

un certain point, pourraient être considérés comme une suite *naturelle* de ceux que le mandataire a été chargé de faire (1). Nous croyons que cette dernière opinion se rapproche plus de la rédaction restrictive de l'article 1989. Toutefois le principe que le mandat doit être interprété restrictivement n'empêche pas le juge de l'interpréter; il a ce pouvoir pour tout contrat, il a donc aussi le droit de rechercher quelle a été l'intention du mandant; or, son intention probable est de comprendre dans le pouvoir qu'il confie au mandataire les actes sans lesquels le pouvoir ne pourrait être exercé. On n'a jamais contesté que le pouvoir de recouvrer une créance ne donne le droit de délivrer quittance et de consentir à la radiation des inscriptions hypothécaires (n° 436); cependant le mandat ne porte pas que le mandataire peut faire ces actes. Si l'on reconnaît au mandataire le pouvoir de les faire, c'est qu'ils sont une dépendance nécessaire du pouvoir qui lui est accordé. La cour de Paris a jugé que le pouvoir de vendre des immeubles contient celui de régler les honoraires du notaire chargé de la vente. Dans l'espèce, le mandant demandait la réduction des honoraires convenus. La cour de Paris a repoussé cette prétention, et avec raison, nous semble-t-il : le mandataire chargé de vendre ne peut pas vendre lui-même; il faut donc qu'il s'adresse à un notaire, ce qui implique la nécessité d'une convention réglant les honoraires de l'officier public (2).

La difficulté est donc de fait plutôt que de droit, car la solution dépend de l'interprétation du contrat, c'est-à-dire de l'intention du mandant. Mais, en interprétant la procuration, le juge ne doit pas perdre de vue que cette interprétation doit se faire dans un esprit restrictif. La cour de Nancy a jugé que le pouvoir de vendre, de toucher le prix et de donner des quittances *subrogatoires* donne virtuellement le droit de faire des *transports* et *cessions* (3). Si la cour l'a décidé ainsi, en se fondant sur l'intention du mandant, c'est une décision de fait qu'il serait difficile de criti-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 642, § 412.

(2) Paris, 21 avril 1806 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 510, 1°).

(3) Nancy, 22 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 129).

quer. Mais si la cour a entendu juger en droit, nous n'acceptons pas l'arrêt, il aboutit à dire que le pouvoir de *subroger* implique le pouvoir de *céder*; ce qui n'est pas exact; car *subroger* c'est recevoir un *payement*, tandis que *céder* c'est *vendre*; les deux actes sont essentiellement différents; on ne peut donc pas dire que l'un comprend l'autre.

#### § IV. De la forme.

**444.** Le mandat n'est pas un contrat solennel; aucune forme n'est requise pour l'existence ni pour la validité de la procuration. Si les parties dressent un écrit, c'est pour se procurer une preuve littérale. L'article 1985 dit que le mandat peut être donné par acte public ou par écrit sous seing privé; c'est le droit commun, il était inutile de le dire. La loi maintient expressément les principes généraux en ce qui concerne la preuve testimoniale; il en est de même de la preuve littérale et de toute autre preuve (n° 380). Nous allons faire l'application de ce principe.

**445.** Le mandat par acte public dont parle l'article 1985 est celui qui est reçu par acte notarié, soit en minute, soit en brevet. Les procurations peuvent être reçues en brevet, c'est-à-dire que l'original même est délivré à la partie, le notaire en fait seulement mention au répertoire (loi du 25 ventôse an XI, art. 20). Y a-t-il des cas où le mandat doit être reçu en minute? La question est controversée; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations* (t. XII, n° 236).

Autre est la question de savoir si la procuration doit être donnée par acte authentique. Il faut distinguer les contrats solennels des contrats non solennels. Si une procuration est donnée pour faire un contrat non solennel, la solution n'est pas douteuse, l'écrit ne sert que de preuve; et la loi admet indifféremment comme preuve littérale les actes sous seing privé et les actes authentiques. Il n'en est pas de même dans les contrats solennels : la solennité étant requise pour l'existence même du contrat, il en résulte que le consentement, dans tous ses éléments, doit être constaté

authentiquement, sinon il n'y a pas de consentement et, partant, pas de contrat (1). Telles sont les donations; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siège de la matière. Le code le dit de la procuration donnée pour accepter une donation (art. 933); il en faut dire autant de la procuration pour faire une donation. Notre loi hypothécaire a appliqué le même principe à l'hypothèque (art. 76).

Le code exige encore une procuration authentique dans les cas où une partie est obligée de comparaître en personne devant l'officier de l'état civil (art. 36). Il en est de même de la procuration donnée pour former opposition au mariage (art. 66).

Faut-il aussi une procuration authentique pour accepter une succession sous bénéfice d'inventaire? La question est controversée; nous l'avons examinée ailleurs (t. IX, n° 379).

Il y a un cas dans lequel la jurisprudence exige un acte authentique. La cour d'Orléans a jugé que le débiteur qui paye entre les mains d'un mandataire de son créancier est fondé à exiger que le mandataire justifie de sa qualité par une procuration authentique. Cette décision est fondée sur ce que tout débiteur qui paye sa dette a le droit d'exiger une preuve valable de sa libération; or, la condition essentielle de la validité du paiement, c'est qu'il se fasse à celui qui a qualité pour recevoir, et une procuration sous seing privé n'offre point cette garantie; il suffirait que le mandant contestât l'écriture ou la signature pour que le débiteur fût engagé dans un procès qu'il pourrait perdre. L'authenticité de la procuration lui donne seule une garantie suffisante (2).

**446.** Le mandat est un contrat unilatéral, de sorte que l'article 1325 est inapplicable; l'écrit sous seing privé qui constate le mandat ne doit pas être rédigé en deux originaux. Les auteurs enseignent qu'il en est ainsi quoique le mandat soit salarié, parce qu'ils considèrent le contrat, même dans ce cas, comme un contrat unilatéral (3).

(1) Comparez Rejet, 29 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 208). Pont, t. I, p. 441, n°s 865 et 866.

(2) Orléans, 19 novembre 1859 (Dalloz, 1861, 5, 301, n° 7).

(3) Duranton, t. XVIII, p. 215, n° 216 et p. 216, n° 217. Pont, t. I, p. 440, n° 862.

Dans notre opinion, le contrat devient bilatéral lorsque le mandant s'oblige de payer un salaire (n° 350); et, par suite, il faut suivre, pour la rédaction de l'acte, les formes prescrites par l'article 1325 (t. XIX, n° 239). L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle veut que chaque partie qui est dans le cas d'agir contre l'autre ait une preuve littérale du mandat; or, le mandataire a action contre le mandant pour le paiement de son salaire; donc il doit avoir un original de l'acte, sinon il sera à la merci du mandant, si celui-ci est en possession de l'acte comme unique créancier; le mandant pourra supprimer l'écrit qui prouve que le mandat est salarié, et, par suite, le mandataire ne pourra pas réclamer son salaire, à défaut de preuve.

**447.** Le mandat non salarié est un acte unilatéral: doit-il être rédigé dans les formes prescrites par l'article 1326? Il a été jugé que cette disposition est inapplicable, alors même qu'il s'agirait d'une procuration donnée pour emprunter (1). Cela n'est point douteux. L'article 1326 ne reçoit d'application qu'au cas où le débiteur s'oblige à payer une somme d'argent; or, le mandataire ne s'oblige jamais à payer au mandant une somme d'argent, il s'oblige à faire, à représenter le mandant dans un acte juridique. L'article 1326 n'étant pas applicable, on reste sous l'empire du droit commun, qui n'exige aucune formalité pour les écrits constatant des conventions unilatérales, sauf la signature. Il est cependant d'usage d'ajouter: *bon pour procuration* lorsque celle-ci est donnée en blanc; cela peut servir à éviter l'abus du blanc seing, mais cela est inutile pour la validité de l'écrit.

**448.** L'article 1985 dit que le mandat peut être donné même par lettre. Pourquoi la loi dit-elle: *même* par lettre? C'est que la lettre n'est pas un *acte*, c'est-à-dire un écrit ayant pour objet de constater un fait juridique; les lettres, en général, ne servent pas de preuve, sauf en matière de commerce. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 224). L'article 1985 consacre donc une exception à la règle. Elle se justifie très-facilement. En

(1) Rejet, 6 février 1861 (Dalloz, 1861, 1, 366). Pont, t. I, p. 441, n° 863.

disant que le *mandat* peut être donné par lettre, la loi n'entend parler que de la *procuration*, c'est-à-dire du pouvoir que le mandant propose au mandataire; ce pouvoir n'est pas encore le mandat, le contrat ne se forme, d'après les articles 1984 et 1985, que par l'acceptation du mandataire. Or, la *procuration* séparée de l'acceptation suppose que le mandataire n'est pas sur les lieux; dès lors il fallait permettre de lui donner la *procuration* par lettre, sinon il eût fallu rédiger un acte authentique pour tout mandat donné entre absents.

Ainsi la lettre seule du mandant ne fait pas preuve du mandat, elle fait seulement preuve d'une proposition, d'une offre, le contrat ne se forme que par l'acceptation; cette acceptation doit aussi être prouvée; nous dirons plus loin comment se fait la preuve. Il n'est donc pas exact de dire, comme on l'a fait (n° 350), que la lettre qui contient la *procuration* forme preuve du mandat, et qu'il résulte de là que l'article 1325 est inapplicable, alors même que le mandat serait salarié. Le deuxième alinéa de l'article 1985 prouve que par *mandat* le premier alinéa entend la *procuration*, ou le *pouvoir* que le mandant offre au mandataire; c'est cette offre qui est établie par la lettre, mais la preuve de l'offre ne suffit certainement pas pour établir l'existence du contrat.

449. L'article 1985 ajoute : « Le mandat peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des *Contrats* ou des *Obligations conventionnelles*. » Il suit de là que le mandat ne peut pas se prouver par témoins, en matière civile, quand l'objet du mandat a une valeur de plus de 150 francs (art. 1341). Ce principe si élémentaire donne néanmoins lieu à de nombreuses contestations. Il arrive tous les jours que les parties contractantes soutiennent qu'elles ont donné mandat au notaire de faire tous les actes nécessaires pour l'efficacité de leurs conventions. Le notaire nie le mandat. C'est au demandeur à l'établir. Comment le fera-t-il? D'après le droit commun (1). Or, le mandat étant un contrat, celui

(1) Lyon, 18 juillet 1845 et Rejet, 2 juin 1847.

qui soutient qu'il a donné mandat doit prouver, non-seulement qu'il a voulu charger le notaire de faire les actes nécessaires, il doit prouver aussi que le notaire a consenti à se charger de ce mandat. Comment fera-t-il cette preuve? Quand l'objet du litige dépasse 150 francs, la preuve testimoniale n'est plus admise. C'est l'application de l'article 1341. Il faut ajouter : en matière civile. En effet, en matière de commerce, la preuve testimoniale est admise indéfiniment, sans limitation de valeur. La conséquence en est que le mandat commercial peut toujours se prouver par témoins (1).

450. Le principe de l'article 1341 reçoit exception quand il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347). Cette exception reçoit une application fréquente au mandat. Il n'y a aucun doute quant au principe, il a été consacré par de nombreux arrêts (2). La seule difficulté qui se présente, et elle est grande, est de savoir dans quels cas il y a un commencement de preuve par écrit. Nous renvoyons, quant aux conditions requises, au titre des *Obligations*, où cette matière se trouve longuement traitée. Il suffit, quant au mandat, de donner quelques exemples empruntés à la jurisprudence.

Un prêteur, intente contre un notaire une action en responsabilité fondée sur la perte du capital par lui prêté sur hypothèque. Le demandeur invoquait l'existence d'un mandat dénié par le notaire. Comme l'objet dépassait 150 francs, il fallait un commencement de preuve par écrit. Le demandeur se prévalait d'abord de l'interrogatoire sur faits et articles que le notaire avait subi. La cour de Poitiers répond que l'on n'y rencontrait pas un mot d'où l'on pût induire le commencement de preuve que le premier juge y avait trouvé. Toutes les réponses du notaire étaient concordantes; il protestait formellement contre la qualité de mandataire que lui prêtait le demandeur; il soutenait constamment, sans se donner le moindre démenti, n'avoir pas été chargé

(1) Rejet, cour de cassation de Belgique, 10 février 1853 (*Pasieris*, 1853, 1, 215).

(2) Rejet, 22 mai 1827 (Daloz, au mot *Communes*, n° 2374); 6 août 1855 (Daloz, 1855, 1, 418); 4 mai 1874 (Daloz, 1874, 1, 489).

du choix de l'emprunteur et y être resté complètement étranger. Le demandeur invoquait encore un bordereau d'inscription que le notaire avait rédigé et un certificat des inscriptions existantes que le conservateur des hypothèques avait délivré au notaire sur sa demande. S'il s'était agi de prouver l'existence d'un mandat commercial, les actes à accomplir postérieurement au contrat, afin d'assurer les droits du prêteur, auraient été de quelque valeur, on aurait pu les invoquer à titre de présomptions; mais, dans l'espèce, il s'agissait d'un mandat civil; ce qui exclut, en principe, la preuve testimoniale et les présomptions. Le prétendu mandat était antérieur à l'acte de prêt; il fallait donc prouver que le notaire s'était chargé de procurer au mandant un bon et solide placement; dès lors des actes postérieurs au prêt ne pouvaient être considérés comme un commencement de preuve pour établir que le notaire avait eu mandat de chercher un emprunteur; or, le certificat des inscriptions et le bordereau n'avaient rien de commun avec ce qui s'était passé antérieurement au contrat et ne donnaient aucune probabilité à la prétention du demandeur (1).

**451.** Voici une autre espèce, dans laquelle figure également un notaire. Prêt hypothécaire de 3,000 francs avec intérêt à 5 pour cent, et remboursable, après trois années, dans l'étude du notaire rédacteur de l'acte; les intérêts devaient aussi se payer en ladite étude. Résultait-il de là un commencement de preuve par écrit du mandat que le prêteur prétendait avoir donné au notaire de recevoir et de donner quittance? La cour de Metz reconnaît que la clause seule que le paiement se fera en l'étude du notaire ne prouve pas qu'il ait pouvoir et mandat de recevoir. Mais, dans l'espèce, la cour admet qu'il en résulte un commencement de preuve par écrit. Elle insiste sur la circonstance que les intérêts devaient se payer en l'étude du notaire. A qui? Quand il s'agit d'un capital, on conçoit que le notaire fixe un jour et une heure où le débiteur fera, en son étude, le paiement au créancier. Mais, pour le paiement des intérêts qui se répète chaque année, cette supposition

(1) Poitiers, 22 juillet 1851 (Dalloz. 1852, 2, 91).

est peu probable. On doit donc admettre que le notaire a qualité de toucher les intérêts et de délivrer une quittance au moins provisoire. Il peut même en résulter, d'après les circonstances de la cause, un commencement de preuve de l'existence d'un mandat donné au notaire par le créancier. La cour établit ensuite que, dans l'espèce, il y avait preuve d'un mandat résultant des clauses de l'acte et des faits (1).

**452.** Ce que les arrêts appellent faits et circonstances de la cause, sont des présomptions que la loi abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat. Mais il ne peut les admettre que dans les cas où la loi autorise la preuve testimoniale. Donc le mandat, quand il dépasse la valeur de 150 francs, ne peut être établi par présomptions que dans le cas où il y a un commencement de preuve par écrit (2). Directement le mandat qui dépasse cette valeur ne peut être établi par présomptions, pas plus que par témoins. Ainsi il ne suffirait pas qu'un arrêt portât que l'existence d'un mandat résulte des circonstances de la cause; ce serait établir un mandat sur des présomptions, alors que la loi n'admet pas les présomptions; il faut que le juge constate qu'il y a un commencement de preuve par écrit qui rend les présomptions admissibles. Il y a un arrêt de la cour de cassation qui semble décider le contraire. La cour de Lyon avait commencé par dire « qu'il résultait de toutes les circonstances de la cause la preuve complète de l'existence du mandat litigieux. » C'était très-mal juger, car ces circonstances n'étaient que des présomptions; or, les présomptions n'étaient pas admissibles, dans l'espèce, sans un commencement de preuve par écrit. Mais la cour ajoute ensuite que, si quelque incertitude avait pu s'élever sur l'existence du mandat, elle serait levée par la preuve résultant de la *procédure correctionnelle* qui avait eu lieu au tribunal de la Seine. Pourvoi en cassation fondé sur ce que l'arrêt attaqué avait admis l'existence d'un mandat sur

(1) Metz, 23 février 1854 (Dalloz. 1864, 2, 220). Comparez Bruxelles, 16 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 31).

(2) Rejet, cour de cassation de Belgique, 25 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 179).

de simples présomptions, sans qu'il y eût un commencement de preuve par écrit. La cour rejeta le pourvoi, par la raison que l'arrêt de Lyon déclarait que la preuve complète du mandat résultait de toutes les circonstances de la cause et, *notamment*, d'une procédure criminelle (1). Cela n'est pas tout à fait exact; la cour de Lyon n'invoque la procédure correctionnelle que comme un supplément de preuve, après avoir dit que la preuve *complète* résultait des circonstances de la cause, donc des présomptions. L'arrêt de rejet et l'arrêt de Lyon sont l'un et l'autre mal rédigés; ils auraient dû établir d'abord qu'il y avait un commencement de preuve par écrit qui autorisait le magistrat à recourir à des présomptions, puis énumérer les circonstances de la cause qui venaient à l'appui de la preuve écrite.

**453.** Les principes qui régissent la preuve du mandat par témoins s'appliquent-ils aux tiers? Il a été jugé que les tiers aussi bien que les parties ne peuvent prouver l'existence d'un mandat que par écrit, ou par témoins et présomptions lorsqu'il y a un commencement de preuve littérale; la cour de cassation l'a décidé ainsi implicitement, sans que la question eût été discutée (2). Nous n'y voyons aucun doute. Les règles sur les preuves sont générales et s'appliquent à toute partie en cause qui demande à établir un fait contesté. Il est vrai que la règle de l'article 1341 reçoit une exception dont les tiers peuvent d'ordinaire se prévaloir, plutôt que les parties; lorsqu'il n'a pas été possible au demandeur ou au défendeur de se procurer une preuve littérale, elle est admise à la preuve par témoins, quel que soit le montant du litige (art. 1348). Mais, dans l'espèce, les tiers ne peuvent pas se prévaloir de cette exception, puisqu'il dépend d'eux d'exiger que le mandataire leur fournisse la preuve littérale du mandat.

La question est cependant controversée. Il ne vaudrait pas la peine de s'arrêter à la controverse si un magistrat, qui jouit d'une grande réputation, n'avait enseigné l'opinion contraire. Nous citerons en substance les motifs que Tro-

(1) Rejet, 10 juin 1841 (Daloz, au mot *Mandat*, n° 158, 2°).

(2) Cassation, 7 mars 1860 (Daloz, 1860, 1, 114). Comparez Bordeaux, 10 juin 1872 (Daloz, 1873, 5, 314).

plong fait valoir (1); ce sera une leçon pour nos jeunes lecteurs; ils verront de quelles raisons cet auteur se contente trop souvent. Le mandat peut être verbal, et les mandats oraux sont extrêmement fréquents. Ne serait-ce pas nuire au mouvement des affaires que de forcer les tiers d'exiger la représentation d'un mandat écrit? Nous répondrons par une autre question: Est-ce que les tribunaux ont pour mission de *favoriser le mouvement des affaires*, ou sont-ils chargés d'appliquer les lois, quelles qu'elles soient, favorables ou non aux transactions? Or, la loi a parlé; l'article 1985 admet, il est vrai, le mandat verbal, mais il ajoute immédiatement que ce mandat ne peut être prouvé par témoins que d'après les règles établies par la loi, au titre des *Obligations*; le juge est enchaîné par ces règles, il doit les appliquer, sans s'inquiéter des intérêts généraux; c'est au législateur de les régler, et non au magistrat.

Troplong insiste et dit que c'est une rigueur inutile que d'interdire aux tiers la preuve testimoniale, car ils peuvent toujours faire la preuve orale d'une simple gestion d'affaires; autant vaut leur permettre de prouver le mandat par témoins. Ne dirait-on pas qu'il dépend des parties de transformer en gestion d'affaires ce qui est un mandat, de sorte qu'il y aurait quasi-contrat ou contrat, à leur bon plaisir, selon qu'elles auraient intérêt à soutenir qu'il y a gestion d'affaires ou mandat? Il y a, malheureusement, bien des arrêts qui confondent ces deux faits juridiques; cela n'empêche pas qu'ils diffèrent essentiellement. Nous l'avons dit ailleurs, et nous allons revenir sur la question de preuve.

**454.** Comment se prouve le mandat tacite? On répond d'ordinaire que le mandat tacite étant un contrat aussi bien que le mandat exprès, est par cela même soumis au droit commun en ce qui concerne la preuve; et on en conclut que la preuve testimoniale du mandat tacite n'est pas admise lorsque le montant pécuniaire du mandat dépasse 150 francs (2). Cela nous paraît trop absolu. Le mandat tacite résulte d'un concours tacite de volontés; ce consen-

(1) Troplong, *Du mandat*, n° 145.

(2) Pont, t. 1, p. 445, n° 873. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. VI, p. 39, note 4. Cassation, 29 décembre 1875 (Daloz, 1876, 1, 149).

tement tacite s'induit de certains faits, ce sont ces faits qui doivent être prouvés. Et comment les faits se prouvent-ils? Il faut distinguer; les faits juridiques ne se prouvent pas par témoins au delà de 150 francs; mais les faits purs et simples ou matériels se prouvent indéfiniment par témoins, car ils ne tombent pas sous l'application de l'article 1341. Si donc un mandat résultait de faits pareils, il faudrait dire que la preuve testimoniale est admissible.

C'est une réponse de théorie; en réalité, les faits que l'on invoque pour prouver l'existence d'un mandat tacite sont des faits juridiques; de sorte que l'on reste sous l'empire de la règle prohibitive de l'article 1341. La jurisprudence est très-confuse en cette matière, et la confusion s'explique par la difficulté qu'il y a de distinguer le mandat tacite de la gestion d'affaires. Nous empruntons à la cour de cassation l'exemple d'un mandat tacite confié à un notaire. Il s'agissait d'une constitution de dot par les père et mère à leur fille. Les constituants étaient complètement illettrés; peu de jours avant la rédaction des conventions matrimoniales, ils se rendirent chez le notaire et déclarèrent ne vouloir compter la dot de 5,000 francs entre les mains de leur futur gendre qu'à la condition qu'il leur serait fourni une garantie hypothécaire qui en assurerait le remboursement. Un débat ayant eu lieu sur ce point entre les deux familles, il fut convenu, après une insistance qui dura plusieurs jours, que la mère du futur s'engagerait solidairement avec son fils et qu'elle fournirait une hypothèque. Les constituants prétendaient que ce ne fut qu'après avoir obtenu ce cautionnement hypothécaire et s'être assurés auprès du notaire que la dot ne courait désormais aucun risque, et l'avoir chargé de faire le nécessaire que, sur sa réponse et son consentement, ils comptèrent les 5,000 francs à leur futur gendre. Tels étaient les faits. Il s'agissait de les prouver. Il est certain que tous ces faits avaient un caractère juridique; car, s'ils avaient été constants, il en serait résulté les éléments constitutifs d'un mandat au moins tacite donné par les constituants au notaire, à l'effet de prendre inscription de l'hypothèque pour en assurer l'efficacité. Le mandat était tacite plutôt qu'express, puisque les constituants

ignoraient ce que c'est qu'une inscription hypothécaire, et le notaire niait qu'il eût été chargé de la prendre. Il est certain qu'il ne pouvait s'agir de prouver les faits directement, soit par témoins, soit par présomptions. L'inscription ne fut pas prise, et, par suite, la dot périt. De là une action en responsabilité contre le notaire. Les demandeurs le firent interroger sur faits et articles. Le notaire déclara ne pas se rappeler ce qui s'était passé, mais il affirma qu'il avait éclairé les parties, comme c'était son devoir, sur ce qu'il y avait à faire. La cour vit dans les déclarations du notaire un commencement de preuve par écrit, et décida que le mandat était prouvé par les circonstances de la cause. Le notaire se pourvut en cassation; la cour prononça un arrêt de rejet, en se fondant sur les faits tels qu'ils étaient constatés par l'arrêt attaqué: il en résulte, dit-elle, que le notaire avait accepté le mandat. Ces termes impliquent un mandat express; la question de la preuve d'un mandat tacite n'a pas été agitée dans les débats, ni devant les premiers juges, ni devant la cour de cassation (1).

Un arrêt récent de la cour de cassation a cassé un jugement du tribunal de Toul qui avait admis un mandat tacite, sans citer aucun fait d'où il résultât que le notaire se fût chargé de ce prétendu mandat; le premier juge se fondait uniquement sur la notoriété publique. Or, il est d'évidence que la notoriété publique n'est pas une preuve, ni un commencement de preuve par écrit; le jugement devait donc être cassé (2).

**455.** Au lieu d'un mandat tacite, il peut y avoir gestion d'affaires. Comment se prouve ce quasi-contrat? Aux termes de l'article 1348, les obligations naissant des quasi-contrats se prouvent par témoins indéfiniment, c'est-à-dire quel que soit le montant du litige. La loi suppose que le maître n'a pu se procurer une preuve littérale des faits de gestion qui constituent le quasi-contrat. Nous avons établi le principe ailleurs; il n'est point douteux, puisqu'il est écrit dans la loi. Mais l'application est très-délicate, à cause

(1) Rejet, 22 août 1864 (Dalloz, 1865, 1, 63).

(2) Cassation, 29 décembre 1875 (Dalloz, 1875, 1, 149).

de la grande difficulté qu'il y a de distinguer en fait s'il y a gestion d'affaires ou mandat tacite. Les cours confondent souvent le contrat et le quasi-contrat; il faut s'attacher au principe qui résulte de la nature même de ces deux faits juridiques. Pour qu'il y ait mandat tacite, il doit y avoir concours de volontés du mandant et du mandataire avant le commencement de la gestion; ce concours de consentement se prouve généralement, comme nous venons de le dire (n° 454), d'après les règles qui régissent la preuve des contrats. Le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme par le seul fait de la gestion; au moment où elle commence, le maître ignore que l'on va gérer ses affaires; il se trouve, par conséquent, dans l'impossibilité de prouver la gestion par écrit; voilà pourquoi la loi l'autorise à prouver la gestion par témoins.

Le débat sur la preuve, en cette matière, s'élève d'ordinaire dans les actions en responsabilité intentées contre les notaires. Ils peuvent être responsables à divers titres : comme mandataires, comme gérants d'affaires, ou comme coupables d'un quasi-délit. C'est une première difficulté. Nous laissons de côté la responsabilité notariale. Les délits et quasi-délits sont mis par la loi sur la même ligne au point de vue de la preuve; ils se prouvent par témoins, quel que soit le montant du litige. Quant au mandat exprès ou tacite, il est régi par l'article 1341. Voilà les principes; nous allons voir comment la jurisprudence les applique.

Un arrêt de la cour de cassation formule nettement le principe en ce qui concerne la gestion d'affaires. En droit, la gestion des affaires d'autrui, telle qu'elle est définie par l'article 1372, repose uniquement sur des faits, c'est-à-dire qu'il n'y a point de concours de consentement comme dans les contrats; de là suit qu'elle ne peut être soumise, en ce qui concerne la preuve de son existence, à la prohibition de la preuve testimoniale prononcée par l'article 1341 et par l'article 1985; ces dispositions ne s'appliquent qu'aux contrats et, par suite, au mandat, donné par le mandant et accepté par le mandataire, de faire quelque chose pour lui et en son nom. En fait, l'arrêt attaqué constatait qu'il résultait des circonstances de la cause que le notaire, informé qu'un

de ses clients avait des fonds disponibles, s'était *spontanément interposé* pour le placement de ces fonds; qu'il avait *indiqué* audit client deux époux comme emprunteurs, *en lui donnant l'assurance* qu'ils étaient solvables, et que c'est par son intermédiaire que le prêt hypothécaire s'était réalisé. De là la cour conclut, avec l'arrêt attaqué, que le notaire s'était *constitué lui-même le mandataire* du prêteur; elle entend par là, comme le dit l'arrêt, que le notaire avait *volontairement géré l'affaire* de celui-ci. La conséquence, quant à la preuve, était évidente; l'existence de la gestion d'affaires pouvait être établie par témoins et par présomptions, sans qu'il fût besoin d'une preuve écrite (1). Il ne saurait y avoir un doute sur la question de droit, mais l'application que la chambre civile en fait nous paraît très-douteuse; et ce qui prouve qu'il y avait doute, c'est que la chambre des requêtes avait admis le pourvoi. Pouvait-on dire, dans l'espèce, qu'il y avait un quasi-contrat, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de concours de volontés? Le notaire propose à son client un placement hypothécaire; il consent donc à se charger d'une affaire : la fait-il sans le concours du prêteur? Non, car c'est parce que le prêteur consent que le prêt hypothécaire se réalise. Il y avait donc concours de volontés entre le notaire et son client pour faire l'affaire; donc il y avait contrat de mandat, et, partant, la preuve testimoniale et les présomptions n'étaient pas admissibles, puisqu'il n'y avait point de commencement de preuve par écrit. C'est peut-être pour échapper à cette conséquence, et par des motifs d'équité, que la cour considère comme une gestion d'affaires ce qui, en réalité, était un mandat (2).

Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux dans le même sens. Prêt hypothécaire de 10,000 francs. L'immeuble hypothéqué est exproprié; les prêteurs ne sont colloqués que pour 7,035 francs; ils assignent le notaire pour le faire condamner à leur rembourser 4,500 francs restant impayés. Le notaire répond qu'il n'était pas mandataire, ni gérant d'affaires. Sa défense a été repoussée par la cour de Mont-

(1) Rejet, chambre civile, 19 mars 1845 (Dalloz, 1845, 1, 186).

(2) Comparez Pont (t. 1, p. 446, n° 376), qui approuve la décision de la cour.

pellier. La cour dit que les faits constituaient une gestion d'affaires. C'est le notaire qui avait procuré aux prêteurs un emprunteur, qu'ils ne connaissaient même pas; le prêt fut conclu sur l'assurance, que le notaire donna, que l'immeuble qui devait servir de garantie n'était grevé que d'une seule inscription, qui laissait disponible un excédant de valeur plus que suffisant pour garantir le remboursement de la somme de 10,000 francs. Ces faits, dit la cour, ne se rapportent pas à un mandat ou procuration que les prêteurs auraient donné au notaire, et dont il n'eût tenu qu'à eux de se procurer une preuve par écrit; ils sont, au contraire, exclusifs d'un mandat. Cela est-il bien exact? Régulièrement, sans doute, c'est le mandant qui prend l'initiative et qui donne procuration, puis le mandataire accepte. Mais où est-il dit que les choses doivent nécessairement se passer ainsi, et que le mandataire ne puisse pas prendre l'initiative en offrant de se charger d'une affaire? Si le maître accepte cette offre, il y a concours de consentement, donc contrat. Et qu'est-ce qui empêche les parties de dresser un écrit de cette convention? Ce que la cour ajoute, que les faits allégués n'ont trait qu'à des *démarches personnelles* du notaire, à des *agissements spontanés*, n'a aucune importance (1). Ces démarches, le notaire les a faites auprès des prêteurs, il s'est entendu avec eux, puis il s'est mis en rapport avec l'emprunteur; voilà une affaire qui se fait du consentement des parties intéressées, le notaire et les prêteurs; donc il y a contrat.

**456.** Il ne faut pas confondre la gestion d'affaires et le mandat tacite avec l'acceptation tacite du mandat. Aux termes 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. La loi suppose que le mandant donne une procuration par laquelle il charge une personne de faire quelque chose pour lui et en son nom; ce n'est pas encore là un mandat; le contrat, dit l'article 1984, ne se forme que par l'acceptation du mandataire. Cette acceptation peut être tacite, et elle est tacite quand le mandataire exécute le

(1) Bordeaux, 20 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 113).

mandat. Comment se prouve, dans ce cas, le mandat? Le contrat se forme par la procuration et par l'acceptation tacite. Quant à la procuration, le texte décide la question; elle se prouve d'après le droit commun qui régit les obligations conventionnelles. La loi ne dit pas comment se prouve l'acceptation tacite; il faut donc décider la difficulté d'après les principes généraux de droit. Il s'agit de savoir si l'acceptation tacite d'un mandat est un fait juridique, et l'affirmative n'est point douteuse; car accepter un mandat, c'est manifester la volonté d'être mandataire, c'est-à-dire de former un contrat; si le consentement du mandant est un fait juridique, il en doit être de même du consentement du mandataire; donc l'acceptation aussi bien que l'offre sont soumises à la règle de l'article 1341. Vainement dirait-on que l'acceptation tacite consiste dans des faits d'exécution et que les faits peuvent se prouver par témoins indéfiniment. Cela est vrai des faits purs et simples, cela n'est pas vrai des faits juridiques.

Telle n'est point l'opinion commune. On enseigne que la preuve de l'acceptation du mandat est soumise à des conditions moins rigoureuses que la preuve de la procuration, et on se fonde sur ce que l'acceptation peut être tacite (1). C'est confondre, nous semble-t-il, le consentement avec la preuve du consentement. La loi dit que l'acceptation peut être tacite, cela concerne le consentement; elle ne dit pas comment se prouve le consentement tacite, donc on ne peut pas dire que la preuve est moins rigoureuse. Ce qui prouve que cette interprétation n'est pas exacte, c'est que la *procuration*, c'est-à-dire le consentement du mandant, peut aussi être tacite; il l'est toujours dans le mandat tacite, et néanmoins on admet que le mandat tacite se prouve d'après le droit commun; donc l'acceptation tacite doit aussi se prouver d'après le droit commun.

(1) Pont, t. I, p. 447, n° 877. En sens contraire, Massé et Vergé sur Zachariae, t. VI, p. 39, note 4.