

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DU MANDAT.

§ I^{er}. *Le consentement.*N^o 1. PRINCIPE MANDAT TACITE.

377. L'article 1984, qui définit le mandat, suppose d'abord qu'une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom, puis que ce pouvoir est accepté par le mandataire; et la loi ajoute que le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. C'est dire, en d'autres termes, comme le fait l'Exposé des motifs, « que le contrat de mandat, comme tous les autres contrats, repose essentiellement sur le consentement manifesté des parties qui le forment. » Ainsi le seul pouvoir donné ne constitue point le contrat s'il n'a été accepté; et, réciproquement, sans ce pouvoir, la simple gestion d'un tiers ne le constitue pas mandataire. Dans ce dernier cas, il peut se former un quasi-contrat, la gestion d'affaires; ce quasi-contrat a de grandes analogies avec le contrat de mandat, puisque, aux termes de l'article 1372, le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. Toutefois il y a des différences importantes entre la gestion d'affaires et le mandat; nous les avons exposées ailleurs (t. XX, n^{os} 312-318). C'est peut-être pour marquer la différence essentielle qui existe entre ces deux faits juridiques que le code définit si singulièrement le mandat, en commençant par dire qu'il faut un pouvoir (1), lequel fait défaut dans la gestion d'affaires. Le rapporteur du Tribunat semble donner une autre explication : quand les deux parties

(1) B. rlier, Exposé des motifs, n^o 2 (Loché, t. VII, p. 373).

sont présentes, il faut naturellement, pour la formation du contrat, que l'une d'elles veuille donner un pouvoir à l'autre et que celle-ci consente à l'accepter; le concours de volontés est de l'essence de tout contrat, et il ne valait vraiment pas la peine de le dire. Mais le contrat de mandat peut aussi se former, et cela arrive très-souvent, entre personnes qui ne sont pas présentes. Dans ce cas, les choses se passent comme le dit l'article 1984 : le mandant commence par envoyer sa procuration à la personne qu'il veut charger de faire quelque chose pour lui; puis le mandataire accepte, ce qui, d'après l'article 1985, peut se faire soit expressément, soit tacitement; l'acceptation est expresse quand le mandataire déclare qu'il consent à se charger de l'affaire que le mandant lui confie; elle est tacite quand il exécute volontairement le mandat qu'on lui a donné (1).

378. L'article 1985 a donné lieu à une question très-controversée. Il admet le consentement tacite du mandataire. En faut-il conclure que la loi n'admet point le consentement tacite du mandant? En d'autres termes, le mandat peut-il se former par le concours de volontés tacites des deux parties contractantes? Nous avons déjà rencontré la difficulté en expliquant l'article 1372; l'article 1985 fait naître un nouveau doute; il faut donc recommencer le débat en complétant ce que nous avons dit au titre des *Engagements non contractuels* (t. XX, n^o 311).

Si l'on fait abstraction des textes, la solution de la question n'est point douteuse. Il est de principe que le consentement peut être exprès ou tacite, c'est-à-dire qu'il peut se manifester par des paroles ou par des faits posés par celui qui est appelé à consentir, faits qui impliquent nécessairement son intention de consentir au contrat. Il se forme par là des contrats tacites. Reste à savoir si le code consacre cette théorie. L'affirmative est certaine, puisqu'il y a des textes formels. En matière de louage, la loi admet la réconduction tacite, qui se forme par le concours du consentement tacite du preneur et du bailleur (art. 1738 et 1759). Le code dit encore que le dépôt volontaire ne peut régu-

(1) Tarrille, Rapport, n^o 3 (Loché, t. VII, p. 378).

lièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée ou de son consentement, et ce consentement peut être exprès ou tacite (art. 1922). Quand donc l'article 1985 dit que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite, il applique au mandat le principe général d'après lequel le consentement tacite équivaut au consentement exprès. Et si le consentement du mandataire peut être tacite, pourquoi n'en serait-il pas de même du consentement du mandant? Au point de vue des principes, il n'y a aucune raison de différence (1).

379. Telle est aussi la tradition. Pothier enseigne, sans exprimer le moindre doute, que le contrat de mandat peut se faire tacitement, sans qu'il intervienne aucune déclaration expresse de la volonté des parties. Toutes les fois que je fais, au vu et au su de quelqu'un, une de ses affaires, il est censé par cela seul intervenir entre nous un contrat de mandat par lequel il me charge de cette affaire. Pothier cite, à l'appui de cette décision, une *règle de droit* empruntée à une loi romaine, règle qui est devenue un adage : *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur* (2).

380. On prétend que l'article 1985 a dérogé à la tradition, et qu'il exclut le mandat tacite de la part du mandant. En effet, dans sa première partie, cet article parle du consentement donné par le mandant, et, dans la seconde, du consentement donné par le mandataire. Et que dit-il du consentement ou du pouvoir que donne le mandant? « Le mandat peut être donné ou par acte public ou par écrit sous seing privé, même par lettre; il peut aussi être donné verbalement. » Dans tous les cas prévus par la loi, le consentement du mandant est exprès. Vient ensuite le consentement du mandataire ou l'acceptation du mandat, et la loi déclare que cette acceptation peut être tacite. Il résulte de la combinaison de ces deux dispositions, dit l'arrêt, que la loi admet le consentement tacite du mandataire, et qu'elle n'admet point le consentement tacite du mandant; donc il ne peut pas y avoir de mandat tacite (3).

(1) Troplong, *Du mandat*, nos 121 et suiv.

(2) Pothier, *Du mandat*, n° 29.

(3) Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, n° 1347. Toullier, t. XI, n° 25 et suiv. Duranton, t. XXIII, p. 218, n° 218.

A notre avis, cette interprétation de l'article 1985 fait dire à la loi ce que le législateur n'a pas entendu décider. En disant que le mandat peut se donner par *acte public*, par *acte sous seing privé* et même par *lettre*, la loi ne décide qu'une question de preuve; elle dit du mandat ce que l'article 1582 dit de la vente, laquelle peut aussi être faite par *acte authentique* ou *sous seing privé*. De même l'article 1714 dit que l'on peut louer *par écrit* ou *verbalement*. L'article 1834 contient encore une disposition relative à la preuve de la société. Dans tous ces contrats, la loi maintient et applique les principes généraux qui régissent la preuve, notamment la preuve testimoniale; car, tous ces contrats étant des contrats non solennels, l'écrit authentique ou sous seing privé ne sert que de preuve; reste à savoir si la preuve testimoniale est admise; et la loi décide, conformément à la règle de l'article 1341, que les contrats ne peuvent se prouver par témoins que si l'objet ne dépasse point 150 francs. Au titre du *Dépôt*, la loi commence par dire que le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque du déposant et du dépositaire, et que le consentement du déposant peut être exprès ou tacite; puis l'article 1923 ajoute que le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit, que la preuve testimoniale n'en est pas reçue pour valeur excédant 150 francs. Dans toutes ces dispositions, la loi ne fait qu'appliquer la règle établie par l'article 1341. C'est absolument en ce sens que l'article 1984 dit que le mandat se forme par le concours de volontés du mandant et du mandataire; puis l'article 1985 parle de la preuve du mandat, en distinguant, comme l'avait fait l'article précédent, entre le pouvoir donné par le mandant et l'acceptation de ce pouvoir. Quant au pouvoir ou mandat, il peut être donné dans n'importe quelle forme, par acte public, par acte sous seing privé; la loi ajoute : même par lettre; cela ne veut pas dire, comme on l'a supposé (n° 340), qu'une lettre suffise pour prouver le contrat de mandat, ce qui serait une dérogation à l'article 1325, dans le cas où le mandat est salarié; le premier alinéa de l'article 1985 ne parle que du pouvoir donné par le mandant; or, ce pouvoir, c'est-à-dire la proposition de mandat, se donne d'ordinaire

par lettre; le législateur consacre cet usage, puisqu'il ne s'agit que d'une manifestation de volonté purement unilatérale. Ce qui le prouve, ce sont les termes de la loi. « Le mandat peut être *donné*; » le mot *donné* ne s'entend que du pouvoir que *donne* le mandant; le mandataire ne *donne* pas le mandat, il *accepte*, et dans le premier alinéa la loi ne parle pas de l'*acceptation* du mandat.

Jusqu'ici il n'est question que de la preuve du pouvoir donné par le mandant, il ne s'agit pas du consentement du mandant, c'est-à-dire du point de savoir si ce consentement peut être exprès ou tacite. La loi ajoute que le mandat peut aussi être donné *verbalement*; dans ce cas, naît la question de savoir comment se prouvera le mandat; l'article 1985 répond que la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Contrats* ou des *Obligations conventionnelles*, c'est-à-dire que la règle de l'article 1341 s'applique au mandat, comme à tous les contrats non solennels.

Reste l'acceptation du mandataire. Comment se prouvera-t-elle? La loi ne le dit pas; mais ce qu'elle vient de dire de la preuve du pouvoir s'applique naturellement à la preuve de l'acceptation, les principes qui régissent la preuve sont généraux de leur nature et reçoivent leur application à toute manifestation de consentement. Le deuxième alinéa de l'article 1985 se contente de dire que l'acceptation du mandant peut n'être que tacite. Cette disposition, que l'on a considérée comme une suite du premier alinéa, y est, en réalité, étrangère. Car le premier alinéa décide une question de preuve, et non une question de consentement; tandis que le second alinéa décide une question de consentement et garde le silence sur la preuve du consentement tacite; ce second alinéa est donc mal classé, il devrait se trouver dans l'article 1984. En tout cas, la conséquence que, dans l'opinion contraire, on déduit de la combinaison des deux alinéas de l'article 1985 doit être rejetée. Il s'agit de savoir si le consentement du mandant peut être tacite; le premier alinéa ne répond pas à cette question, puisqu'il ne traite que de la preuve du consentement donné par le mandant, et le second alinéa ne parle que du consentement du mandataire. Or, dire que le consentement du manda-

taire peut être tacite, ce n'est certes pas dire que le consentement du mandant ne peut pas être tacite. Ce serait là une argumentation *a contrario* de la pire espèce, car il en résulterait que la loi déroge aux principes généraux sur la manifestation du consentement, et qu'elle déroge à la tradition sans qu'il y eût un motif de cette dérogation. Il faut dire, au contraire, que le consentement du mandant reste sous l'empire des principes généraux, par cela seul que la loi n'y déroge point; la loi ne dit pas que le consentement du mandant doit être exprès, donc il peut être tacite.

381. Les travaux préparatoires confirment notre interprétation. D'après le projet de code civil, le mandat devait toujours être écrit. Cela ne décidait pas la question de savoir si le consentement du mandant peut être tacite ou s'il doit être exprès; la disposition ne concernait que la preuve du consentement; elle excluait la preuve testimoniale qui, de droit commun, est admise quand l'objet du contrat n'a pas une valeur supérieure à 150 francs. La section de législation du Tribunal en fit l'observation; elle ne voyait pas de motif suffisant pour déroger à l'article 1341, aux termes duquel la preuve testimoniale doit être admise pour prouver le mandat, aussi bien que pour établir toute autre convention. C'est pour maintenir le droit commun que le Tribunal proposa la rédaction qui, approuvée par le conseil d'Etat, est devenue l'article 1985. Il est donc certain, par le témoignage des auteurs mêmes de cette disposition, qu'elle ne concerne que la preuve du mandat; elle applique au mandat le droit commun qui régit la preuve testimoniale. Il n'y a pas un mot dans les *Observations* du Tribunal qui ait trait au consentement; tout ce qu'il a entendu décider, c'est que la preuve du mandat pût se faire par témoins quand l'objet du mandat ne dépasse pas 150 francs (1).

C'est dans ce sens que le rapporteur du Tribunal explique l'article 1985. Tarrille donne à cet article l'interprétation que nous venons d'exposer (n° 380). « Il est de la nature des contrats *consensuels*, dit-il, que le consentement puisse être donné dans toute *forme* propre à le manifester. » Par

(1) Observations du Tribunal, n° 1 (Loché, t. VII, p. 370).

contrats *consensuels*, le rapporteur entend des contrats qui n'exigent rien que le consentement pour leur perfection, c'est-à-dire les contrats *non solennels*, contrats dans lesquels la forme ne sert que de preuve. « La conséquence est, continue Tarrible, que le mandat qui appartient à cette classe de contrats puisse être donné par un acte public ou privé, par une simple lettre et même verbalement, que le *mandataire puisse l'accepter de ces diverses manières*, qu'il puisse même l'accepter tacitement par la simple exécution. » Ces derniers mots sont la reproduction du texte; ils sont mal placés dans une disposition qui ne parle pas du consentement, mais on peut les expliquer, comme Tarrible le fait, en comparant le mandat, contrat non solennel, aux contrats solennels, tels que la donation; dans ces derniers contrats, l'exécution ne suffit point pour la validité de la convention, il faut remplir les formalités qui sont de l'essence du contrat.

Tarrible explique ensuite et justifie la disposition que le Tribunal proposa et que le conseil d'Etat adopta. Le projet primitif rejetait la preuve testimoniale; la nouvelle rédaction l'admettait, mais avec la restriction qu'y apporte l'article 1341. « De cette manière, dit le rapporteur, nul abus n'est à craindre; la règle générale posée au titre des *Conventions* (art. 1341), qui exige une preuve écrite pour tout objet excédant la valeur de 150 francs, est rappelée dans celui-ci; et elle veille à ce que des intérêts d'une trop haute importance ne soient point livrés à la foi, souvent suspecte et toujours bien légère, des preuves testimoniales (1). » On le voit, la règle que le rapporteur rappelle, l'application qu'il en fait au mandat, la justification qu'il en donne, tout a rapport à la preuve; il ne dit pas un mot du consentement du mandant, s'il peut être tacite, s'il doit être exprès. Cette question, en définitive, n'a pas été prévue. Il ne faut donc pas chercher dans la loi ce qui ne peut pas y être: c'est la pire des interprétations, et malheureusement la plus usuelle.

382. Nous avons dit (n° 380) que le deuxième alinéa de

(1) Tarrible, Rapport, n° 4 (Loché, t. VII, p. 378).

l'article 1985 est mal classé, qu'il se rattache à l'article 1984, qui parle du consentement, et qu'il est étranger à l'article 1985, qui traite de la preuve du consentement. L'orateur du Tribunal procède ainsi: il commence par établir le principe concernant le consentement, en remarquant que l'acceptation du mandataire peut être tacite; il ne dit rien, pas plus que la loi, du point de savoir si le consentement du mandant peut être tacite. La question n'a pas été prévue, de sorte qu'il est impossible de dire pourquoi les auteurs du code, prévoyant que le consentement du mandataire peut être tacite, n'ont pas décidé que le consentement du mandant peut aussi être tacite. C'est probablement parce que l'acceptation du mandat se fait très-souvent en exécutant le mandat; tandis que le pouvoir tacite est plus rare, sauf en ce qui concerne la femme mariée, mandataire tacite de son mari. Les auteurs du code, comme d'habitude, ont prévu ce qui se fait habituellement.

Après avoir établi les principes relatifs au consentement, l'orateur du Tribunal passe à la preuve. Il distingue nettement le mandat des contrats solennels en disant: « Ces premières règles conduisent à une conséquence toute naturelle, c'est que le mandat n'est assujéti à aucune forme particulière qui soit essentielle à sa validité. » La forme n'est donc qu'une question de preuve. « Le mandat peut être indifféremment donné, ou par acte authentique ou sous signature privée, par une simple missive, ou verbalement; mais, dans ce dernier cas, son existence ne sera *établie* que conformément à la loi sur les obligations conventionnelles en général. » *Etablie*, dit Bertrand de Greuille, c'est-à-dire prouvée. L'article 1985, que l'orateur analyse et explique, ne concerne donc que la preuve (1).

383. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées en ce sens (2); elles admettent le mandat tacite. Nous en avons donné des exemples en parlant du conseil, qui a parfois les effets du mandat (n° 367 et 368). Toutefois il reste bien des incertitudes. On lit, dans un arrêt de la cour de Metz, que notre législation ne reconnaît plus le mandat

(1) Bertrand de Greuille, Discours, n° 3 (Loché, t. VII, p. 385).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 636, note 1, § 411. Pont, t. I, p. 429, n° 845.

tacite qui était admis en droit romain, et il donne comme argument l'article 1988, aux termes duquel le mandat doit être exprès s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer (1). C'est confondre l'existence du mandat avec l'étendue du mandat; l'article 1988, qui règle l'étendue du mandat, n'a rien de commun avec la question de savoir si le consentement du mandant peut être tacite.

384. La doctrine aussi laisse à désirer. Elle ne distingue pas assez nettement le consentement et la preuve du consentement. Puis elle se divise sur un point capital, celui de savoir quand il y a mandat tacite. Ici nous touchons à la difficulté que l'article 1372 a fait naître. En droit romain, on admettait, et Pothier enseigne (n° 379) qu'il y a mandat tacite quand une personne qui sait qu'un tiers a l'intention de gérer ses affaires souffre cette immixtion; ainsi je gère les affaires de Paul au vu et au su de Paul, qui était prévenu de mon intention, par exemple par une lettre. Paul ne répond pas, mais il me laisse faire. Il y a dans le silence de Paul la preuve qu'il consent, car s'il avait voulu s'y opposer, il l'aurait dit ou fait. Le silence du propriétaire, dans ces circonstances, équivaut à l'exécution du mandat en ce qui concerne le mandataire. Celui qui, pouvant empêcher l'immixtion d'un tiers dans ses affaires, ne le fait point, ne peut avoir qu'une seule intention, c'est de la permettre; il autorise la gestion par son silence; il y a donc concours de consentement de celui qui gère et de celui qui laisse gérer. Voilà le mandat tacite dans sa plus simple expression (2).

On prétend que l'article 1372 a abrogé le mandat tacite en l'assimilant à la gestion d'affaires. Nous avons dit ailleurs que cette interprétation est inadmissible, au moins dans ces termes absolus; elle fait dire au législateur une absurdité, et même une impossibilité, car il est impossible autant qu'absurde que le législateur déclare que là où il y a concours de consentement, il se forme un quasi-contrat; autant vaudrait décider qu'un cercle est un carré. Il est inutile d'insister sur ce point, ce que nous avons dit en

(1) Metz, 10 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 2, 14).

(2) Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. VI, p. 37, note 2.

traitant des quasi-contrats suffit. D'autres interprètes, moins absolus, disent que le code, tout en maintenant le mandat tacite, abolit le mandat tacite qui, d'après Pothier, se formait par le seul silence d'une personne, laquelle, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose point à cette gestion. On invoque, à l'appui de cette opinion, l'article 1372, qui est ainsi conçu : « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, etc. » Dans l'une et l'autre hypothèse, il y a gestion d'affaires; donc le silence, dans le système du code, n'emporte pas consentement. Y a-t-il un motif de cette dérogation aux principes de l'ancien droit? On n'en donne aucun. Il y aurait donc une dérogation à une doctrine traditionnelle, sans raison aucune. Pothier dit qu'il y a consentement, et tel est certainement le seul sens que l'on puisse donner du silence de celui qui, informé que l'on va gérer ses affaires, laisse faire le gérant. Nous disons que le propriétaire doit être informé qu'un tiers gèrera. Ici est, à notre avis, le vrai nœud de la difficulté. L'article 1372 ne prévoit pas l'hypothèse telle que nous venons de la formuler; il suppose que le maître connaît la *gestion*, ce qui implique que la gestion a commencé; or, dès qu'elle a commencé sans que le propriétaire en fût informé, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires. Cela est d'évidence; reste à savoir si la connaissance que le maître acquiert de la gestion, après qu'elle a commencé, transformera le quasi-contrat en contrat de mandat. C'est cette question que l'article 1372 décide négativement, et avec raison; en effet, pour déterminer la nature d'un fait juridique, il faut considérer le moment où il s'est accompli, et non les faits qui sont survenus postérieurement. On objecte que cette distinction entre la connaissance que le maître a acquise après la gestion et celle qu'il avait avant la gestion est contraire aux termes généraux de l'article 1372; la loi ne distinguant pas, l'interprète ne peut pas distinguer (1). Nous avons

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 637, note 2, § 411. Pont, t. I, p. 431, n° 846, et les autorités qu'ils citent. Comparez Bruxelles, 16 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 31).

d'avance répondu à l'objection. Le maître peut avoir connaissance de la future gestion avant tout acte posé par le gérant; c'est le cas du mandat tacite, qui n'est pas prévu par l'article 1372, puisque la loi suppose que le propriétaire connaissait la *gestion*; ce qui implique qu'il y avait gestion, c'est-à-dire que le quasi-contrat était formé. Donc le texte implique la distinction, loin de la proscrire. Il n'est pas exact de dire que les termes sont généraux; ils sont, au contraire, spéciaux, parce qu'ils ne se rapportent qu'à l'un des deux cas qui peuvent se présenter, ils ne se rapportent pas à l'autre.

N° 2. APPLICATIONS DU PRINCIPE.

385. Nous avons déjà rencontré des exemples de mandats tacites, en traitant du paiement, au titre des *Obligations*. Pour le moment, il faut nous arrêter à des cas dans lesquels le mandat tacite existe à raison de certaines situations personnelles. Telle est d'abord la position des notaires. On a prétendu, et cela se lit dans les arrêts et dans les auteurs, que le notaire est le mandataire des parties qui le chargent de la rédaction d'un acte. Cela n'est pas exact, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire (n° 333). S'il est vrai que le caractère essentiel du mandat soit la représentation du mandant par le mandataire, il est impossible que le notaire soit le mandataire des parties dans un acte où les parties comparaissent elles-mêmes. Qu'est-ce d'ailleurs que l'acte notarié? Un écrit qui constate les déclarations des parties et auquel l'officier public attache le caractère d'authenticité (1). Il n'y a là aucun caractère de mandat; le notaire ne rédige pas l'acte au nom des parties, il le rédige en vertu de la loi qui l'investit de la mission d'imprimer l'authenticité aux actes qu'il reçoit, non-seulement dans l'intérêt des parties comparantes, mais aussi dans l'intérêt des tiers et de la société tout entière. Voilà pourquoi l'acte ne fait pas uniquement foi entre les parties, il fait foi à l'égard de tous (2). Mais si le notaire n'est pas

(1) Pont, t. I, p. 435, n° 853, et les autorités qu'il cite.

(2) Comparez Cassation, 18 mars 1850 (Daloz, 1850, 1, 101).

mandataire légal, il peut être et il est très-souvent mandataire conventionnel, soit en vertu d'un mandat exprès, soit en vertu d'un mandat tacite (t. XIX, n° 413). Le mandat tacite existe par un concours de volontés tacites, quand les parties qui s'adressent à un notaire pour une affaire ont l'intention de le charger de toutes les suites de cette affaire, c'est-à-dire de l'exécution de leurs conventions et de ce qu'il y a à faire pour sauvegarder leurs intérêts, et que, de son côté, le notaire fait ce que les parties veulent tacitement qu'il fasse. Ce mandat résulte des fonctions que le notaire remplit, fonctions qui lui donnent la connaissance des affaires; c'est cette circonstance qui engage les parties contractantes à le charger du soin de leurs intérêts, et le notaire est intéressé à accepter cette mission pour étendre sa clientèle. De là un consentement réciproque qui n'a pas besoin de se manifester par paroles; les faits suffisent pour établir qu'il y a concours de volontés.

386. Au titre du *Contrat de mariage*, nous avons dit que la femme a un mandat tacite d'acheter ce qui est nécessaire pour les besoins du ménage et, par suite, de contracter les engagements qui ont cet objet. Ce mandat se forme par le fait du mariage, comme nous l'avons expliqué ailleurs. Il a une raison spéciale et, par suite, il a un but spécial qui en détermine les limites: le mandat est borné aux achats qu'il est d'usage que la femme fasse. Dès qu'il s'agit de conventions qui entrent plutôt dans les attributions de l'homme, la femme ne peut plus être considérée comme mandataire à titre de femme mariée et en vertu du fait seul du mariage. Tel serait un bail; l'usage est que le mari le contracte, et rien de plus rationnel. Il a cependant été jugé que la femme pouvait, comme mandataire tacite du mari, louer un appartement pour elle et sa famille. Dans ces termes, nous n'oserions pas approuver la décision. Aussi l'arrêt de la cour de Bordeaux est-il moins absolu qu'il n'en a l'air; la location s'était faite en l'absence du mari; or, en s'absentant, le mari est censé investir sa femme des pouvoirs nécessaires pour qu'elle soit logée, elle et sa famille (1).

(1) Bordeaux, 29 mars 1838 (Sirey, 1838, 2, 389).

Le mandat tacite est, dans ce cas et dans tous les cas qui ne rentrent pas dans les achats nécessaires aux besoins de la vie, une question de fait, puisque le mandat s'induit des faits.

387. Tel est le mandat commercial, qui est très-fréquent. La jurisprudence l'admet, bien qu'avec des hésitations et des incertitudes. Une femme mariée souscrit des effets de commerce pour 20,000 francs; elle gérait depuis plus de vingt ans le commerce d'épicerie de son mari; celui-ci prétendit que les signatures et acceptations de sa femme ne pouvaient lui être opposées. Le tribunal de commerce repoussa cette défense. Il constate qu'il était de notoriété publique, et reconnu par le défendeur lui-même, que depuis son mariage sa femme s'occupait seule du commerce, sans le concours de son mari, qui savait à peine lire et écrire; elle était dans l'habitude d'aller chez les marchands et négociants acheter les marchandises, elle réglait les factures, elle souscrivait des billets à ordre et acceptait les lettres de change tirées sur son mari. Ces billets et lettres de change avaient toujours été payés indistinctement par le mari ou par la femme, ou par tous les deux simultanément. Le tribunal en conclut que le mari avait conféré à sa femme le pouvoir de faire tous les actes relatifs à son commerce. Voilà bien le mandat tacite. La femme gère le commerce au vu et au su de son mari; il y a concours de consentement établi par les faits, donc contrat tacitement formé. Pourvoi en cassation. La cour rappelle d'abord que la femme mariée peut être mandataire; puis elle constate en fait, d'après les jugements attaqués, que le demandeur avait donné à sa femme le mandat de gérer exclusivement et généralement toutes les affaires de son commerce, et qu'elle les gérait depuis plus de vingt ans; la cour en conclut que les jugements attaqués avaient fait une très-juste application des lois de la matière en décidant que le mari avait été, pour tout ce qui concernait son commerce, valablement obligé par sa femme, agissant comme sa mandataire. Il restait une difficulté. Le pourvoi soutenait que le mandat allégué ne pouvait être qu'un mandat tacite et que le code rejetait cette espèce de mandat. La cour de cassation élude

la décision : « Loin de déclarer tacite le mandat dont il s'agit, le premier juge l'a déclaré exprès et formel, résultant des aveux et faits multipliés du demandeur lui-même, et notamment des *actes* par lesquels il avait toujours et indistinctement ratifié, en exécutant volontairement tous les engagements commerciaux contractés par sa femme (1). » Des *actes* et des *faits* ne constituent pas un mandat exprès; quant aux *aveux* du mari, ils ne portaient que sur ces *faits* et *actes*, et ils ne pouvaient transformer un mandat tacite en un mandat exprès; les ratifications consistaient également dans des *faits* d'exécution. La question soumise à la cour était donc celle de la validité d'un mandat tacite; la cour aurait dû la trancher.

388. Il y a une difficulté de droit en cette matière. La femme mariée peut être commerçante, il lui faut pour cela l'*autorisation* de son mari; comme marchande publique, elle s'oblige personnellement, et elle oblige son mari s'ils sont mariés sous le régime de la communauté. Il en est autrement quand la femme est mandataire; elle peut l'être sans autorisation maritale, et elle oblige son mari sans s'obliger personnellement. Nous avons exposé ailleurs cette distinction, qui est élémentaire, entre l'*autorisation* et le mandat (2). Elle est parfois méconnue par les tribunaux; il importe de rétablir les principes, car la confusion de l'*autorisation* et du mandat est une erreur et conduit nécessairement à des erreurs.

Le mari, à qui l'on demande le paiement d'un billet de 1,000 francs souscrit par sa femme, objecte que celle-ci n'était pas marchande publique, qu'elle ne faisait que gérer l'auberge, dont lui seul était propriétaire; qu'ainsi elle n'avait pu valablement s'obliger sans autorisation. Voilà la confusion des actes faits par la femme, en son nom, avec autorisation maritale, et des actes faits par la femme comme mandataire de son mari. Le premier juge se laissa tromper par cette défense, en ce sens qu'il admit que la femme avait agi comme marchande publique et que l'on pouvait,

(1) Rejet, 25 janvier 1821 (Daloz, au mot *Commerçant*, n° 191).

(2) Voyez le t. III de mes *Principes*, n° 112, et le t. XXII, n° 100-112.

par conséquent, appliquer au mari l'article 220, aux termes duquel la femme marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son commerce et, dans ce cas, obliger son mari s'il y a communauté entre eux. C'était mal appliquer l'article 220, car le mari n'avait pas autorisé la femme à faire le commerce; mais la femme était mandataire du mari. Pourvoi en cassation; la chambre des requêtes l'admit; la chambre civile, après délibéré en chambre du conseil, le rejeta, parce qu'il résultait des faits de la cause que la femme exerçait le commerce de l'auberge du consentement de son mari; qu'en conséquence elle avait pu l'engager par son fait. Comme mandataire, oui, mais non comme marchande publique; cependant la cour décida que la femme était personnellement obligée et qu'elle avait obligé son mari (1). C'était consacrer la confusion qui avait trompé le premier juge.

389. Dans un arrêt postérieur, la cour de cassation applique les vrais principes; mais si la décision est juste, le langage est inexact. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un commerce de détail qui se faisait au domicile du mari. La cour constate, en fait, que le mari, loin de réclamer contre ce commerce et de l'empêcher, l'avait constamment toléré. Voilà bien le caractère auquel l'ancien droit reconnaissait le mandat tacite. Nous disons mandat. La cour dit, au contraire, que la tolérance du mari équivalait à une *autorisation expresse*. Entend-elle par là que la femme était autorisée à faire le commerce pour son compte? Non, car la cour ajoute que la bonne foi qui doit régner dans le commerce ne permet pas de supposer que le mari commerçant n'approuve pas et ne *fasse pas faire pour son compte le commerce qui se fait, à ses vu et su, par des opérations régulières et suivies, pendant deux ans, dans sa propre maison commerciale*. C'est l'application des principes de Pothier (n° 379), les faits établissaient l'existence d'un mandat tacite. Telle est aussi la décision de la cour: « Les principes, comme l'équité, veulent que la femme soit consi-

(1) Rejet, chambre civile, 2 avril 1822 (Dalloz, au mot *Commerçant*, n° 192).

dérée comme le *mandataire* ou l'*institor* du mari (1). » Si la femme était mandataire du mari, et mandataire en vertu d'un mandat tacite, la cour ne devait pas parler d'une *autorisation* expresse, car le mot *autorisation* implique que la femme agit pour son propre compte, et non comme mandataire; comme *mandataire*, elle n'a pas besoin d'autorisation.

390. Les domestiques sont-ils les mandataires de leur maître pour l'achat des provisions du ménage? Il y a ici une nécessité analogue à celle qui a fait considérer la femme comme mandataire tacite de son mari. Lorsque la servante fait le ménage d'un homme non marié ou veuf, la chose est évidente, le maître ne peut pas aller au marché ni dans les boutiques; si la servante fait les achats, c'est au nom du maître. Alors même qu'il y a une dame à la tête du ménage, l'usage n'est plus qu'elle fasse elle-même les achats journaliers; il faut donc encore recourir à un mandat pour expliquer et justifier les engagements contractés par la servante. Mais ce mandat n'a pas la même étendue que le mandat que la femme tient des liens du mariage et de la confiance de son mari. Les auteurs et la jurisprudence distinguent. On admet que les domestiques ont pouvoir de faire les acquisitions au comptant; il y a, dans ce cas, un contrôle de tous les jours; cela diminue le danger du mandat tacite confié à des domestiques qui ne méritent pas toujours la confiance, à moitié forcée, que les maîtres leur accordent. Il en est tout autrement des achats à crédit; ils présentent trop de dangers pour que l'on puisse admettre ce pouvoir. Les marchands détaillants ne doivent vendre à crédit aux domestiques que lorsque le maître les y autorise, ainsi en vertu d'un mandat exprès. Toutefois il n'y a rien d'absolu en cette matière, et l'on ne peut pas décider *a priori*; le mandat tacite est essentiellement une question de fait, et les faits varient d'une cause à l'autre (2).

Voilà pourquoi la jurisprudence sur ces questions est

(1) Rejet, 1^{er} mars 1826 (Dalloz, au mot *Commerçant*, n° 170). Comparez Paris, 4 juin 1869 (Dalloz, 1870, 2, 62). Aubry et Rau, t. IV, p. 636, note 1, § 411. Pont, t. I, p. 433, n° 849.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 219, n° 220. Pont, t. I, p. 434, n° 850.

toujours fondée sur des considérations de fait. On lit dans un arrêt de la cour de Paris : « Si les domestiques sont constitués mandataires tacites de leurs maîtres pour acheter les objets nécessaires à l'entretien de leur maison, ces acquisitions doivent être faites au comptant. Les fournisseurs qui accordent des crédits *considérables* aux domestiques sans en avoir prévenu les maîtres, sont non recevables à rien exiger de ces derniers, lorsqu'ils ont remis à leurs domestiques la somme nécessaire auxdites dépenses (1). » La décision contient des restrictions. Quand les maîtres achètent à crédit, le domestique a par cela même mandat de faire les achats sans payer. Il faut donc voir avant tout quelles sont les habitudes du maître. Puis, le domestique, quoique achetant habituellement au comptant, peut parfois être dans le cas de faire les acquisitions à crédit; les fournisseurs ne peuvent pas se montrer trop exigeants, sinon ils perdraient leur clientèle; il faut tenir compte de cette nécessité morale. Si le domestique détournait les sommes qui lui ont été remises, et achetait à crédit, le fournisseur n'aurait aucune action contre le maître (2).

N° 3. DE LA PROCURATION ET DE L'ACCEPTATION.

391. Le mandat tacite est une exception assez rare, sauf celui que la femme mariée tient du mariage. La manière la plus ordinaire, dit Pothier, dont se font les contrats de mandat est par un acte que l'on appelle procuration. C'est un écrit, authentique ou sous seing privé, par lequel le mandant déclare qu'il donne pouvoir à un tel de faire pour lui et en son nom telle affaire. Voilà la procuration régulière et complète. Il arrive assez souvent que le nom du mandataire reste en blanc; cela se fait habituellement ainsi pour les procurations données à ceux qui doivent représenter les actionnaires dans les assemblées de la société. Un blanc seing même suffirait, comme nous le di-

(1) Paris, 13 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 170, 2°). Comparez Paris, 28 avril 1828 (*ibid.*, 3°).

(2) Cassation, chambre criminelle, 22 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Vol*, n° 221). Comparez jugement du tribunal de Verviers, 3 février 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 322).

rons en traitant de la preuve; l'article 1326 n'est pas applicable au mandat (1).

392. La procuration, ajoute Pothier, ne renferme pas seule le contrat ou mandat; il faut qu'elle soit acceptée par celui qui est chargé de l'affaire. C'est ce que dit l'article 1984 : « Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. » Comment se fait l'acceptation? La loi répond à cette question dans le deuxième alinéa de l'article 1985 : « L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » Cela suppose un commencement d'exécution, comme le dit Pothier, que les auteurs du code ont suivi pas à pas en cette matière. Celui à qui le pouvoir est donné par la procuration est censé l'accepter tacitement, aussitôt qu'il commence à faire ce qui est porté à l'acte. Dès cet instant le contrat est formé; le mandataire est obligé de continuer et d'achever la gestion, comme s'il avait accepté d'une manière expresse (2).

393. On demande si l'exécution du mandat est le seul mode d'acceptation tacite que la loi admette. D'ordinaire, quand la loi définit le consentement tacite, elle est conçue dans un esprit restrictif (art. 217). Ce qui peut faire penser que tel est aussi le sens de l'article 1985, c'est que Pothier prévoit un autre mode d'acceptation tacite, que les auteurs du code n'ont pas reproduit. Le droit canonique admettait qu'il y avait acceptation tacite lorsque celui qui reçoit la procuration ne la renvoie pas, et ne dit pas qu'il ne veut pas s'en charger. Pothier dit que cela doit surtout se présumer lorsque l'affaire se passe entre présents : hypothèse d'école, car si je remets une procuration à un ami, il n'est guère probable qu'il gardera le silence. Entre absents, le silence pourrait être, non une marque d'acceptation, mais un oubli, une négligence. Pothier en conclut qu'il faut laisser la décision à l'arbitrage du juge. Et telle devrait encore, à notre avis, être la décision sous l'empire du code civil. Il n'y a aucune raison de restreindre l'acceptation tacite au cas prévu par l'article 1985, et il n'y a pas de restriction

(1) Pont, t. I, p. 439, n° 860, et les autorités qu'il cite.

(2) Pothier, *Du mandat*, n° 31.