

de rejet : attendu qu'en réduisant, pour le proportionner à l'étendue du service rendu, le salaire stipulé par le mandataire, la cour de Paris n'a fait qu'user du pouvoir qui lui appartenait d'après les *règles de la matière* et que par conséquent l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi (1). Si l'on demandait à la cour de cassation où se trouvent ces *règles sur la matière!* Nous n'en connaissons d'autre que l'article 1986 qui permet de stipuler un salaire, et l'article 1134 qui déclare que les conventions tiennent lieu de loi aux parties, et qu'elles ne peuvent les révoquer que pour les causes que la loi autorise.

**353.** Nous aimons à constater que le tribunal de la Seine, dans l'espèce, avait au moins motivé sa décision. Il invoque l'article 1986 qui pose le principe de la gratuité du mandat; de là il conclut que le mandat est soumis à des règles spéciales, en ce sens que le prix stipulé doit être la représentation d'une rémunération juste et convenable; d'où le tribunal tire la conséquence que les juges ont le droit de le réduire lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu (2). Le même argument se trouve dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique; le seul arrêt, en cette matière, qui soit sérieusement motivé. De sa nature, dit la cour, le mandat est un acte de bienfaisance; les juristes romains le définissaient un office d'amitié, et le considéraient comme gratuit par son essence, de sorte que la stipulation d'un salaire le faisait dégénérer en contrat de louage. Si le code civil n'a pas consacré ces principes rigoureux, il a néanmoins maintenu au mandat son caractère de désintéressement et de générosité, en proclamant qu'il est gratuit. Il est vrai que l'article 1986 ajoute : *s'il n'y a convention contraire*; mais la loi, en permettant de stipuler un salaire, n'a pas entendu autoriser les parties à fixer arbitrairement le prix du mandat et détruire ainsi le principe qu'elle venait de poser; le code les a autorisées seulement à convenir d'une rémunération équi-

(1) Rejet, 8 avril 1872 (Daloz, 1873, 1, 259).

(2) Jugement du 11 février 1870, confirmé par arrêt de la cour de Paris du 21 juin 1871 (Daloz, 1871, 2, 189). Comparez Paris, 3 avril 1873 (Daloz, 1873, 2, 199).

table. C'est en ce sens que l'exposé des motifs dit que le salaire doit être moins un lucre qu'une indemnité; le rapporteur et l'orateur du Tribunat s'expriment dans le même sens (1).

L'argumentation de la cour transporte dans le mandat salarié les principes qui régissent le mandat gratuit. En réalité, ce sont deux contrats d'une nature différente; l'un est un contrat de bienfaisance, l'autre est un contrat commutatif : on ne peut appliquer à un contrat à titre onéreux des règles qui ne conviennent qu'à un contrat à titre gratuit. Qu'est-ce qui reste de l'office d'amitié, de désintéressement, de générosité, dans le mandat donné à un agent d'affaires? Rien, que le nom de mandat. Il est donc peu logique d'appliquer les idées romaines à une convention qui n'a plus rien de commun avec le mandat romain. Le texte même du code prouve que le mandat gratuit et le mandat salarié sont régis par des principes différents; la responsabilité du mandataire salarié est plus rigoureuse que celle du mandataire gratuit (art. 1992). Les soins diffèrent donc, et les personnes qui se chargent d'une gestion salariée ne sont pas les mêmes que celles qui remplissent un mandat à titre d'amis. L'agent d'affaires vit de sa profession comme l'ouvrier ou l'industriel. On n'a jamais songé à réduire le salaire stipulé dans un contrat de louage; il n'y a pas de raison non plus pour réduire le salaire d'un agent d'affaires; sauf le caractère de représentation, qui est étranger au louage d'ouvrage, l'analogie est complète entre celui qui loue son industrie, et celui qui s'engage à gérer une affaire. Quant à la nature du salaire, il n'y a aucune différence; donc la convention qui le stipule doit avoir le même effet dans l'un et l'autre contrat; il faut laisser de côté les idées ou les sentiments d'amitié et de dévouement désintéressé qui caractérisent le mandat gratuit; l'agent d'affaires n'est pas un ami, et ne se donne pas pour tel; il loue ses soins,

(1) Rejet, 17 janvier 1851, au rapport de Paquet (*Pasicrisie*, 1851, 1, 314). La jurisprudence des cours d'appel de Belgique est dans le même sens : Gand, 11 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 333); Bruxelles, 20 juillet 1854, 23 février 1856 et 1<sup>er</sup> février 1875 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 37; 1856, 2, 142, et 1875, 2, 201); Liège, 3 août 1866 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 382).

comme un locateur; il stipule dans son intérêt, comme le mandant stipule dans le sien. La loi n'intervient point dans les stipulations intéressées des parties contractantes, et elle ne permet pas au juge d'y intervenir.

Restent les travaux préparatoires du code; ils n'ont pas l'importance ni l'autorité que la cour de cassation leur attribue. Nous transcrivons les paroles de Berlier, l'orateur du gouvernement: « De sa nature, le mandat est gratuit; c'est un *office d'amitié*; ainsi le définit le droit romain, et notre projet lui conserve ce noble caractère. Cependant cette règle tournerait souvent au préjudice de la société, si elle était tellement absolue qu'on n'y pût déroger par une stipulation expresse. Cette stipulation sera donc permise, car elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs; et même elle sera d'une exacte justice, toutes les fois que le mandataire n'aura pas assez de fortune pour faire à *son ami* le sacrifice de son temps et de ses soins, circonstance qui peut arriver souvent, et dans laquelle la rétribution sera moins un lucre qu'une indemnité (1). » Ainsi Berlier raisonne toujours dans la supposition du mandat traditionnel, du mandat confié à un *ami*, et rempli dans une intention de bienfaisance. Est-ce là la réalité des choses, quand le mandat est donné à un agent d'affaires qui vit de sa profession?

La puissance de la tradition est grande, en droit; tout en innovant, tout en dérogeant au droit traditionnel, les auteurs du code supposent toujours que le mandat salarié est un *office d'amitié*. Le rapporteur du Tribunal appelle le salaire stipulé par le mandataire, une marque de gratitude que le mandant donne au mandataire par un sentiment de juste délicatesse; c'est une indemnité, ce n'est pas un bénéfice (2). Tarrille oublie que l'article 1992 qualifie de *salaire* cette prétendue marque de reconnaissance et de délicatesse, et que le code en induit que le mandat salarié change de nature. Nous répétons que l'agent d'affaires, le plus souvent inconnu du mandant, n'a pas la prétention d'être un *ami*; le contrat qui intervient entre lui et le mandant ne repose pas sur le dévouement de l'un et la gratitude de

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 3 (Loché, t. VII, p. 373).

(2) Tarrille, Rapport, n° 5 (Loché, t. VII, p. 378).

l'autre; le mandataire ne stipule pas une récompense, il stipule un prix. Le contrat est intéressé de part et d'autre, comme il l'est dans le louage et la vente.

Quant à l'orateur du Tribunal, il oublie complètement l'innovation que le code apporte à l'ancien droit. Pour lui, le mandat est toujours un échange de confiance et de bienfaisance; si la loi permet de stipuler quelques *témoignages de bienveillance*, cela n'empêche pas l'*affection* de rester la cause première et déterminante du contrat; le mandataire ne devient pas un salarié (1). Ici nous arrêtons le tribun; il dit le contraire de ce que dit le code civil, dont il expose les motifs; Bertrand de Greuille ne parle que du cœur, du dévouement, du zèle, de l'amitié, tandis que la loi parle de *salaire* (art. 1992) et met le mandataire salarié sur la même ligne que le locateur et le vendeur, quant à la responsabilité qu'elle lui impose. Et quand la loi parle de salaire, peut-il encore être question d'un service *inappréciable*? C'est le langage romain appliqué à un contrat intéressé que le droit romain ignorait.

Quand même tout ce que disent les orateurs du gouvernement et du Tribunal serait vrai, il n'en résulterait pas que le salaire du mandataire peut être réduit. Ils ne prévoient pas la difficulté, et à leur point de vue, ils ne pouvaient pas même la soupçonner. Est-ce qu'un ami, qui se charge d'une affaire par dévouement, stipule une commission de 200 pour cent? Le cas s'est présenté. Voilà la réalité. Il ne s'agit pas d'amitié, il s'agit de soins intéressés; le prix peut être excessif; il peut l'être dans tout contrat commutatif, et néanmoins la loi ne permet pas au juge de réduire les prix que les parties stipulent.

**354.** La jurisprudence n'est pas aussi unanime qu'on le dit. Nous citerons d'abord un arrêt de la cour de Paris qui consacre notre opinion. La cour, pour mieux dire, le tribunal de la Seine, dont la cour a confirmé la décision, commence par rappeler le principe de l'article 1134: les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Aucune loi n'excepte le mandat de la

(1) Bertrand de Greuille, Discours, n° 4 (Loché, t. VII, p. 385).

règle qui fait du contrat la règle des parties contractantes. Il suit de là que le mandant ne peut pas plus se délier de ses obligations envers le mandataire, que le mandataire n'aurait pu se délier de ses obligations envers le mandant.

Tels sont les vrais principes; ils nous paraissent incontestables. Le tribunal admet une restriction dans deux cas. Lorsque le mandataire n'a pas fait tout ce qu'il devait faire, le juge peut intervenir pour réduire le salaire et le proportionner à l'exécution du mandat. Ce n'est pas là une exception à la règle, c'en est plutôt l'application; le salaire est stipulé pour l'exécution complète du mandat; si le mandataire ne le remplit que pour une partie, il va de soi qu'il ne peut réclamer tout le salaire. Dans ce cas, les tribunaux doivent arbitrer la partie du salaire à laquelle le mandataire a droit à raison de l'exécution partielle du mandat. C'est toujours exécuter la convention, puisque c'est en exécution de ses clauses que le juge diminue le salaire (1). Il en serait de même si le montant du salaire n'avait pas été fixé; le juge pourra, en ce cas, l'arbitrer; ce n'est pas là réduire un salaire conventionnel, c'est exécuter la convention en l'interprétant (2).

La cour de Paris ajoute, dans l'arrêt que nous venons de citer (note 1), que si le consentement du mandant n'a pas été libre, s'il a été obtenu par des manœuvres plus ou moins frauduleuses, les tribunaux peuvent *substituer* leur appréciation à celle qui n'a pas été valablement faite par les parties. Si cela veut dire que, dans ce cas, le juge peut réduire le salaire, il y a erreur à notre avis. Le juge ne peut jamais *substituer* son appréciation à celle des parties; s'il y a dol ou fraude, le consentement est vicié, par suite la convention est nulle, il n'y a plus ni mandataire ni mandant, il ne peut donc pas y avoir d'action en vertu d'un mandat qui est censé n'avoir pas été donné; partant, il ne saurait être question de réduire le salaire convenu. Tout ce que le prétendu mandataire peut demander, c'est d'être

(1) Paris, 27 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 164).

(2) Rejet, cour de cassation de Belgique, 18 janvier 1851 (*Pasicriste*, 1851, 1, 428).

indemnisé de ses déboursés s'ils ont profité au mandant, et dans la limite de ce profit (n° 348).

**355.** Dans l'espèce jugée par la cour de Paris, il s'agissait de la révélation d'une succession inconnue de ceux à qui elle était échue. L'agent d'affaires qui révéla aux héritiers les droits qu'ils avaient à la succession d'un parent dont ils ignoraient le décès, et dont ils avaient ignoré l'existence, stipula un tiers de la succession à son profit, en prenant à sa charge toutes les mauvaises chances qui pouvaient résulter de la poursuite des droits héréditaires. Ce n'est pas là un mandat proprement dit, c'est une convention aléatoire qui est très-licite, à moins que le consentement des héritiers ne soit surpris par des manœuvres frauduleuses. Les héritières, une fois en possession des biens, trouvèrent que la somme de 100,000 francs qu'elles avaient payée à l'agent d'affaires était excessive. Elles se pourvurent en cassation. Le pourvoi fut rejeté. La cour de cassation ne consacre pas la doctrine que l'arrêt attaqué s'était appropriée, mais elle ne la répudie pas non plus. Après avoir constaté que le consentement des successibles avait été tout à fait libre et qu'il n'y avait aucun dol à reprocher à l'agent d'affaires, la cour dit que la part qui lui était allouée n'était pas seulement un honoraire, mais qu'elle était aussi le prix de l'avantage considérable que le révéléateur des droits héréditaires procurait aux successibles; que, de plus, il fallait faire entrer en compte les risques et périls qu'il courait si le procès avait été perdu. Dans de pareilles circonstances, conclut la cour, l'arrêt attaqué avait fait la plus saine application de l'article 1134 en décidant que le traité intervenu entre les parties ne pouvait être modifié par le juge dans aucune de ses dispositions (1). L'arrêt témoigne, à notre avis, contre la jurisprudence. En droit, la question est identique, pour le mandat salarié aussi bien que pour la convention mélangée de chances aléatoires, dont nous venons de parler. En fait, les considérations d'équité qui, d'ordinaire, sont défavorables aux agents d'affaires, étaient, au contraire, en

(1) Rejet, chambre civile, 7 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 247).

faveur de celui qui avait enrichi les successibles, tandis que celles-ci avaient bien vite oublié leur devoir de reconnaissance. Mais le juge n'a pas le droit de décider d'après des motifs d'équité, et quand il le fait pour modifier des conventions, il viole la loi.

**356.** Les difficultés, en cette matière, sont grandes, surtout si l'on s'écarte de la loi comme le fait la jurisprudence. La plupart des arrêts rendus par la cour de cassation sont de la chambre civile, et après délibéré en chambre du conseil. Cela nous engage à rapporter encore une décision de la cour suprême, intervenue dans un cas spécial. Il s'agissait du recouvrement d'une créance d'un frère contre son frère. Le demandeur souscrivit, au profit de l'agent d'affaires chargé de poursuivre le paiement, un billet de 5,000 francs pour le cas où il serait payé de ce qui lui était dû. Après un jugement qui reconnaissait les droits du créancier, il intervint entre les deux frères une transaction qui mit fin au procès. En conséquence, la cour de Toulouse réduisit la rémunération de 5,000 francs à 2,000 francs. Pourvoi en cassation admis par la chambre des requêtes. La chambre civile prononça un arrêt de rejet, sans s'approprier toutefois les motifs de l'arrêt attaqué, qui reproduisait la doctrine consacrée par la jurisprudence, c'est-à-dire le pouvoir discrétionnaire du juge. La cour de cassation constate, au contraire, le caractère tout spécial du mandat qui a pour objet la poursuite d'une instance judiciaire : les parties ne peuvent guère, au moment où elles contractent, se rendre un compte exact des phases de la procédure et des incidents qui peuvent surgir ; cependant ces incidents imprévus apportent souvent de graves modifications dans la situation première du mandant et du mandataire. Dans l'espèce, le demandeur avait promis une somme de 5,000 francs, parce qu'il pensait qu'il arriverait plus facilement au recouvrement de sa créance par les bons offices d'un mandataire. Mais il arriva que les parties transigèrent après que le jugement de première instance avait été frappé d'appel, et cette transaction se fit à l'insu du mandataire. Il résultait des circonstances de la cause que le mandataire n'avait rempli son mandat qu'en

partie, ce qui permettait au juge et lui faisait même un devoir de réduire la rémunération promise. Dans l'espèce, la cour ne modifia pas la convention, elle la valida, au contraire, mais elle réduisit le salaire, parce que le mandat n'avait pas été rempli pour le tout (1).

### § III. Mandat et conseil.

#### N° 1. PRINCIPE.

**357.** Quelle différence y a-t-il entre le mandat et le conseil ou la recommandation ? En théorie, il est très-facile d'établir la différence ; c'est à peine si l'on aperçoit une analogie. Le mandat est un contrat, il faut le concours de consentement des deux parties contractantes, l'une stipulant, l'autre promettant ; il y a donc un créancier et un débiteur. Celui qui fait une recommandation n'entend pas s'obliger ; il ne se forme pas de contrat, il n'y a ni débiteur ni créancier. Il en est de même du conseil : le conseil est un fait moral et non un fait juridique, alors même qu'à la suite du conseil il se forme un contrat ; en effet, en donnant un avis à celui qui me demande conseil, je n'entends pas contracter une obligation et celui qui me demande conseil n'entend pas stipuler un droit contre moi ; il n'y a donc pas de concours de consentement, pas de débiteur, pas de créancier. Quand nous disons qu'il n'y a pas concours de volontés dans la recommandation et dans le conseil, cela veut dire que les volontés ne concourent point dans le but de contracter ; peu importe que la personne à laquelle j'adresse ma recommandation y fasse droit, nos volontés concourent, mais ce n'est pas avec l'intention de contracter une obligation ni d'acquiescer un droit. Dans le conseil aussi, celui qui demande conseil peut avoir l'intention de le suivre ; les volontés concourent donc, mais c'est un concours moral qui n'a rien de commun avec le mandat. Le mandat implique le pouvoir de faire une chose et l'obligation de la faire (art. 1984). Celui qui recommande

(1) Rejet, chambre civile, 9 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 246).