre un motif suffisant de répudier le contrat si la protection de la personnalité du créateur l'exige.

9. En droit souhaitable, le *client* devrait toujours pouvoir résilier le contrat de service en versant une indemnité équitable.

10. Déjà maintenant, pour les contrats de service *innommés durables,* la résiliation aux termes de l'article 404 CO est préférable à la résiliation selon l'article 377 CO, ou à la résiliation judiciaire selon l'article 545 al. 1 ch. 7 CO appliqués par analogie. Cependant, si la protection des investissements effectués par le co-contractant ou d'autres motifs le requièrent, on appliquera l'article 546 CO par analogie, en octroyant un délai de congé approprié plutôt qu'un droit de résiliation immédiate [388]. La résolution selon les articles 107 ss CO n'est possible que si le contrat n'a pas encore reçu un commencement d'exécution. Pour les contrats innommés qui ne sont pas de longue durée, les articles 107 à 109 CO sont applicables en sus des articles 404 ou 377 CO.

11. En tous les cas, le *travail déjà fait* par le fournisseur des services doit être payé, lorsque l'autre partie résilie le contrat.

12. Des *dommages-intérêts* sont dus pour la résiliation inopportune du mandat lorsqu'elle a lieu pour des motifs qui ne sont pas imputables au fournisseur des services.

13. Il n'est pas possible d'établir une présomption générale que la résiliation a lieu en temps inopportun lorsqu'elle intervient avant que le résultat envisagé par les parties ne soit atteint; cependant, la jurisprudence pourrait admettre une

[388] Voir ainsi, pour le contrat *sui generis* par lequel un médecin est admis dans le collège des médecins d'une clinique privée, un arrêt bernois qui impose l'observation d'un délai de six mois pour résiliation, sauf cas de justes motifs: RSJB 114 (1978), p. 46.

présomption (relative) en ce sens *pour certaines professions,* compte tenu de leur organisation.

14. Les dommages-intérêts éventuels qui seraient dus pour résiliation en temps inopportun ne compensent ni l'intérêt positif, ni l'intérêt négatif au sens traditionnel de ces termes. Il s'agit de *dommages-intérêts limités* par le but de la loi, qui permet la résiliation en tout temps. Le fournisseur des services qui répudie en temps inopportun devra quelquefois indemniser le mandant pour l'intérêt économique de celui-ci à une exécution du contrat sans délai, lorsque l'équité l'exige. En revanche, le client qui révoque le contrat ne devra pas rembourser le bénéfice manqué du fournisseur des services, à moins que celui-ci n'établisse qu'il a renoncé à conclure des contrats semblables avec des tiers en raison de la conclusion du contrat révoqué par la suite.

15. En l'absence de convention contraire – qui sera toujours admissible dans les limites de l'article 20 CO – le fournisseur n'est tenu de *garantir sans faute* un résultat que dans les contrats proches du contrat d'entreprise, en particulier la commande de logiciel, l'insertion publicitaire, l'organisation de voyages et le transport de personnes. Même dans ces contrats, il convient d'examiner cas par cas si les dispositions des articles 367 ss CO sont applicables. Sauf exception, les articles 367 ss CO ne sont pas applicables à l'objet, même matérialisé, des autres contrats de service.

C. Législation

16. Il ne convient pas de *légiférer* à propos des contrats de service, sauf peut être en ce qui concerne la résiliation du mandat, pour laquelle le § 671 BGB offre un bon modèle. L'article 8 de la Loi sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 devrait apporter aux clients des entreprises de service une garantie suffisante contre les clauses inappropriées des conditions générales, par exemple pour les contrats d'architecte ou d'ingénieur, les contrats d'enseignement, l'organisation de voyages, et les divers contrats de publicité.

Répertoire des arrêts cités *

I. Arrêts du Tribunal fédéral suisse publiés dans le Recueil officiel des arrêts

ATF 112 II 41 (f)	JdT 1986 I 253 SJ 1986 I 388
ATF 111 II 72	
ATF 111 II 97	
ATF 111 II 149	JdT 1986 I 17
ATF 111 II 170 (f)	JdT 1986 I 30
ATF 111 II 242	JdT 1986 I 78
ATF 111 II 270	JdT 1986 I 67
ATF 110 I b 213	
ATF 110 II 183	JdT 1985 I 223
ATF 110 II 244 (f)	JdT 1985 I 152
ATF 110 II 283	JdT 1985 I 16
ATF 110 II 375 (f)	JdT 1985 I 375
ATF 110 II 380	JdT 1985 I 274
ATF 110 II 474	JdT 1985 I 259
ATF 109 II 34	JdT 1983 I 266
ATF 109 II 213	
ATF 109 II 231	JdT 1984 I 156
ATF 109 II 239	JdT 1984 I 148
ATF 109 II 452	JdT 1984 I 470
ATF 109 II 462	JdT 1984 I 210
ATF 108 II 118 (f)	JdT 1984 II 62
ATF 108 II 122 (f)	
ATF 108 II 301	JdT 1983 I 31
ATF 108 II 449	JdT 1983 I 219
ATF 107 II 172	JdT 1981 I 598
ATF 107 II 216	JdT 1982 I 66
ATF 107 II 411	JdT 1982 I 162
ATF 107 II 430 (f)	JdT 1982 I 94
ATF 107 II 438 (f)	
ATF 107 III 106 (f)	JdT 1983 II 57
ATF 106 I b 145	
ATF 106 II 157	JdT 1980 I 370
ATF 105 II 99	JdT 1980 I 590
ATF 105 II 200	JdT 1980 I 165
ATF 105 II 264 (f)	JdT 1981 I 120
ATF 105 II 284 (f)	JdT 1980 I 169
ATF 104 II 108	JdT 1980 I 77
ATF 104 II 275	JdT 1979 I 497
ATF 104 II 314	JdT 1979 I 602
ATF 104 II 317 (f)	
ATF 103 I a 501	
ATF 103 II 52	JdT 1977 I 542
ATF 103 II 102	JdT 1978 I 66

* Nous exprimons nos vifs remerciements à Mlle Isabelle Romy, assistante au Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, qui a établi la liste des arrêts cités dans nos notes, de même que la Bibliographie et la Table des abréviations.

ATF 103 II 129	JdT 1978 I 150
ATF 102 I a 229 (f)	JdT 1978 II 49
ATF 102 I a 493 (f)	JdT 1979 I 63
ATF 102 II 45	JdT 1977 I 115
ATF 102 II 81	JdT 1977 I 210
ATF 102 II 297	JdT 1978 II 67
ATF 102 II 413 (f)	JdT 1978 I 62
ATF 101 I a 545 (f)	JdT 1976 I 605
ATF 101 I b 422 (f)	
ATF 101 II 102	JdT 1976 I 525
ATF 101 II 109	JdT 1976 I 333
ATF 101 II 117	JdT 1976 I 329
ATF 101 II 121	JdT 1976 I 281
ATF 101 II 293	JdT 1976 I 519
ATF 100 I b 137	JdT 1975 I 354
ATF 100 I b 345 (f)	JdT 1975 I 283
ATF 100 I b 350 (f)	JdT 1975 I 285
ATF 100 II 145	JdT 1975 I 326
ATF 100 II 345	JdT 1975 I 614
ATF 100 II 361 (f)	JdT 1975 I 183
ATF 100 II 450 (f)	JdT 1976 I 89
ATF 100 IV 167	JdT 1975 IV 108
ATF 99 II 308 (f)	JdT 1974 I 285
ATF 99 II 393	JdT 1974 I 588
ATF 99 IV 201	JdT 1974 IV 135
ATF 98 II 113	JdT 1973 I 172
ATF 98 II 288	JdT 1973 I 639
ATF 98 II 299 (f)	JdT 1973 I 244
ATF 98 II 305	JdT 1973 I 536
ATF 97 I 167 (f)	JdT 1974 I 9
ATF 97 II 58 (f)	JdT 1972 I 94
ATF 97 II 66 (f)	
ATF 97 II 142 (f)	JdT 1972 I 157
ATF 97 II 350	JdT 1972 I 280
ATF 96 II 154 (f)	JdT 1970 I 630
ATF 96 II 192 (f)	JdT 1971 I 174
ATF 95 I 21	JdT 1970 I 18
ATF 95 II 126 (f)	JdT 1970 I 234
ATF 94 I 305	JdT 1969 I 301
ATF 94 II 157	JdT 1969 I 538
ATF 94 II 161	JdT 1969 I 650
ATF 94 II 167	JdT 1969 I 549
ATF 94 II 263	JdT 1970 I 41
ATF 94 II 313 (f)	JdT 1970 I 46
ATF 94 II 355 (f)	JdT 1970 I 37
ATF 93 II 19 (f)	JdT 1967 I 153
ATF 93 II 239	JdT 1968 I 329
ATF 93 II 242	JdT 1968 I 333
ATF 93 II 272	JdT 1968 I 130
ATF 93 II 290	JdT 1968 I 565
ATF 93 II 311 (f)	JdT 1969 I 156
ATF 93 II 317	JdT 1969 I 143

ATF 93 III 59 (f)	JdT 1968 II 2
ATF 92 II 31 (f)	JdT 1967 I 155
ATF 92 II 168	JdT 1967 I 130
ATF 92 II 234	JdT 1967 I 241
ATF 92 II 299 (f)	JdT 1967 I 247
ATF 92 II 328 (f)	JdT 1968 I 34
ATF 91 II 438 (f)	JdT 1966 I 190
ATF 91 II 442	JdT 1966 I 337
ATF 90 II 274	JdT 1965 I 234
ATF 90 II 302	JdT 1965 I 120
ATF 89 II 30	JdT 1963 I 591
ATF 89 II 232	JdT 1964 I 245
ATF 89 II 405 (f)	JdT 1964 I 251
ATF 88 II 325 (f)	JdT 1963 I 155
ATF 88 II 430 (f)	JdT 1963 I 285
ATF 87 II 364	JdT 1962 I 363
ATF 86 II 171	JdT 1961 I 38
ATF 85 II 97	JdT 1960 I 142
ATF 83 II 525 (f)	
ATF 82 II 142	JdT 1957 I 101
ATF 82 IV 145	JdT 1957 IV 71
ATF 81 IV 306	
ATF 80 I 383	JdT 1955 I 284
ATF 80 II 26	JdT 1955 I 136
ATF 78 II 32	JdT 1952 I 492
ATF 78 II 42	JdT 1952 I 514
ATF 78 II 230	JdT 1953 I 241
ATF 78 II 265 (f)	JdT 1953 I 351
ATF 77 II 263	JdT 1952 I 200
ATF 76 II 103	JdT 1950 I 258
ATF 75 II 149 (f)	JdT 1950 I 571
ATF 74 II 172	JdT 1949 I 268
ATF 73 I 415	JdT 1948 I 562
ATF 72 II 235	JdT 1947 I 134
ATF 71 II 99	JdT 1945 I 472
ATF 71 II 107 (f)	JdT 1945 I 446
ATF 71 II 167	JdT 1945 I 570
ATF 71 II 242 (f)	JdT 1946 I 246
ATF 71 II 294	JdT 1946 I 208
ATF 70 II 207 (f)	
ATF 70 II 215	JdT 1945 I 41
ATF 69 II 139 (f)	JdT 1944 I 142
ATF 67 II 146	JdT 1941 I 508
ATF 67 II 226	JdT 1942 I 88
ATF 64 II 9 (f)	JdT 1939 I 158
ATF 64 II 254	JdT 1939 I 42
ATF 63 II 176	JdT 1937 I 579
ATF 63 II 180	JdT 1937 I 521
ATF 63 II 240 (f)	JdT 1938 I 476
ATF 63 II 252	JdT 1938 I 2
ATF 61 II 95	JdT 1935 I 615
ATF 61 II 106 (f)	JdT 1935 I 432

ATF 60 II 205	JdT 1934 I 626
ATF 60 II 233	JdT 1935 I 226
ATF 60 II 286	JdT 1935 I 16
ATF 59 II 63 (f)	JdT 1934 I 516
ATF 59 II 245	JdT 1934 I 42
ATF 59 II 260	JdT 1933 I 620
ATF 58 II 6	JdT 1933 I 88
ATF 58 II 371 (f)	JdT 1933 I 405
ATF 58 II 421	JdT 1933 I 299
ATF 57 II 160 (f)	JdT 1931 I 602
ATF 57 II 187	JdT 1931 I 585
ATF 55 II 39 (f)	JdT 1929 I 322
ATF 55 II 183	JdT 1930 I 51
ATF 54 II 333 (f)	
ATF 53 II 233	JdT 1927 I 487
ATF 53 II 419	JdT 1928 I 586
ATF 52 II 437	JdT 1927 I 36
ATF 51 II 183	JdT 1925 III 456
ATF 50 II 514	JdT 1925 I 98
ATF 49 II 54	JdT 1923 I 514
ATF 48 II 119 (f)	
ATF 48 II 366	JdT 1923 I 98
ATF 48 II 487	
ATF 47 II 144	JdT 1921 I 450
ATF 47 II 183	JdT 1922 I 364
ATF 47 II 213 (f)	JdT 1921 I 494
ATF 46 II 116	JdT 1920 I 450
ATF 46 II 248	JdT 1921 I 34
ATF 44 II 280	JdT 1919 I 79
ATF 44 II 343 (f)	
ATF 44 II 500	
ATF 42 II 144 (f)	
ATF 41 II 77	
ATF 41 II 474	JdT 1916 I 361
ATF 41 II 571	JdT 1916 I 258
ATF 38 II 145	
ATF 32 II 528	
ATF 29 II 45	
ATF 26 II 598	
ATF 24 II 373 (f)	
ATF 23 214	
ATF 23 223	
ATF 21 1061 (f)	
ATF 20 195	
ATF 19 826 (f)	
ATF 16 400	

II. Arrêts publiés dans d'autres revues

BJM 1981 335
BJM 1975 192
BJM 1973 95

BJM 1972 25
BJM 1957 326

BlZR 1986 28 n° 15
BlZR 1986 144 n° 57
BlZR 1986 149 n° 58
BlZR 1985 260 n° 107
BlZR 1984 212 n° 89
BlZR 1983 151 n° 57
BlZR 1982 137 n° 55
BlZR 1981 212 n° 89
BlZR 1977 34 n° 17
BlZR 1975 201 n° 66
BlZR 1974 165 n° 67
BlZR 1964 329 n° 134
BlZR 1959 179 n° 7
BlZR 1955 370 n° 183
BlZR 1952 134 n° 78
BlZR 1943 230 n° 76
BlZR 1930 194 n° 80
BlZR 1927 294 n° 149
BlZR 1923 101 n° 54
BlZR 1923 193 n° 109

Extr. FR 1980 88
Extr. FR 1949 41

JAAC 1980 62 n° 17

JdT 1982 III 47
JdT 1968 II 127
JdT 1966 II 127
JdT 1960 I 92
JdT 1954 I 585
JdT 1885 458

NJW 1983 341
NJW 1980 1450

PKG 1974 21 n° 4

Praxis 1985 518

RB App. 1945/46 n° 5

Rep. 111 (1978) 136

RGGB 8 (1890) 30 n° 11
RGGB 3 (1885) 50 n° 51

RGZ 139 41
RGZ 3 186

RJN 1953/57 I 132

ROhG 23 234
ROhG 6 180

RSJ 1986 46 nº 8
RSJ 1986 179 nº 27
RSJ 1986 321 nº 51
RSJ 1984 322 nº 58
RSJ 1984 359 nº 61
RSJ 1983 247 nº 44
RSJ 1983 310 nº 53
RSJ 1983 341 nº 57
RSJ 1983 376 nº 65
RSJ 1982 314 nº 55
RSJ 1982 345 nº 59
RSJ 1981 28 nº 6
RSJ 1981 97 nº 20
RSJ 1981 287 nº 43
RSJ 1981 372 nº 56
RSJ 1980 149 nº 13
RSJ 1979 26 nº 4
RSJ 1978 59 nº 18
RSJ 1978 175 nº 35
RSJ 1977 111 nº 41
RSJ 1977 320 nº 90
RSJ 1976 328 nº 97
RSJ 1976 360 nº 111
RSJ 1975 27 nº 15
RSJ 1974 73 nº 12
RSJ 1974 143 nº 25
RSJ 1974 335 nº 95
RSJ 1973 226 nº 95
RSJ 1972 173 nº 71
RSJ 1971 112 nº 49
RSJ 1971 277 nº 126
RSJ 1970 8 nº 1
RSJ 1970 57 nº 18
RSJ 1969 95 nº 40
RSJ 1968 24 nº 6
RSJ 1968 54 nº 18
RSJ 1968 140 nº 95
RSJ 1967 191 nº 91
RSJ 1966 13 nº 7
RSJ 1966 42 nº 14
RSJ 1966 304 nº 172
RSJ 1966 329 nº 188
RSJ 1964 42 nº 29
RSJ 1964 253 nº 173
RSJ 1963 362 nº 181
RSJ 1961 252 nº 101
RSJ 1959 225 nº 78
RSJ 1958 90 nº 46
RSJ 1957 307 nº 137
RSJ 1956 10 nº 1
RSJ 1956 198 nº 111
RSJ 1956 344 nº 156

RSJ 1955 189 nº 108
RSJ 1953 213 nº 89
RSJ 1952 160 nº 55
RSJ 1949 44 nº 14
RSJ 1949 45 nº 17
RSJ 1946 187 nº 73
RSJ 1946 344 nº 132
RSJ 1945 107 nº 63
RSJ 1944 124 nº 75
RSJ 1944 124 nº 77
RSJ 1944 365 nº 220
RSJ 1942/43 315 nº 192
RSJ 1940/41 157 nº 32
RSJ 1939/40 334 nº 236
RSJ 1937/38 270 nº 50
RSJ 1932/33 184 nº 33
RSJ 1923/24 149 nº 106
RSJ 1918/19 166 nº 117
RSJ 1916/17 132 nº 30
RSJ 1916/17 148 nº 34
RSJ 1915/16 99 nº 21
RSJ 1914/15 276 nº 229
RSJ 1910/11 378 nº 377
RSJ 1908/09 9 nº 7

RSJB 118 (1982) 523
RSJB 114 (1978) 46
RSJB 113 (1977) 321
RSJB 113 (1977) 414
RSJB 111 (1975) 196
RSJB 102 (1966) 147
RSJB 101 (1965) 148
RSJB 81 (1945) 240
RSJB 57 (1921) 91
RSJB 54 (1918) 462

RSPIDA 1982 228
RSPIDA 1980 189
RSPIDA 1979 69

RVJ 1984 264
RVJ 1980 252
RVJ 1979 68
RVJ 1973 317
RVJ 1969 29
RVJ 1968 170

SAS 1981 70 nº 20
SAS 1967 50
SAS 1966 242
SAS 1962/63 288

SBHE 8 (1889) 281
SBHE 10 (1891) 106

SJ 1985 650 (TF)
SJ 1984 23
SJ 1984 391
SJ 1984 432
SJ 1984 558
SJ 1982 577
SJ 1981 474
SJ 1981 518
SJ 1980 398
SJ 1979 325
SJ 1979 403
SJ 1979 693 (TF)
SJ 1978 385 (TF)
SJ 1977 170
SJ 1976 193
SJ 1975 1
SJ 1975 7
SJ 1972 525
SJ 1970 616 (TF)
SJ 1966 513
SJ 1962 251
SJ 1961 161 (TF)
SJ 1959 66
SJ 1959 69
SJ 1955 529
SJ 1953 257 (TF)
SJ 1953 364
SJ 1952 39
SJ 1952 74
SJ 1947 497
SJ 1942 24
SJ 1939 528
SJ 1938 217
SJ 1926 312
SJ 1921 229
SJ 1919 103

VAR 1944 n° 49
VAR 1917 n° 46