

doute les parties, en élisant domicile, peuvent donner au notaire ou à l'avoué qualité pour recevoir le paiement; mais le droit de recevoir résulte, dans ce cas, non de la clause qui élit domicile en l'étude du notaire ou de l'avoué, mais de la volonté manifestée par les parties que le paiement se fasse entre les mains de leur mandataire.

532. On a essayé de justifier le mandat tacite donné au notaire par l'usage général où sont les parties de payer entre les mains du notaire qui a fait la vente ou le prêt. Une cour avait admis ce motif; sa décision a été cassée. La cour de cassation dit que le prétendu usage invoqué par l'arrêt n'a point de base légale (1). Veut-on dire que l'usage a dérogé à la loi? On répondrait que la désuétude n'a pas la force d'abroger la loi, et que, l'eût-elle en théorie, elle n'existerait pas en fait. Entend-on dire seulement que les conventions obligent aux suites que l'usage donne à l'obligation (art. 1134), ou que ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (art. 1159)? Aucune de ces dispositions n'est applicable à l'espèce. Il s'agit de savoir s'il y a mandat tacite, c'est-à-dire contrat par un concours de volontés tacites. L'usage ne peut pas avoir pour effet que je sois censé consentir alors que je n'ai pas consenti. Ce serait un contrat présumé; or, les contrats ne peuvent pas se présumer, ils n'existent pas sans consentement. La cour de Poitiers dit très-bien que ni en droit, ni en raison, on ne peut admettre que les notaires aient mandat de recevoir sans que ce mandat leur ait été donné par la volonté des parties contractantes (2).

533. La question du mandat tacite se réduit donc à une difficulté de fait : le créancier a-t-il entendu donner au notaire pouvoir de recevoir pour lui? Que ce mandat puisse exister, cela n'est pas douteux. Nous en citerons un exemple emprunté à la jurisprudence. L'acte de prêt passé devant notaire portait la clause suivante : « Le paiement des intérêts annuels, ainsi que le rembourse-

(1) Cassation, 21 novembre 1836 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1713, 3°).
 (2) Poitiers, 5 juin 1851 (Daloz, 1853, 2, 154).

ment du capital prêté devront se faire entre les mains du prêteur, de ses héritiers, de ses ayants cause ou de son fondé de pouvoirs. » De fait, le notaire avait constamment agi envers les emprunteurs comme fondé de pouvoirs ou mandataire du prêteur, qui était une demoiselle. C'est à lui que les emprunteurs s'étaient adressés pour obtenir la somme qui leur était nécessaire, et non à la demoiselle; c'est lui qui leur avait donné la somme et compté les espèces. Lors de la passation de l'acte, ce n'est pas la demoiselle qui avait comparu, c'est le clerc du notaire qui avait stipulé pour elle et en son nom; c'est au notaire, et jamais à la prêteuse, que les emprunteurs avaient payé les intérêts; c'est le notaire qui leur avait donné quittance et ces paiements avaient été reconnus par la prêteuse, puisqu'elle les avait passés en compte. La cour en conclut que le notaire ayant été reconnu par le créancier comme son mandataire, il fallait lui appliquer la clause de l'acte portant que le remboursement du capital devait se faire entre les mains du créancier ou de son fondé de pouvoirs (1).

Dans l'espèce, il n'y avait pas de clause portant que le paiement se ferait en l'étude du notaire. Bien que cette clause n'emporte pas, en droit, pour le notaire l'autorisation de recevoir, elle peut être invoquée à l'appui des faits et circonstances de la cause à l'effet d'établir que le notaire a pouvoir de recevoir pour le créancier (2). D'autres arrêts disent que cette clause fournit un commencement de preuve par écrit qui permet d'admettre des présomptions pour prouver l'existence d'un mandat tacite (3). Nous réservons la question de la preuve pour le chapitre qui est le siège de la matière : il s'agit de savoir si l'on peut appliquer aux conventions tacites, qui semblent exclure la possibilité d'une preuve littérale, les principes qui régissent la preuve testimoniale; ces principes supposent que lors du contrat il a été possible aux parties de se procurer une preuve par écrit de leurs conventions; cela se peut-il lorsque le consentement résulte de faits et non de la volonté décla-

(1) Gand, 13 avril 1854 (*Pasicriste*, 1857, 2, 194).

(2) Rejet, chambre civile, 12 mars 1844 (Daloz, au mot *Mandat*, n° 129, 5°).

(3) Metz, 23 février 1864 (Daloz, 1864, 2, 220).

rée? En définitive, le juge doit se décider d'après les faits qui ont précédé, accompagné ou suivi l'acte; c'est d'après ces circonstances qu'il admettra le mandat tacite (1) ou qu'il le rejettera (2).

534. Quel sera l'effet du paiement fait entre les mains du notaire? Le notaire tombe en faillite : on demande si le prix périt pour le vendeur ou pour l'acquéreur. Il faut distinguer. Si le notaire a pouvoir de recevoir, soit par un mandat exprès, soit par un mandat tacite, le débiteur se libère valablement en payant entre ses mains. C'est le cas d'appliquer l'article 1239. On a prétendu que le notaire était le mandataire de l'acquéreur. Cela n'est pas admissible; l'article 1239 dit que le paiement doit être fait à celui qui a pouvoir du créancier : c'est le créancier qui reçoit, c'est donc à lui de donner mandat de recevoir en son nom. Quand même le mandat résulte de l'acte de vente auquel l'acheteur concourt, on ne peut pas dire que le notaire soit son mandataire; le mandat est donné par la partie intéressée, donc par celle qui touche le prix, et non par celle qui le paye (3). Si le notaire n'a aucun mandat et que le débiteur paye entre ses mains, il fait un paiement irrégulier, donc il est responsable; si le notaire ne remet pas les deniers au créancier, celui-ci, n'étant pas payé, pourra exiger son paiement, l'acheteur devra payer une seconde fois, sauf à exercer son recours contre le notaire, recours dérisoire quand le notaire est en faillite.

535. Parfois les débiteurs payent entre les mains du clerc : le paiement sera-t-il censé fait entre les mains du notaire? C'est une question de fait. Le clerc est d'ordinaire le mandataire de son patron, au nom duquel il reçoit les fonds qui lui sont remis. Si donc le notaire a mandat de recevoir, le paiement fait entre les mains de son clerc pourra être validé. Ce sera toujours une imprudence,

(1) Douai, 29 novembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 41).

(2) Douai, 29 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 161). Liège, 10 août 1864 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 35).

(3) Rejet, 26 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 305).

car de mandat exprès il y en a rarement, et le mandat tacite est sujet à contestation (1).

Il est arrivé que les parties ont donné mandat aux clercs du notaire, et la question s'est présentée de savoir qui, dans ce cas, était le vrai mandataire, le clerc ou son patron? Il a été jugé que c'est le notaire, l'homme de confiance des parties; si l'acte indiquait les clercs, c'était pour faciliter les opérations dont le notaire était chargé, la liquidation d'une succession, en faisant intervenir les clercs dans les actes qui intéressaient les mandants; l'arrêt décide que le notaire était seul, en réalité, l'homme d'affaires des héritiers et avait qualité d'agir, pour la recette et l'emploi des deniers, en qualité de mandataire substitué des mandataires en titre (2).

536. Il y a encore un autre mandat tacite, également dangereux pour ceux qui payent. Le pouvoir que nous donnons de contracter pour nous, comme de vendre ou de louer une chose, renferme-t-il celui de recevoir le prix de la vente et du louage? Question célèbre, dit Pothier; il se prononce pour la négative. C'est l'application du principe que les mandats sont de stricte interprétation. Je donne mandat de vendre; quand la vente est faite, le mandat est rempli. Vient ensuite l'exécution de la vente; c'est un nouveau fait juridique pour lequel il faudrait un nouveau contrat. Pothier admettait cependant que les circonstances pouvaient faire admettre un mandat tacite en faveur de celui qui est chargé de vendre (3). De là de nouvelles difficultés, comme pour le mandat tacite que l'on revendique en faveur des notaires. Ce n'est pas dans le mandat de vendre que l'on doit chercher la solution, c'est dans les faits et les circonstances de la cause. Les auteurs ont donc tort, nous semble-t-il, de décider en termes généraux qu'il y a ou qu'il n'y a pas mandat; les distinctions qu'ils font sont tout au plus des faits que le juge pourra prendre en considération pour admettre qu'il y a

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 154, note 8, § 317. Rejet, 19 janvier 1807 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1712).

(2) Gand, 2 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 176).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 513.

mandat tacite. Nous laissons de côté les distinctions de Toullier, dont personne ne veut (1). Les auteurs modernes distinguent entre les ventes immobilières et les ventes mobilières : dans les premières, ils n'admettent pas que le mandat de vendre emporte celui de toucher le prix, tandis qu'ils l'admettent facilement dans les autres (2). Cela est trop absolu. En principe, il faut s'en tenir à la doctrine de Pothier, la seule qui soit juridique : le fait de donner mandat de vendre n'emporte pas mandat de toucher le prix, pas plus pour les ventes mobilières que pour les ventes immobilières. La jurisprudence est en ce sens.

Dans un mandat donné pour vendre un immeuble, il était dit qu'une partie du prix serait payée entre les mains du mandataire; l'adjudicataire eut l'imprudence de payer tout son prix entre les mains du notaire chargé de vendre. Il a été jugé qu'il n'était pas libéré. L'acquéreur alléguait que la restriction du mandat ne se trouvait pas mentionnée dans le cahier des charges. La cour de cassation répond que c'est au débiteur à s'enquérir et à s'assurer de la capacité et de l'étendue des pouvoirs du mandataire (3).

Il est d'usage, au moins en Belgique, de payer le prix des vins de France entre les mains du commis voyageur à qui l'on a fait la commande. Rien de mieux quand les commis voyageurs ont mandat de vendre et de toucher le prix. Mais le premier mandat n'emporte pas le second. Cela a été jugé ainsi pour les ventes faites en France, et la décision est très juridique (4).

Quant au mandat de louer, on est à peu près d'accord qu'il ne donne pas au mandataire le droit de recevoir les loyers et fermages. On admet cependant que celui qui loue peut recevoir le pot-de-vin que le fermier ou le locataire est dans l'usage de payer, ainsi que le terme

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 14, n° 23. Comparez Duranton, t. XII, p. 70, n° 51, et Demolombe, t. XXVII, p. 134, n° 149.

(2) Demolombe, t. XXVII, p. 135, n° 150, 151. Larombière, t. III, p. 89, n° 8 (Ed. B., t. II, p. 153).

(3) Cassation, 21 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1713, 3°).

(4) Jugement du 19 novembre 1868, du tribunal de Chateaubriant (Dalloz, 1869, 3, 30).

d'avance qui se paye au moment où le contrat se passe. Il va sans dire que celui qui a un mandat général d'administrer ou de recevoir pour le mandant a le droit de toucher les loyers et les fermages (1).

III. *De l'effet des paiements faits à celui qui n'a pas qualité pour recevoir.*

537. Les paiements faits à ceux qui n'ont pas qualité pour recevoir sont si fréquents, qu'ils sont devenus l'objet d'un de ces dictons populaires que Loysel a recueillis :

Qui doit à Luc et paye à François
Paye une autre fois.

La cour de cassation a plus d'une fois appliqué cet adage, même à des institutions publiques, qui devraient y mettre plus de prudence. Il est arrivé que la caisse des consignations a payé à un autre qu'au créancier dans des circonstances assez singulières. Un navire échoue, en 1809, devant la rade de Sidéro près de Candie. Le capitaine ne réclame pas, ne donne plus même signe de vie. En 1820, le consul de France à La Canée fait verser à la caisse des consignations pour le compte dudit capitaine une somme de 3,925 francs provenant de la vente des marchandises et agrès. Quinze ans plus tard, un individu se présente comme héritier du capitaine; il était porteur d'un acte de notoriété dressé par un notaire de Paris et signé par huit témoins. Sur le refus de la caisse de payer, le prétendu héritier obtint une ordonnance de référé, rendue par le président du tribunal de la Seine, qui autorisa la caisse à payer sous peine d'y être contrainte. La caisse paya. En 1854, le capitaine, qui n'était pas décédé, réclama le remboursement de la somme que la caisse avait payée à son prétendu héritier. La cour de Paris fit droit à sa réclamation. On prouva que l'acte de notoriété avait été obtenu à l'aide de fausses déclarations et de manœuvres dolosives employées pour faire croire au décès du capitaine. Quant à l'ordonnance de référé, elle n'avait

(1) Duranton, t. XII, p. 75, n° 51. Demolombe, t. XXVII, p. 137, n° 152.

statué qu'au provisoire et sans préjudicier au fond du droit. La caisse avait donc payé à un individu qui n'avait aucune qualité pour recevoir, elle l'avait fait à ses risques et devait payer une seconde fois. Pourvoi en cassation. La caisse invoqua l'article 1240 qui valide le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance. Il est certain que le paiement fait à l'héritier apparent est valable. Mais y avait-il un héritier apparent alors que le décès n'était pas régulièrement constaté? C'était une question de fait que la cour de Paris avait tranchée en décidant que le paiement n'était point valable comme n'ayant pas été fait au créancier (1).

Deux personnes achètent en commun un immeuble; elles en jouissent par indivis pendant plusieurs années, puis elles le revendent avec bénéfice. L'un des deux vendeurs avait-il mandat de recevoir la portion du prix revenant à son covendeur? Il a été jugé que l'acquéreur qui avait payé le prix entier à l'un des vendeurs n'était pas libéré à l'égard de l'autre. On alléguait en faveur de l'acheteur qu'il y avait société entre les deux copropriétaires par indivis; que, par conséquent, on devait appliquer à la cause l'article 1859, aux termes duquel les associés sont censés s'être donné réciproquement mandat d'administrer l'un pour l'autre, et le pouvoir d'administrer implique celui de recevoir. La cour de cassation répond que pour qu'il y ait société il faut qu'il soit établi que l'immeuble a été acheté en vue d'en opérer la revente et de partager le bénéfice qui en pourrait résulter. En l'absence de cette condition, il n'y a entre les deux possesseurs qu'un état de communauté ou d'indivision qui ne permet pas d'appliquer l'article 1859. Le paiement avait donc été fait à celui qui n'avait pas qualité pour recevoir; par suite l'acheteur a dû payer une seconde fois (2).

538. L'article 1239 porte que le paiement fait à celui qui n'a pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable si celui-ci le ratifie. En le ratifiant, il l'approuve, la

(1) Rejet, 27 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 225)

(2) Cassation, 22 novembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 323).

ratification est considérée comme un mandat (1). L'article 1241 prévoit le cas où le paiement est fait au créancier incapable de le recevoir; la loi ne dit pas que ce paiement est validé par la ratification. En effet, il ne peut pas s'agir, dans ce cas, de la ratification proprement dite. Le paiement fait à l'incapable est vicié par l'incapacité de celui qui le reçoit, comme il serait vicié par l'incapacité de celui qui le fait; le paiement est donc nul, par conséquent il faut appliquer les principes qui régissent la nullité. La nullité se couvre par la confirmation, c'est-à-dire par la renonciation au droit de demander la nullité: la confirmation d'un acte vicié par l'incapacité ne peut se faire que lorsque l'incapacité a cessé, par le mineur lorsqu'il devient majeur, par la femme mariée après la dissolution du mariage, par l'interdit lorsque l'interdiction est levée. La confirmation pourrait encore se faire pendant la durée de l'incapacité si ceux qui avaient le droit de recevoir pour l'incapable approuvaient le paiement.

Ainsi le paiement fait à celui qui n'est pas créancier et qui n'a point qualité de recevoir pour le créancier est validé par la ratification. Quant au paiement fait au créancier incapable de recevoir, il se valide par la confirmation. La différence est grande entre la ratification et la confirmation. Quand il y a lieu à ratification, on ne peut pas dire que le paiement soit nul, il faut dire qu'il est inexistant, car le paiement exige le concours du créancier; or, on suppose qu'il n'a pas été fait au créancier, ni à quelqu'un ayant pouvoir de lui; pour que ce paiement existe, il faut un nouveau consentement, c'est ce nouveau consentement que l'on appelle ratification. La ratification n'est donc autre chose qu'une simple manifestation de volonté. Il n'en est pas de même de la confirmation. Le paiement a été fait au créancier, il y a donc paiement, mais il est nul à raison de l'incapacité de celui qui l'a reçu. Ce paiement donne lieu à une action en nul-

(1) Pothier, n° 528. Duranton, t. XII, p. 76, n° 52. Demolombe, t. XXVII, p. 145, n°s 169-171. Rejet, 22 thermidor an IX (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1718).

lité, laquelle doit être intentée dans les dix ans; après les dix ans, le paiement est confirmé tacitement. Si le paiement est fait à celui qui n'est pas créancier ni mandataire du créancier, il n'y a pas de paiement; le créancier n'a pas besoin d'en demander la nullité; il n'y est pas intervenu, on ne peut le lui opposer; il n'y a donc pas lieu à la prescription de dix ans; le créancier peut demander le paiement aussi longtemps que son droit n'est pas prescrit, et la prescription ordinaire est de trente ans.

Il y a encore une différence entre la ratification et la confirmation en ce qui concerne la forme. Quand la confirmation est constatée par écrit, l'acte doit être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1338; à défaut de l'observation de ces formalités, l'écrit confirmatif est nul. L'article 1338 ne s'applique pas à la ratification, bien que, par une regrettable confusion, la loi donne aussi à la confirmation le nom de ratification. Nous reviendrons sur tous ces points en traitant des actes confirmatifs. Pour le moment, nous ne parlons que de la ratification proprement dite.

539. Quand y a-t-il ratification? C'est une approbation de ce qui a été fait pour nous, mais sans mandat; donc c'est une simple manifestation de volonté, soumise aux principes généraux qui régissent le consentement. La ratification peut être expresse ou tacite; est-elle expresse, elle n'exige aucune forme; si un écrit est rédigé pour la constater, on applique les principes généraux de la preuve littérale.

Il n'y a aucun doute sur ces points : c'est l'application des principes élémentaires de droit. La jurisprudence n'a pas la précision et la clarté désirables. On lit dans les arrêts que la ratification doit être expresse et formelle, ce qui semble dire que la ratification ne peut pas être tacite; cependant les arrêts disent aussi que la ratification doit résulter d'un fait positif ou d'une stipulation claire et formelle (1), ce qui implique que la ratification peut être expresse ou tacite; telle est la vraie doctrine. La cour de

(1) Lyon, 16 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 78). Bruxelles, 13 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 219).

cassation l'a consacrée en décidant qu'il y avait ratification suffisante lorsque le créancier a connu le paiement fait au tiers pour son compte et qu'il lui a volontairement laissé la somme reçue (1).

540. Le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est encore validé si le créancier en a profité (art. 1239). Ce principe s'applique aussi au paiement que reçoit le créancier incapable; d'après l'article 1241, le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir pour le créancier et le paiement fait au créancier incapable; les articles 1239 et 1241 s'expriment dans les mêmes termes : le paiement est valable, dit l'article 1238, si le créancier en a profité; il est valable, dit l'article 1241, quand la chose payée a tourné au profit du créancier. Le cas ne se présente guère lorsque le paiement est fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir; le plus souvent la chose payée est dissipée, détournée par celui qui reçoit sans pouvoir; tandis que le cas peut se présenter lorsque le paiement est fait au créancier incapable, à un mineur par exemple. C'est dans cette hypothèse que nous allons nous placer.

541. Pourquoi le paiement fait au créancier incapable est-il nul? Parce que la loi craint que ce paiement ne profite pas à l'incapable; le plus souvent il en fera un mauvais usage et dissipera les deniers en folles ou inutiles dépenses (n° 515). Le motif pour lequel la loi prononce la nullité du paiement tombe lorsque la chose payée a tourné à son profit.

Qui doit prouver que le paiement a profité au créancier? L'article 1241 dit que c'est le débiteur. En principe, le paiement est nul par cela seul qu'il a été fait à un incapable; pour obtenir l'annulation, il suffit donc que le créancier prouve qu'il n'avait point la capacité de le rece-

(1) Rejet, 12 novembre 1872 (Dalloz, 1873, 1, 104). Comparez Bruxelles, 3 juin 1872 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 145).