

473. Quel est l'effet de la solidarité quand elle a été stipulée? La loi ne le dit pas; par cela seul elle maintient le droit commun, puisqu'elle n'y déroge point. Mais l'application des principes généraux fait naître une difficulté sur laquelle il y a controverse. L'un des comandataires commet une faute dans la gestion de l'affaire qui leur est confiée : ses comandataires en seront-ils responsables? Oui, disent les uns (1). Quand le mandat est confié à plusieurs mandataires solidaires, chacun d'eux est tenu, dès le principe, de l'exécution du mandat pour le total; donc chacun doit répondre de l'inexécution du mandat, quand même elle arriverait par une faute qui ne lui est pas imputable; il répond de cette faute, parce qu'il répond de l'inexécution du contrat. On doit donc appliquer par analogie l'article 1205, qui déclare les codébiteurs solidaires responsables de la perte de la chose arrivée par la faute de l'un d'eux, en ce sens que tous doivent la valeur de la chose. Non, dit-on (2), l'article 1205 lui-même prouve que les codébiteurs ne sont pas responsables de la faute de l'un d'eux, puisqu'ils ne doivent pas les dommages-intérêts résultant de cette faute. Dans l'opinion contraire, on répond, et nous croyons que la réponse est décisive, que la responsabilité des codébiteurs existe, dans le cas de faute de l'un des comandataires, en vertu du contrat ou de l'obligation qu'ils ont contractée, comme elle existe, dans le cas de l'article 1205, pour la perte de la chose, en vertu du contrat et de l'obligation contractée par les codébiteurs, c'est-à-dire de l'inexécution du mandat; quant aux dommages-intérêts dont les débiteurs ne sont pas tenus, d'après l'article 1205, ils résultent d'un fait postérieur au contrat; partant, les débiteurs étrangers à la faute n'en doivent pas être tenus. La distinction est subtile, mais elle est juridique.

474. L'un des codébiteurs solidaires dépasse les limites du mandat; les autres mandataires en seront-ils responsables? Sur ce point encore il y a controverse, du moins en

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 644, note 10, § 413.
 (2) Pont, t. I, p. 536, n° 1038.

ce qui concerne les motifs de décider. On s'accorde à dire que les mandataires ne sont pas responsables. La raison en est, disent les éditeurs de Zachariæ, que les comandataires s'obligent pour l'exécution du mandat; ils ne s'obligent pas pour ce qu'un mandataire fait en dehors de son mandat; car dès que le mandataire dépasse les limites de son mandat, il cesse d'être mandataire, ce qui est décisif (1). M. Pont dit que les comandataires ne sont pas responsables, par application du principe d'après lequel les comandataires ne répondent pas de la faute de l'un d'eux; et il accuse de contradiction ceux qui enseignent que les comandataires répondent de la faute et qui admettent néanmoins qu'ils ne sont pas responsables de ce que l'un d'eux fait en dehors du mandat. A notre avis, il n'y a pas contradiction. On ne peut pas qualifier de faute le fait de dépasser les limites du mandat, en ce sens que le mandataire qui agit hors de ces limites n'est plus mandataire; or, les comandataires ne sont obligés solidairement que pour l'exécution du mandat.

La cour de cassation a appliqué le principe à l'espèce suivante. Deux mandataires solidaires sont constitués, à l'effet de vendre des immeubles, avec pouvoir de toucher seulement une partie du prix. L'un des comandataires se fait remettre l'intégralité du prix; l'autre comandataire n'est pas responsable de cette réception indue, en ce qui concerne la partie du prix que le mandataire n'avait point le droit de recevoir. Ce fait n'est pas l'exécution du mandat, le mandataire n'a pas agi comme tel, puisqu'il n'avait point qualité; or, les mandataires solidaires répondent seulement de l'exécution du mandat (2).

N° 3 DE QUELLE FAUTE LE MANDATAIRE RÉPOND-IL ?

475. L'article 1992 porte : « Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 644 et suiv., § 645. Pont, t. I, p. 537, n° 1038.
 (2) Cassation, 6 avril 1841 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 300).

fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. » Quelle est, d'après cette disposition, la faute dont le mandataire répond? Nous avons déjà répondu à la question, en exposant la théorie de la faute, au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 224). Le mandataire qui reçoit un salaire est tenu de la faute dont tout débiteur est tenu; c'est-à-dire de la faute légère *in abstracto*, d'après la terminologie traditionnelle: il doit apporter à l'exécution du mandat les soins d'un bon père de famille (art. 1137). On est étonné de lire dans un arrêt qu'en principe, le mandataire dont le pouvoir n'est pas limité est tenu de *toute la prudence* du père de famille le plus diligent (1): ce serait la faute la plus légère, et le code ignore cette faute, il n'exige jamais les soins du père de famille le plus diligent. Il est plus difficile de préciser le degré de faute dont est tenu le mandataire non salarié. L'article 1992 se contente de dire qu'il est tenu d'une faute moindre que celle dont le mandataire salarié répond; nous l'avons qualifiée de faute légère *in concreto*, en comparant la faute du mandataire à celle du dépositaire (art. 1927). C'est du reste une question de fait plutôt que de droit. Les auteurs du code civil n'ont pas voulu tarifier les fautes comme on le faisait dans l'ancien droit, parce que ces distinctions n'avaient aucune utilité pratique. C'est au juge du fait d'apprécier la faute du mandataire, en se montrant moins sévère pour celui dont le mandat est gratuit que pour celui qui reçoit un salaire. La décision sur ce point est souveraine.

C'est ce que la cour de cassation a décidé, d'abord pour le mandat salarié. Il s'agissait d'un mandat donné au fils et neveu des mandants, à l'effet de suivre les intérêts qui étaient communs à ceux-ci. « L'appréciation du caractère de cette mission, des fautes que le mandataire avait pu commettre en la remplissant et des préjudices que ces fautes avaient pu causer, appartenait exclusivement à la conscience et aux lumières des juges. » Ce sont les termes de l'arrêt. Ils sont trop absolus. Si tout était abandonné

(1) Dijon, 17 avril 1873 (Dalloz, 1875, 2, 167).

au pouvoir discrétionnaire des magistrats, les lois seraient inutiles: il faut dire que le principe est écrit dans la loi, mais que l'application soulève des difficultés de fait qui sont nécessairement du domaine des interprètes (1).

Quand le mandat est gratuit, il est vrai que le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire, en ce sens que le *plus ou moins de rigueur* avec laquelle, d'après l'article 1991, on doit appliquer la règle générale de la responsabilité, est une question de faits et circonstances de la cause, et il appartient naturellement au juge de les apprécier (2).

476. Pour qu'il y ait lieu à responsabilité du chef d'une faute, il faut que l'inexécution dont le mandant se plaint soit imputable au mandataire, car il n'y a point de faute sans imputabilité. S'il est jugé, en fait, que les circonstances dans lesquelles s'était trouvé le mandataire ne lui avaient pas permis d'exécuter le mandat, la conséquence en sera que le mandataire n'encourt aucune responsabilité. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce qui devait être décidée d'après les lois romaines (3). La décision serait encore la même sous l'empire du code civil. La cour de Rennes l'a jugé ainsi dans un cas de force majeure, amené par la guerre civile. Le mandataire avait été incarcéré, il avait été volé plusieurs fois par des bandes armées, il avait été obligé de quitter son domicile pour chercher un refuge ailleurs; tous ces événements, dit la cour, ont le caractère de force majeure; or, d'après l'article 1148, il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de faire ce à quoi il était obligé (4).

477. Tels sont les principes qui gouvernent la faute; nous empruntons à la jurisprudence quelques applications, en choisissant celles qui se présentent le plus usuellement dans la vie réelle (5).

Un mandataire est chargé du recouvrement d'effets de

(1) Rejet, 29 avril 1819 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 224, 1°).

(2) Rejet, 16 juillet 1836 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 295).

(3) Rejet, 9 juillet 1807 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 483).

(4) Rennes, 31 mars 1815 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 196).

(5) Comparez Pont, t. I, p. 503, n° 994, et les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Mandat*, n° 225.

commerce, avec mandat de poursuivre sans délai, en cas de non-remboursement. Le correspondant, au lieu de se faire payer, se contenta de recevoir en paiement d'autres effets ou valeurs. Action en responsabilité. Le tribunal de commerce jugea que le mandataire était responsable pour avoir dépassé les termes de son mandat; il n'avait pas le pouvoir d'échanger des valeurs contre d'autres valeurs, il était donc garant de celles qu'il lui avait plu de recevoir. Le tribunal ajoute qu'il est d'usage dans le commerce que celui qui exige une provision pour le recouvrement d'effets appose sa signature sur ceux qu'il envoie en paiement à son mandant, et qu'il n'a pas pu dépendre du mandataire de se soustraire à cette garantie en affectant de ne pas endosser lui-même les effets qu'il avait reçus pour le mandant, alors qu'il avait perçu le maximum de la provision. Sur l'appel, la cour de Grenoble confirma, avec adoption des motifs du premier jugement (1).

Le propriétaire d'un billet à ordre de 2,000 francs, payable à Orléans, le confie au représentant, à Calais, de l'administration des messageries nationales, pour en opérer le remboursement, ou pour le lui renvoyer avec protêt, à défaut de paiement. Dans ce but, il passe ledit billet à l'ordre du détenteur desdites messageries à Orléans, avec cette double mention : *Valeur en recouvrement, simple protêt*. Le billet, expédié le 7 avril, ne fut protesté que le 21 avril. De là une action en dommages-intérêts contre les messageries. La faute était certaine; l'administration opposait que la femme de l'expéditeur avait reçu le billet et le protêt, et payé les frais sans réclamation ni réserve, ce qui mettait le voiturier à l'abri de tout recours, d'après le code de commerce (art. 19). La cour de Douai répond que l'administration ne peut pas invoquer cette disposition, car elle n'était pas chargée d'une simple expédition de marchandises contre remboursement; elle avait reçu le mandat de recouvrer un effet de commerce, ou d'assurer, par un protêt fait en temps utile, le recours du porteur du billet contre celui qui le lui avait transmis par voie d'endos-

(1) Grenoble, 29 mars 1832 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 225, 4°)

sement : en ne faisant protester le billet que dix jours après l'échéance, elle avait commis une faute lourde dans l'exécution de son mandat. On ne pouvait pas considérer non plus la réception du billet et du protêt par la femme, comme une renonciation au droit d'en poursuivre l'annulation; les renonciations, dit la cour, ne se présument point; si la femme avait accepté, sans protestation ni réserve, le billet et le protêt, elle n'avait certes pas l'intention d'approuver ce que l'administration avait fait, et elle en aurait eu l'intention, qu'il faudrait dire qu'elle n'en avait pas le droit. La cour condamna en conséquence l'administration au paiement du billet (1).

478. L'encaissement de coupons d'actions industrielles, confié à des banquiers ou agents de change, a donné lieu à des actions en dommages-intérêts qui ont été déclarées, et avec raison, non fondées. Nous choisissons une de ces espèces dans lesquelles il se trouvait deux mandataires, l'un salarié, l'autre non salarié. La cour de Nancy pose en principe que l'un était tenu de la faute légère, et l'autre d'une faute plus lourde; mais il se trouvait que les deux mandataires n'étaient coupables d'aucune faute, de sorte que la distinction était oiseuse. Voici les faits.

Un banquier de Lunéville adresse à un agent de change à Paris des coupons d'obligations du chemin de fer Séville-Cadix, avec mandat de toucher, pour le compte des clients qui les lui avaient remis, l'à-compte de trois francs par coupon, distribué en vertu d'un ordre du gouvernement espagnol. Le paiement de cet à-compte ayant été suspendu, les propriétaires des coupons prétendirent rendre le banquier et l'agent de change responsables du défaut d'encaissement. Leur demande admise en première instance, fut rejetée en appel. Quant au banquier, il n'avait servi que d'intermédiaire pour transmettre à son correspondant la commission dont il se chargeait, la substitution du mandat étant, en pareil cas, commandée par la nature des choses. Avait-il commis une faute en se substituant un agent de change? Non; restait à savoir si l'agent de

(1) Douai, 17 janvier 1848 (Dalloz, 1849, 2, 101).

change avait commis une faute dont le substituant aurait été déclaré responsable. La cour constate que l'agent de change fit présenter les coupons à l'encaissement après le temps rigoureusement nécessaire pour classer les coupons et en dresser le bordereau. Les coupons furent remis le 27 décembre, contre un récépissé payable le 3 janvier. Y avait-il une faute dans ce dépôt provisoire? Non, puisque l'usage de toutes les compagnies est de l'exiger, alors du moins que l'on en présente plusieurs centaines, afin de les vérifier. Se refuser à ce dépôt, c'eût été rendre l'encaissement impossible. L'encaissement paraissait, au contraire, assuré, par la délivrance d'un récépissé payable à six jours. Mais quand l'agent de change présenta les récépissés, le paiement en fut refusé, par le motif que des saisies-arrêts-avaient été pratiquées sur les fonds que la compagnie avait affectés au paiement des coupons. Le jour même, l'agent de change avisa le banquier de cette suspension ou cessation de paiement; il continua à faire de nombreuses démarches pour obtenir le paiement de l'à-compte promis; tous ces faits furent portés à la connaissance des mandants par les mandataires. En définitive, les coupons furent rendus à l'agent de change. Les propriétaires des coupons les refusèrent parce qu'on les avait frappés de l'estampille : *payé trois francs*. Était-ce là un cas de responsabilité? Si les employés avaient marqué de bonne foi que les billets avaient été payés, c'est qu'ils s'attendaient sans doute à ce que le paiement se fit; mais qu'ils fussent de bonne foi ou de mauvaise foi, peu importait. L'agent de change n'était pas responsable du fait d'un tiers qui, à son égard, était un cas fortuit. Les mandants lui reprochaient de n'avoir pas intenté des poursuites qui, d'après eux, auraient infailliblement amené le paiement de l'à-compte promis par le gouvernement espagnol. Ce reproche n'était pas plus fondé que les autres; en effet, les mandataires étaient chargés d'encaisser, ils n'avaient pas le pouvoir de faire des poursuites (1).

(1) Nancy, 24 février 1869 (Daloz, 1869, 2, 196). Comparez Nancy, 26 février 1870 (Daloz, 1872, 2, 46).

479. L'expédition de valeurs que le mandataire fait par simples lettres confiées à la poste le rend-il responsable de la perte des valeurs quand les lettres n'arrivent pas à leur destination? Cela dépend du mandat qui a été donné. Quand le mandant a déterminé le mode d'expédition, le mandataire sera responsable s'il n'observe pas la forme du mandat. Cela est d'évidence. Trop souvent le mandant néglige d'imposer des mesures de prudence; et quand le mandataire n'est pas plus prudent que lui, il prétend le rendre responsable. Un banquier reçoit mandat d'envoyer des billets de banque *sous bon couvert* et de mettre lui-même la lettre à la poste. En résultait-il que le mandataire était tenu d'affranchir la lettre, ou de la charger en la recommandant? Non, car le mandant ne l'avait chargé ni d'affranchir ni de recommander. Il a été jugé que la preuve de l'envoi résultait suffisamment de la lettre d'avis adressée au mandant, alors qu'il était établi que les valeurs avaient été mises dans la lettre d'envoi qu'il avait fait porter à la poste par la personne fondée de pouvoir de la maison, chargée de son administration intérieure et de la correspondance (1). Ce dernier point rend la décision douteuse. Quand le mandat porte que le mandataire doit lui-même mettre la lettre à la poste, il n'est pas autorisé à la faire porter n'importe par qui. La *forme du mandat* n'était donc pas observée; ce qui est décisif.

Dans une autre espèce jugée par la cour de Paris, le mandant ne s'était pas expliqué sur le mode d'envoi des valeurs; il s'était borné, paraît-il (l'arrêt n'est pas très-clair), à demander le retour de la somme par lettre de change. Le dépositaire de la somme expédia une lettre contenant les valeurs sans recommandation; le mandant, dit la cour, n'ayant pas formellement engagé le dépositaire à se servir du moyen de recommandation, le mandataire avait le droit d'en faire le dépôt à la poste par la voie ordinaire; là se bornait l'accomplissement du mandat officieux dont s'était chargé le dépositaire; on ne pouvait donc le déclarer responsable du détournement de la lettre. Toutefois l'arrêt

(1) Paris, 11 août 1842 (Daloz, au mot *Mandat*, n° 226, 2°).

ajoute : « Du moment qu'il était constant que l'administration de la poste avait été chargée de l'expédition. » Ceci est un point essentiel ; il ne suffit pas que le mandataire affirme qu'il a remis la lettre à la poste, il faut qu'il le prouve. Dans l'espèce, la déclaration du mandataire avait été vérifiée et trouvée exacte ; il était donc prouvé que la lettre avait été mise à la poste à telle date pour telle destination (1). A la rigueur, on aurait encore pu exiger la preuve que la lettre confiée à la poste contenait les valeurs, et cette preuve ne s'obtient que par l'affranchissement. C'est la mesure que la prudence commande au mandant ; mais il aurait mauvaise grâce d'imputer au mandataire de n'avoir pas été prudent, quand lui-même a donné l'exemple de l'imprudence. Nous ne connaissons aucun arrêt qui, dans le silence du mandat, ait imposé au mandataire la preuve que la lettre expédiée renfermait les valeurs qu'il était chargé d'envoyer par la poste.

Les circonstances du fait ont une grande influence dans ces débats (2). Un commissionnaire de Marseille, ayant vendu des soieries pour le compte de son commettant de Bâle, son client ordinaire, lui envoya, le 6 mars, un mandat de 9,000 francs, sur la Banque de France, venant à échéance le 8 mars. La lettre qui renfermait ce mandat, non chargée ni recommandée, ayant été déposée dans l'une des boîtes supplémentaires de Marseille, fut soustraite par un voleur qui força la boîte, laquelle ouvrait sur la rue. Le voleur ayant touché le mandat le 8 mars, le mandant actionna le commissionnaire. Celui-ci, déchargé par le premier juge, fut condamné en appel, non pas pour avoir envoyé le mandat dans une lettre non chargée ni recommandée, mais pour l'avoir déposée dans une boîte supplémentaire ouvrant sur la rue, au lieu de la jeter à la boîte centrale, et d'avoir omis d'aviser le commettant de l'envoi par une lettre séparée. Sur le pourvoi, la cour prononça un arrêt de rejet, motivé sur ce que la cour d'Aix avait déclaré le commis-

(1) Paris, 18 mai 1850 (Daloz, 1850, 2, 153).

(2) Dijon, 17 avril 1873 (Daloz, 1875, 2, 167). La cour induit des circonstances de la cause que le mandataire avait agi avec le consentement tacite du mandant, de sorte que la responsabilité retombait sur celui-ci.

missionnaire coupable d'une double imprudence, appréciation qui rentrait dans le domaine exclusif des juges du fond (1).

Un notaire reçoit de l'acheteur d'un immeuble une somme de 9,500 francs, avec mandat exprès de l'employer à payer les créanciers inscrits d'après l'ordre hypothécaire. Au lieu d'attendre qu'il y eût un ordre amiable ou judiciaire, le mandataire se fit lui-même juge du mérite et du rang des inscriptions ; il paya certains créanciers, sans obtenir mainlevée de la part des autres ; de plus, il négligea, dit la cour de cassation, contrairement à la prudence la plus vulgaire, de se faire délivrer par les créanciers désintéressés des quittances subrogatives au profit du mandant. Il advint que des créanciers postérieurs furent colloqués dans un ordre judiciaire sans que l'acheteur pût, faute de subrogation, se prévaloir des paiements faits aux créanciers antérieurs ; par suite, il se trouva dans l'alternative ou de délaisser l'immeuble, ou de payer une seconde fois. La cour conclut que le notaire, s'étant mal acquitté de son mandat, devait réparer le préjudice qu'il avait commis par sa faute (2).

480. Il y a des imprudences plus impardonnables. Un notaire est chargé de recevoir le prix d'une vente. Il remet ce prix, sans en retirer quittance, à une servante du vendeur, qui le détourne à son profit. Il a été jugé que le notaire était responsable de ce détournement à l'égard de l'acheteur, forcé de payer une seconde fois. Il y avait cependant un motif de douter, dans les circonstances de la cause, c'est que le versement des fonds avait eu lieu en présence du mandataire de l'acheteur ; c'était au mandataire, disait le notaire, à requérir quittance, puisqu'il était chargé de veiller aux intérêts du mandant. La cour d'Agen répond que le notaire devait retirer quittance en remettant les fonds ; que sa négligence, en ne le faisant pas, était de titre notoire ; ce sont les expressions du jugement dont la cour

(1) Rejet, 10 août 1870 (Daloz, 1871, 1, 332).

(2) Rejet, 10 février 1875 (Daloz, 1875, 1, 450). Comparez Dijon, 18 juillet 1873 (Daloz, 1875, 2, 22).

s'appropriés les motifs. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

481. La loi dit que la responsabilité du mandataire non salarié est moins rigoureuse que celle du mandataire qui reçoit un salaire. On s'est parfois prévalu de cette disposition pour s'excuser des fautes les plus grossières. La jurisprudence n'a pas écouté ces mauvaises excuses qui aboutiraient à une violation de la loi. Un négociant se charge de faire accepter une traite, et, en cas de non-acceptation, de la faire protester. Il répond au mandant que les tirés ont promis d'accepter et qu'ils sont de toute solidité. Il devait exiger l'acceptation dans les vingt-quatre heures de la présentation (code de com., art. 125). Au lieu d'agir comme le mandat et la loi lui en faisaient un devoir, il reste dans l'inaction pendant quinze jours. La cour signale encore d'autres faits d'incurie et de négligence. Pour s'excuser, le mandataire alléguait l'oubli et se retranchait derrière la disposition de l'article 1992. La cour répond que le code suppose une gestion dans laquelle le mandataire n'a pas montré une extrême vigilance, et que, dans l'espèce, le mandataire avait commis une faute inexcusable de la part d'un négociant tant soit peu avisé (2).

N° 4. DE LA SUBSTITUTION D'UN MANDATAIRE.

I. Quand le mandataire peut-il se substituer quelqu'un dans sa gestion ?

482. L'article 1994, qui parle de la substitution, ne répond pas à notre question ; il décide seulement dans quels cas le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion. Il faut distinguer divers cas. Le plus fréquent est celui où le mandat garde le silence ; il n'autorise pas la substitution et il ne la défend pas. On demande si, dans ce cas, le mandataire peut se substituer un autre mandataire. Dans le silence de la convention, il faut appliquer les principes généraux de droit. Or, aux termes de l'article 1237,

(1) Rejet, 13 novembre 1848 (Daloz, 1848, I, 249).

(2) Aix, 23 avril 1813 (Daloz, au mot *Effets de commerce*, n° 288).

« l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. » Cette disposition reçoit son application au mandataire ; il s'oblige à faire, puisque, d'après la définition de l'article 1984, le mandat consiste dans le pouvoir de *faire quelque chose* pour le mandant et en son nom. En donnant ce pouvoir, le mandant considère d'abord les relations d'amitié qui existent entre lui et le mandataire lorsque le mandat est gratuit, mais il a égard aussi à la capacité, au zèle de la personne qu'il charge d'une affaire ; c'est cette considération qui est déterminante dans le mandat salarié. En général, on doit donc dire que le choix de la personne joue un rôle essentiel dans le mandat ; partant, le mandant a intérêt à ce que le mandataire accomplisse lui-même le mandat : est-ce un mandat gratuit, un tiers n'y mettrait pas la sollicitude que l'ami du mandant y aurait mise : le mandat est-il salarié, le tiers n'aurait pas toujours la même aptitude que l'homme de confiance du mandant. Toutefois il n'y a rien d'absolu en cette matière. D'après l'article 1237, c'est une question de fait plutôt que de droit ; tout dépend de l'intérêt du mandant, ce qui est un point de fait ; si la substitution d'un mandataire sauvegarde les intérêts du mandant, celui-ci n'a pas le droit de se plaindre, puisque le but du mandat sera atteint, aussi bien que si le mandataire par lui choisi l'avait exécuté.

483. La question est très-controversée (1). Les auteurs ne sont d'accord sur rien. D'abord on se prévaut de la tradition, soit pour reconnaître au mandataire le droit de substitution, soit pour le lui contester. En cette matière, comme presque toujours, la tradition, c'est la doctrine de Pothier. Quelle est son opinion ? Pothier est toujours d'une clarté admirable, il est donc facile de savoir ce qu'il pense. Il suppose que le mandataire a fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, *quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un*

(1) Voyez, en sens divers, Troplong, n° 446-448 ; Pont, t. I, p. 521, n° 1015. Aubry et Rau, t. IV, p. 645, note 14, § 413.

autre pour la faire; dans ce cas, dit-il, il est évident qu'il a excédé les bornes du mandat et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge pas à propos de le ratifier. En effet, sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. La seule question, continue Pothier, qui peut faire difficulté est de savoir si, lorsque la procuration ne permet expressément, ni ne défend expressément au mandataire de se substituer une autre personne pour faire à sa place l'affaire dont il est chargé, ce pouvoir doit être présumé lui être accordé par la procuration. Voilà précisément notre question. Que répond Pothier? « La décision de la question me paraît dépendre de la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Si l'affaire est de nature que sa gestion demande une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le mandant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avait en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de substituer un autre pour la faire. Mais si l'affaire qui fait l'objet du mandat ne requiert aucune habileté pour la faire, et qu'il soit indifférent au mandant par qui elle soit faite, le mandant doit, en ce cas, être présumé avoir laissé à son mandataire le pouvoir de substituer un autre pour la faire (1). » C'est, à la lettre, la décision que nous venons de donner d'après l'article 1237 : question d'intérêt, donc question de fait.

484. Les auteurs du code ont-ils entendu déroger à l'opinion de Pothier? Il y a eu sur notre question un débat assez long au conseil d'Etat (2). On ne s'entend pas plus sur la signification des travaux préparatoires que sur la tradition : chacun les invoque comme d'habitude. Cambacérès demanda que l'on défendît formellement au mandataire de substituer lorsqu'il n'y était pas autorisé par le mandat. Constatons d'abord que ce système n'était pas celui de Pothier, c'était un principe absolu qui ne tenait aucun compte de la diversité des circonstances. Le consul invoquait l'intention du mandant : il est évident, dit-il, que le mandant qui n'autorise pas le mandataire à substituer

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 99.

(2) Séance du conseil d'Etat, du 5 pluviôse an XII, n° 7 (Loché, t. VII, p. 368).

n accorde sa confiance qu'au mandataire, et non à celui par lequel il veut se faire remplacer. Décision trop absolue, comme Pothier l'avait prouvé. Là-dessus un débat s'engagea entre Treilhard et Cambacérès. Le premier fit une remarque très-juste : la prohibition de substituer, dit-il, aurait des inconvénients pour le mandant lui-même. En effet, le mandataire peut être malade, ou empêché de toute autre manière ; il faut cependant que l'affaire dont il s'est chargé ne souffre pas de cet obstacle, l'intérêt des deux parties l'exige ; le mandant aura d'ailleurs une garantie dans la responsabilité du mandataire, car celui-ci répond du substitué. Tronchet abonda dans ces idées ; pourquoi ne pas permettre au mandataire de se décharger du mandat lorsque les circonstances le réduisent à l'impossibilité d'agir par lui-même? Il ne met pas en péril l'intérêt de celui qui l'a constitué ; c'est assez de le soumettre à l'obligation rigoureuse de répondre de celui qu'il commet à sa place. Dans la pensée de Tronchet, le mandataire devait avoir le droit de substituer pour toute cause légitime. Berlier parla dans le même sens. La proposition de Cambacérès, dit-il, serait très-rigoureuse pour le mandataire, sans être utile au mandant. D'abord, le mandat étant gratuit de sa nature, il ne faut pas faire la loi trop dure à celui qui rend de bons offices. Puis, la loi ne doit pas prescrire des obligations telles que, dans certaines circonstances, il soit presque louable d'y déroger, comme cela arriverait si le mandataire devenait malade au moment même où il devrait agir. Enfin, qu'y a-t-il de mieux que la responsabilité que la substitution impose au mandataire? Si le substitué fait bien, quelle action le mandant pourrait-il avoir? S'il fait mal, le mandataire en répondra. Il y avait une autre réponse à faire à la proposition de Cambacérès, et plus péremptoire, c'est que le mandataire a le droit de renoncer au mandat ; et si on lui défendait de substituer, il ne manquerait pas d'user, le cas échéant, du droit de renonciation. Le consul déclara qu'il se rendait à ces observations.

Que conclure de ce débat? Il ne portait que sur une seule question, la proposition de Cambacérès ; dans la pensée du conseil d'Etat, il ne fallait pas défendre d'une manière

absolue la substitution. Autre est la question de savoir si le mandataire a le droit absolu de substituer, ou si la substitution dépend de l'intérêt du mandant, comme l'enseignait Pothier. Si l'on veut rester fidèle à la pensée du conseil d'Etat, il faut décider que le code ne consacre aucun système absolu, ni interdiction de substituer, ni droit de substituer. La décision dépend des circonstances, c'est-à-dire de l'intérêt du mandant : c'est le principe de l'article 1237.

485. Il y a encore un élément des travaux préparatoires, que les auteurs ont négligé, ce sont les discours du rapporteur et de l'orateur du Tribunal. Le rapporteur était Tarrible, esprit judicieux, qui fournit à Merlin un des articles les plus importants de son Répertoire, celui qui traite des hypothèques. Son rapport sur le titre du *Mandat* est bien fait; il mérite donc que l'on tienne compte de ce qu'il dit sur notre question. Le rapporteur du Tribunal commence par établir que « la confiance du commettant dans le zèle et l'intelligence du mandataire est le fondement sur lequel le mandat repose tout entier. Si, *sans en avoir reçu le pouvoir*, le mandataire prend sur lui de substituer à sa place une autre personne, il paraît avoir trompé la confiance de son commettant et excédé les bornes de son mandat. » Voilà une opinion absolue : est-ce que le code l'a consacrée? Non; Tarrible admet le droit de substitution. « Comme dans presque toutes les affaires qui font l'objet d'une procuration, le mandataire est obligé de substituer d'autres personnes pour l'exécution de quelque partie du mandat, il a paru convenable aux auteurs du projet de généraliser cette faculté et de *tolérer dans tous les cas* qu'un mandataire se substitue une autre personne dans la gestion, lors même qu'il n'en a pas reçu le pouvoir; mais alors le mandant est autorisé à invoquer contre le mandataire la responsabilité de la gestion (1). » La substitution n'est donc pas un droit absolu, puisque le mandataire est responsable de la gestion du substitué. C'est la formule pratique du système de Pothier : la gestion du substitué est-elle utile, il

(1) Tarrible, Rapport, n° 12 (Loché, t. VII, p. 381).

est certain que le mandant n'agira pas, car que demanderait-il? Des dommages-intérêts? Il n'y en a pas. La nullité de ce que le substitué a fait? Ce serait encore une action en dommages-intérêts contre le mandataire, et celui-ci répondrait au mandant qu'il n'y a point d'action sans intérêt.

L'orateur du Tribunal s'exprime dans le même sens : « Non-seulement le mandataire répond de ce qu'il a fait personnellement pour la gestion de l'affaire qui lui était confiée, mais il est de plus garant de la personne qu'il s'est substituée dans l'administration lorsqu'il n'a pas reçu du mandant le droit de transmettre ses pouvoirs à un autre, car alors le mandataire a excédé les bornes de son mandat. C'était à lui seul que le maître de la chose en avait voulu confier le soin; et si, pour sa commodité personnelle, il a remis entre les mains d'un tiers ce qu'il s'était chargé de faire lui-même, il est de toute justice que le mandant ne soit pas victime de cette convention, qui non-seulement lui est étrangère, mais qui s'est même formée contre son vœu et qui ne peut raisonnablement lier que ceux qui l'ont consentie (1). » Bertrand de Greuille ne s'exprime pas avec clarté. Il semble nier que le mandataire ait le droit de substituer; il dit que cette convention n'oblige pas le mandant, et néanmoins il admet implicitement que le substitué a le droit d'agir, car il n'accorde au mandant qu'une action en dommages-intérêts contre le mandataire. Il nous semble que la vraie pensée du Tribunal est celle que Tarrible a développée. La loi ne prohibe pas la substitution, elle la tolère donc; mais ce n'est que pour autant qu'elle ait pour le mandant le même avantage qu'aurait eu l'exécution du mandat par le mandataire; si elle lui est préjudiciable, le mandant aura une action contre le mandataire. La théorie de Pothier conduit à la même conséquence: la substitution n'est valable que si elle équipolle à l'exécution du mandat par le mandataire.

486. Nous arrivons à la conclusion. La loi ne défend pas au mandataire de se substituer un tiers dans sa gestion; dans le silence de la loi, faut-il dire qu'il a le droit

(1) Bertrand de Greuille, Discours, n° 8 (Loché, t. VII, p. 386).

absolu de substitution? Non, la loi ne dit pas cela; ce droit serait en opposition avec la tradition, avec les travaux préparatoires et avec les principes. La difficulté se résout en une question de responsabilité. C'est ce que dit l'article 1994: « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion: 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. » La substitution, quoique faite sans pouvoir, n'est donc pas nulle; mais elle n'est pas non plus valable, en ce sens que le mandant aurait le droit de se décharger du mandat en le confiant à un tiers; il peut renoncer au mandat, voilà son droit; mais cette renonciation doit être pure et simple, il ne peut pas y renoncer par voie de substitution; il reste mandataire malgré la substitution, et répond de la gestion du substitué, comme s'il avait géré lui-même. C'est, en d'autres termes, la doctrine de Pothier: la gestion du substitué est-elle utile au mandant, la substitution est valable, puisque le mandant n'a aucune action contre le mandataire: la gestion du substitué n'est-elle pas profitable au mandant, le mandataire sera responsable, et, de plus, comme nous le dirons plus loin, le mandant a une action directe contre le substitué. Ainsi, quoique dommageable, la substitution n'est pas nulle en ce sens que tout ce que le substitué fait serait frappé de nullité. Ici la loi déroge à la rigueur des principes; dans la doctrine de Pothier, conforme à l'article 1237, il faudrait dire que, le substitué étant sans droit, tout ce qu'il fait est nul. La loi n'admet pas cette doctrine absolue, sans doute dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le substitué; elle maintient les actes du substitué, en donnant une action au mandant contre le substitué et contre le mandataire.

Nous ne connaissons qu'un arrêt qui ait consacré une doctrine absolue; la cour de Gand dit qu'il est de principe que le mandataire ne peut, sous sa responsabilité, se décharger sur un autre de devoirs qui n'étaient confiés qu'à lui personnellement. L'arrêt cite l'article 1994, qui ne dit pas ce que la cour lui fait dire (1). Nous doutons que la rédaction de l'arrêt réponde à la pensée de la cour; elle dit

(1) Gand, 26 mai 1851 (*Pasicrisie*. 1851 2, 318).

que le mandataire ne peut pas se décharger de son mandat sur d'autres; cela est exact, en ce sens que, malgré la substitution, le mandataire est responsable comme si lui-même avait géré.

487. L'article 1994 prévoit encore un second cas: le mandat donne au mandataire le droit de se substituer quelqu'un, mais sans désigner la personne. Quel est, en ce cas, le pouvoir du mandataire? La validité de la substitution ne peut plus être contestée, puisque le mandataire use d'un droit que lui donne le mandat. Mais on demande si le mandataire qui use de ce droit reste mandataire, en ce sens qu'il répond de la gestion comme si lui-même avait géré. L'article 1994 porte que le mandataire répond du substitué quand la personne qu'il a choisie était notoirement incapable ou insolvable. La responsabilité est donc subordonnée à une faute, et à une faute grave: est-ce que dans un contrat de confiance qui implique la capacité et la solvabilité du débiteur, celui-ci peut se décharger de sa mission et de ses obligations sur un tiers qui est *notoirement* incapable et insolvable? Ce n'est pas user d'un droit, c'est en abuser, il y a faute lourde dans cet abus; le mandataire a excédé les limites de son pouvoir, et, par suite, il est responsable. Par contre, il ne sera pas responsable s'il choisit un substitué capable et solvable. Et dire que le mandataire ne répond pas de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, c'est dire qu'il n'est plus mandataire. Ainsi la substitution a pour effet de décharger le mandataire sous la condition qu'il n'y ait aucune faute à lui reprocher. Cela se comprend. Le mandant autorise le mandataire à substituer; il l'autorise donc à se décharger de l'affaire qui lui a été confiée sur le tiers qu'il se substitue; dès lors le mandataire cesse d'être tenu, car il n'était tenu qu'à raison d'une gestion qu'il n'a plus (1).

Il y a une grande différence entre cette seconde hypothèse et la première. Quand le mandat ne donne pas au mandataire le pouvoir de substituer, la substitution qu'il fait est un second mandat ou un sous-mandat qui intervient

(1) Comparez Pont, t. I, p. 526. n° 1021.