

La raison en est que, dans cette matière autant et plus que dans toute autre, on s'attache à la règle *Initium est inspiciendum*. Le jurisconsulte Paul en donne le conseil (1). Il veut qu'on recherche avec quelle volonté le gérant a pris l'initiative de l'affaire. Or, le gérant n'était pas *ab initio* un véritable mandataire, et l'approbation qui lui est donnée après coup ne peut lui conférer ce caractère.

A la vérité, la ratification produit un effet rétroactif qui la fait comparer au mandat (2). C'est pourquoi Accurse a soutenu que lorsque le gérant est approuvé, l'action est l'action de mandat et non pas celle de gestion d'affaire. Mais Cujas a signalé son erreur, en s'étonnant qu'un esprit si exercé se soit trompé en un sujet si facile, *in re facillimâ* (3). Que veut-on en effet que fasse la ratification dans des agissements où elle est entièrement inutile et où elle n'ajoute rien à l'obligation résultant du fait officieux? Est-ce que le gérant a besoin d'une approbation que lui donnent le droit naturel et la loi écrite? Et comment, dès lors, peut-

(1) L. 15, D., *Negot. gest.* (lib. 9, *ad edict.*).

(2) Ulp., l. 60, D., *De reg. juris.*

(3) Sur la loi 6, § 40, D., *De neg. gestis*, dans son com. du 3<sup>e</sup> livre du Dig. de Julien. Quoi que dise Cujas de la facilité de cette question, elle a beaucoup exercé les interprètes. V. Hiliger sur Doneau, t. 4, p. 129, notes; Huber, sur le Digeste, *De negot. gestis*, n<sup>o</sup> 5; Voët, *De neg. gest.*, 14, et autres auteurs cités par eux.

MM. Delamarre et Lepoitevin ont une opinion qui reproduit celle d'Accurse (t. 1, n<sup>o</sup> 187, p. 296, note (1)).

*Infrâ*, n<sup>o</sup> 619.

on supposer que le maître, en approuvant ce qui se fait, a voulu et pu changer le caractère de l'agissement et le transformer en mandat? Une telle hypothèse n'est pas admissible. Il faut donc laisser la maxime que *la ratification est un vrai mandat* pour les cas où la ratification est nécessaire pour la décharge de l'agent. Mais elle n'est d'aucune considération alors que la ratification est sans utilité; dans ce cas, la connaissance des faits de gestion, acquise après coup par le maître, n'empêche pas l'agissement de rester ce qu'il était *ab initio*, c'est-à-dire une simple gestion d'affaires.

Eh bien! c'est à une connaissance pareille à celle dont nous venons de parler que fait allusion l'art. 1372 du C. c.; il ne s'en occupe que dans le sens des lois romaines, c'est-à-dire dans le sens d'une connaissance acquise après coup, d'une connaissance qui se porte sur des faits gérés *ab initio* sans mandat; et l'on renverserait tous les principes de la matière si l'on donnait à la phrase incidente qui la mentionne par forme énonciative une portée plus grande. Quelle est en soi la pensée dominante de l'art. 1372? C'est de faire bien entendre que le gérant doit continuer et parachever l'affaire jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même; et, pour rendre cette obligation aussi formelle que possible, l'art. 1372 déclare qu'elle a lieu soit que le propriétaire ait connu la gestion, soit qu'il l'ait ignorée; précaution sage, car le gérant aurait pu prendre prétexte de cette connaissance pour désertir prématurément son entreprise, et il ne faut pas que son obli-



gation soit subordonnée à la connaissance ou à l'ignorance du propriétaire (1). Mais cette connaissance, que l'art. 1372 suppose possible, est celle que les lois romaines nous montrent compatible avec le quasi-contrat *negotiorum gestorum*; c'est évidemment celle qui arrive après coup et tardivement, et laisse à l'agissement son caractère initial; et l'on ne peut, sans abus d'interprétation, l'étendre à la connaissance qui précède ou accompagne le commencement de la gestion, qui l'autorise à son début par un silence approbateur, et équivaut à un mandat (art. 1578). Les orateurs du gouvernement et du Tribunat ne laissent pas de doute à cet égard. M. Treilhard, par exemple, suppose l'absence ou l'ignorance du maître au moment où le gérant a pris son affaire en main (2). M. Bertrand de Greuille sous-entend d'une façon non moins positive que la connaissance du maître est celle qui arrive lorsque les choses ne sont plus entières (3).

Je dis donc qu'il n'y a rien de changé dans notre législation moderne ni sur le mandat tacite, ni sur la gestion d'affaires; nos textes doivent s'interpréter par les respectables enseignements de la loi

(1) M. Tarrille sur l'art. 1372. (Fenet, t. 13, p. 483.)

(2) Fenet, t. 14, p. 466, « Si c'est une action louable de prendre en main l'affaire d'UN ABSENT, etc. »

(3) Le propriétaire de la chose, s'il ignore la gestion, ne peut éclairer celui qui s'en est librement chargé, et s'il vient à le connaître, etc.

Fenet, t. 14, p. 471.

romaine et par les sages applications de notre ancienne jurisprudence. Toutes ces modifications dont nous parlent certains livres modernes ne sont que des illusions; la vérité est que le mandat tacite a dans notre Code civil la même place que dans l'ancien droit. J'ai cité les art. 1578, 1922, 1998, d'où il ressort solennellement. On le trouve admis à chaque instant dans la matière des sociétés (1), du cautionnement (2); et la pratique des plus nombreux arrêts, se mettant au-dessus des erreurs de la théorie, lui attribue les mêmes droits et la même autorité qu'au mandat exprès.

132. Je prévois cependant une objection et je me hâte d'y répondre. J'ai dit, dans mon commentaire des *Sociétés* (3), que l'art. 1834 du C. c., expression du droit commun en matière de preuve des conventions, entraîne la chute des anciennes sociétés *taisibles* ou tacites, si fréquentes au moyen âge. S'il en est ainsi, pourquoi l'art. 1985, qui n'est pas moins conforme au droit commun, qui ne reproduit pas avec moins de force les principes généraux relatifs à la preuve des conventions, n'aurait-il pas aboli également, et par identité de motifs, le mandat tacite des lois romaines et de notre ancienne jurisprudence?

(1) Arg. de l'art. 1850, et mon com. des *Sociétés*, t. 2, nos 712, 714; arg. des art. 1862, 1864, et mon com. de ces articles: *Société*, t. 2, nos 807, 808.

(2) Mon com. du *Cautionnement*, n° 17, et Pothier, *Oblig.*, n° 367.

(3) T. 1, n° 198.



Voici la solution de ce doute : les sociétés tacites étaient une institution coutumière qui jouissait du privilège, inhérent à son essence, d'être dispensée de la preuve écrite, et de se manifester juridiquement par la preuve testimoniale. Si on appelait ces sociétés du nom de taisibles, c'est parce qu'elles découlaient de certains faits auxquels la loi attribuait de plein droit le caractère de société (1), de certains faits, dis-je, que la loi, la loi seule, la loi elle-même, qualifiait du nom de société. Le C. c. a étendu et généralisé l'abolition de ces sociétés légales (si je peux parler ainsi), commencée par l'ordonnance de Moulins. Il a refusé à ces sociétés coutumières le privilège de se soustraire au droit commun et de se déclarer juridiquement par la preuve testimoniale. Il a voulu qu'elles subissent l'influence des dispositions édictées sur la preuve des conventions. Mais de là il ne suit pas que le C. c. ait défendu aux juges de prendre en considération les faits avoués, constants, palpables, indépendamment de toute preuve orale, desquels ressort virtuellement la preuve d'une société réelle, quoique non écrite. En ce sens, les sociétés tacites n'ont pas été plus atteintes par la loi moderne que les reconductions tacites et les mandats tacites. Ce que l'art. 1834 du C. c. a entendu faire, c'est d'effacer des associations qui revendiquaient en quelque sorte le caractère de la communauté légale entre époux, qui résultaient de plein droit de certains

(1) V. les coutumes rapportées dans mon com. de la *Société*, t. 1, n° 197.

faits précisés par les coutumes et toujours susceptibles d'être établis par la preuve testimoniale (1).

133. Venons maintenant à la jurisprudence sur le mandat tacite. On a parlé de quelques arrêts (2), mais on ne les a pas cités avec exactitude. L'arrêt de la chambre des requêtes du 25 janvier 1821, au rapport de M. Lasagni, est rendu en matière commerciale, et non pas en matière civile. De plus, la Cour établit que, d'après la déclaration des juges de la cause, le mandat en question n'était pas tacite, qu'il était exprès et résultait autant des aveux que des faits du mandant (3).

C'est aussi en matière commerciale qu'est rendu l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 avril 1822; et, en lisant avec attention les faits de la cause, on voit que la preuve du mandat avait été tirée par la Cour royale d'Amiens, non pas seulement des faits, mais encore d'un interrogatoire subi par le mandant (4).

Ces arrêts ne sont donc pas ceux que l'on peut invoquer pour déterminer le sens exact de l'article 1985.

Mais voici ceux qui règlent ce point de droit dans le sens de notre opinion :

(1) Si j'ai dit, au n° 207 de mon com. de *Société*, quelques paroles de nature à ne pas présenter cette vérité dans tout son jour, je les explique ici.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 219.

M. Zacchariæ, t. 3, p. 123, note (2).

(3) Devill., 6, 1, 372.

(4) Devill., 7, 1, 48.



Un notaire reçoit une somme de 84,000 fr. des mains de quelqu'un qui veut la prêter à intérêt; le prêt est contracté quelques jours après dans l'étude du notaire: le notaire a-t-il été dépositaire ou mandataire? Si on soutient qu'il est mandataire, où est la preuve écrite ou verbale de ce mandat? Il n'y en a pas. Mais du moins ne pourra-t-on pas s'emparer des faits reconnus constants pour en tirer la preuve d'un mandat tacite? Oui! et c'est ce qu'a décidé un arrêt de la chambre des requêtes du 3 décembre 1835, sur les conclusions du très savant et très regrettable M. Nicod, avocat général (1). Le fait qui, dans l'espèce, avait servi de point de départ aux inductions de la Cour royale, était la réception des 84,000 fr. par le notaire avant que les parties ne fussent en présence, avant que le prêt ne fût stipulé; et la Cour de cassation déclare que la Cour royale n'a pu violer aucune loi en voyant *dans ce fait* la preuve d'un mandat.

Cet arrêt est d'autant plus important qu'il décide ponctuellement une question qu'un arrêt de la même chambre, du 2 décembre 1824, n'avait pas abordée aussi franchement, car elle avait cru devoir mêler au mandat tacite une gestion d'affaires (2). Voici le fait: on prétendait que le notaire Gaume, de Besançon, avait donné à ses deux clercs un mandat tacite pour recevoir les versements qui

(1) Dalloz, 36, 1, 17, 18.

*Suprà*, n° 24.

(2) D., 25, 1, 20. Devill., 7, 1, 576.

seraient faits par plusieurs individus associés entre eux contre les chances du recrutement, et présider à cette assurance mutuelle. Des versements avaient été opérés entre les mains des clercs, et l'un d'eux les avait dissipés. Gaume soutint que cette affaire ne le concernait pas, qu'on ne représentait aucun mandat émané de lui, que ses clercs étaient seuls responsables. La Cour royale de Besançon ne le comprit pas ainsi: elle consulta les faits et les antécédents; elle établit que les quittances avaient été données, *au nom de Gaume*, par ses deux clercs; que, d'après la confiance donnée par Gaume à ses deux clercs, d'après la manière dont les paiements avaient été effectués et l'association organisée, il était évident que les deux clercs étaient *mandataires suffisamment autorisés, quoique tacitement*, pour une affaire à laquelle *des affiches publiques avaient invité les tiers au nom de Gaume*;... qu'il y avait eu *mandat tacite* donné par Gaume à ses clercs.

Cet arrêt (1), qui pose avec tant de précision et d'énergie la doctrine du mandat tacite, fut déféré à la Cour de cassation. On soutint qu'il devait être cassé, parce que la Cour royale avait admis un *mandat tacite* d'après de *simples présomptions* inadmissibles dans une matière où la preuve testimoniale n'était pas recevable d'après les articles 1341, 1347, 1358 C. c. combinés.

La chambre des requêtes rejeta le pourvoi; et, tout en admettant le mandat tacite, dont la Cour

(1) M. Devilleneuve lui donne la date du 20 août 1823.



royale s'était occupée exclusivement, elle crut devoir ajouter que Gaume avait été *gérant des intérêts des sociétaires* et responsable du déficit occasionné par le *fait des gens PRÉPOSÉS PAR LUI*. Je dis qu'elle admit le mandat tacite, puisque, sans s'arrêter au système de Gaume qui soutenait que les clerks de son étude n'étaient pas ses mandataires pour l'opération en question; sans attacher aucune importance à la théorie de droit par laquelle Gaume cherchait à leur enlever la qualité de mandataires, elle déclara, ainsi que la Cour l'avait fait, qu'ils étaient *gens préposés par lui*; donc ils étaient ses mandataires tacites; donc il y avait un mandat particulier qui leur avait été donné pour cette affaire spéciale. Car, en thèse ordinaire, si un clerk est préposé de droit du notaire pour recevoir les pièces et les frais d'enregistrement, il ne l'est pas pour les dépôts d'argent sans une autorisation (1).

Un arrêt de rejet de la chambre civile, du 19 mars 1845 (2), offre la même absence de netteté dans sa rédaction, à côté d'une signification non moins décisive dans le fond.

Le notaire Becq avait été déclaré, par arrêt de la Cour royale de Douai, du 2 décembre 1840, responsable d'un prêt imprudemment conclu par lui en qualité de mandataire des prêteurs. D'où la Cour royale avait-elle fait résulter cette qualité de man-

(1) *Id.*

(2) Devill., 45, 1, 262.

dataire? Elle l'avait tirée *des faits de la cause*; et je n'ai pas besoin de dire quel était le champ de bataille du pourvoi. Sur le premier plan de son attaque il mettait la violation des principes du Code civil sur la preuve des obligations, et la création d'un mandat tacite, démenti par les qualités que Becq avait prises et contraire aux énonciations des actes. Puis, il essayait de prouver que, même en fait, les circonstances repoussaient l'idée d'un mandat. Le prêt avait été stipulé par le prêteur en personne; ce prêteur avait comparu *nomine proprio*; Becq ne pouvait donc avoir été qu'un simple conseil.

Malgré ces raisons, le pourvoi fut rejeté. Il est utile d'étudier les motifs de cet arrêt.

Dans son premier considérant, il cite l'art. 1372 du C. c. relatif à la gestion d'affaires; il rappelle que la gestion volontaire des affaires d'autrui est entièrement du ressort de la preuve testimoniale, et par-là il paraît tourner, plutôt qu'aborder de front, la thèse de la Cour royale; il fait une concession à la théorie de M. Toullier. Mais bientôt il se replie d'un autre côté; le mandat proprement dit revient en scène; Becq est qualifié du nom de *mandataire*, et l'arrêt déclare en toutes lettres que la Cour royale a pu, en appréciant les faits, en tirer la conséquence que *Becq s'était constitué lui-même le mandataire de Petitbon*. Mais qu'est-ce à dire? Si Becq a été un mandataire, il n'était donc pas un *negotiorum gestor*; car le mandataire tient ses pouvoirs d'un contrat, et le *negotiorum gestor* n'agit qu'en vertu d'un quasi-contrat. Pourquoi donc citer en commençant l'art. 1372 du C. c.? Pourquoi cette digression sur



la gestion d'affaires dans une espèce où l'agissement est celui d'un *mandataire* ?

Mais allons plus loin.

Il y a des mandats dans lesquels on s'interpose spontanément ; il y en a d'autres qu'on ne fait qu'accepter après que le mandant a pris l'initiative du *rogo*. Dans le premier cas, l'offre de service précède la procuration ; dans le second, c'est la procuration qui ouvre la négociation. Là, la procuration est le conséquent ; ici, elle est l'antécédent (1).

Or, le notaire Becq était l'un de ces mandataires qui s'interposent spontanément. Ce n'était pas la procuration de Petitbon qui était venue le trouver, les choses étant encore entières, et le solliciter d'agir ; c'était lui qui avait pris l'initiative et offert sa médiation. Il avait *indiqué à Petitbon les emprunteurs* ; il avait *donné l'assurance qu'ils étaient solvables* ; en un mot, il *s'était spontanément interposé* ; et, finalement, *c'était par son intermédiaire que le prêt hypothécaire s'était réalisé*.

Ajoutons que si Becq avait été le promoteur de l'affaire, Petitbon, son client, n'était pas resté étranger aux agissements intervenus ; car Becq avait communiqué avec lui pour tout ce qui avait été fait ; il lui avait *indiqué les emprunteurs* ; il lui avait *donné l'assurance qu'ils étaient solvables*. Par suite, Petitbon avait consenti à tout ; il avait été présent à l'acte de prêt ; il avait stipulé en son nom ;

(1) *Suprà*, n° 112.

il avait livré les fonds. De telle sorte que, bien que le prêt eût été réalisé par l'intermédiaire de Becq, il n'en est pas moins vrai que Petitbon avait tout ratifié par sa présence et son acceptation formelle.

Ainsi, l'agissement offrait la réunion de deux termes nécessaires pour constituer le contrat de mandat : consentement du mandant, consentement du mandataire ; bien plus, exécution par ce dernier, approbation par l'autre. Seulement, l'affaire, au lieu d'avoir été entamée par le mandant, comme cela a lieu le plus souvent, avait été entamée par le mandataire, en ce sens que le notaire en avait fait la proposition à son client, dont l'acceptation avait autorisé ses actes.

Eh bien ! entre ces deux manières de conclure un mandat, l'une qui commence par la procuration, l'autre qui finit par elle, la Cour de cassation fait une distinction. Lorsque le pouvoir d'agir vient trouver le mandataire qui l'accepte, c'est le cas précis de l'art. 1985 du C. c., et là s'appliquent les prohibitions de l'art. 1341. Mais lorsque le mandataire s'interpose spontanément et qu'il se constitue lui-même mandataire, alors admissibilité de toutes les présomptions humaines qui résultent des faits reconnus constants.

Bien des observations peuvent être faites sur cette distinction.

Où en est d'abord l'utilité ? Dans tous les mandats tacites, c'est-à-dire dans tous les cas où la procuration n'est pas représentée, les faits peuvent être ramenés à la seconde branche de la distinction



de l'arrêt du 19 mars 1845 ; il y aura toujours un mandataire qui se sera lui-même constitué tel. La preuve par induction sera donc toujours admissible.

Où en est le fondement ? Est-elle dans la différence qui existe entre le mandat proprement dit et la gestion d'affaires ? L'arrêt a-t-il voulu dire que la première branche de la distinction offre seule le type du vrai mandat, tandis que la seconde rentre dans le cas de la *negotiorum gestio* ? Mais, s'il en était ainsi, l'arrêt aurait-il donné à Becq la qualification positive de *mandataire* ? Et puis, comment réduire au simple rôle de *negotiorum gestor* celui qui agit, non pas seulement au vu et su du maître, mais en lui communiquant tous ses actes, en le tenant au courant de tout ce qui se passe, en procédant de concert avec lui, en le faisant comparaître personnellement pour ratifier ce qu'il a fait (1), continuer ce qu'il a commencé, conclure l'œuvre qu'il a conçue et conseillée ?

Notez ensuite que l'affaire entreprise par Becq n'était pas de celles dans lesquelles on peut s'entremettre sans avoir besoin de ratification (2). Il s'agissait d'un prêt hypothécaire qui ne pouvait se soutenir que par le consentement du maître, et qui sans sa ratification aurait été un énorme abus de pouvoir. Or, en pareil cas, la ratification a un effet rétroactif (3) ; elle équivaut à un mandat :

(1) *Infrà*, n° 780.

(2) *Suprà*, n° 124.

(3) *Suprà*, n° 124.

*Infrà*, nos 617 et 619.

*ratihabitio mandato æquiparatur*. Donc, en supposant que Becq se fût immiscé sans mandat préalable dans les affaires de Petitbon, la ratification de ce dernier (si claire, du reste, et si positive) avait transformé la gestion d'affaires en mandat.

La *negotiorum gestio* disparaissait donc de tout côté dans cette cause ; le mandat, au contraire, en dominait tous les aspects. Et comme la ratification, qui, en définitive, était la plus grande preuve de ce mandat, peut toujours être tacite (1), il est évident que la question posée devant la Cour de cassation, et tendant à faire décider que le mandat ne peut résulter des faits, était frivole et insoutenable. On regrette que l'arrêt de rejet, trouvant sur son chemin la doctrine de M. Toullier, qui faisait l'appui du pourvoi, ait eu pour elle tant de courtoisie, au lieu d'en faire la justice qu'elle mérite.

Je le répète donc : peu importait que Petitbon n'eût pas donné *ab initio* un mandat à Becq ; peu importait que Becq se fût, spontanément et de lui-même, constitué le mandataire de Petitbon ; Becq était devenu un mandataire approuvé et consenti. Le fait de Petitbon avait nécessairement retiré l'agissement du cercle des quasi-contrats ; il l'avait placé sous l'égide d'un consentement réciproque ; il en avait fait un vrai contrat : *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Il n'y a pas d'autorité au monde qui puisse ébranler des vérités si palpables, et je n'oserais dire ce que je pense de l'erreur de ceux qui n'en apercevraient pas l'éclat.

(1) Art. 1998. *Infrà*, n° 618.



Becq était donc mandataire ; le mot est écrit dans l'arrêt du 19 mars 1845 ; et, quelles que soient les observations critiques dont cet arrêt peut être l'objet dans quelques-unes de ses parties, il n'en juge pas moins (et c'est en cela que nous l'approuvons) que tout mandat de la nature de celui dont Becq était investi peut résulter des faits. Gardons-nous de croire surtout que, dans cet agissement pour autrui, Becq était plutôt un *negotiorum gestor* qu'un vrai mandataire. Les savants auteurs du Code civil n'auraient pas compris le premier mot de la gestion d'affaires s'ils eussent rédigé dans ce sens leur art. 1372!! Et quant à l'arrêt du 19 mars 1845, bien que, par une condescendance trop grande pour un préjugé répandu dans quelques livres modernes, il flotte avec une sorte d'indécision entre la gestion d'affaires et le mandat, c'est le mot de *mandataire* qui est le bon ; c'est lui qui doit prévaloir ; c'est lui qui explique rationnellement une solution incompréhensible sans son secours.

Quoi qu'il en soit, tous les doutes disparaissent quand on lit un arrêt de la chambre des requêtes, du 24 mars 1830, dans lequel le *mandat tacite* se trouve expressément dénommé et approuvé (1), et un autre arrêt du 23 mars 1831 (2) qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour royale de Paris qui avait déclaré, par voie d'induction, l'existence d'un mandat tacite, attesté soit par la *silence*

(1) D., 31, 1, 29.

(2) D., 31, 1, 169.

et l'inaction des prétendus mandants, soit par d'autres faits reconnus constants, indépendamment de toute représentation d'un mandat écrit. J'insiste encore sur un arrêt de la même chambre, du 10 juin 1841, au rapport de M. Jaubert, qui déclare que le mandat peut s'*induire de certaines circonstances* (1) ; sur un autre arrêt, au rapport du même magistrat, du 20 juin 1842, qui assimile au mandat tacite, l'acte par lequel on approuve *expressément* ou *tacitement* ce qui a été fait en son nom (2).

A l'appui de cette jurisprudence, je cite un arrêt de la Cour de Toulouse, du 30 mai 1829, qui mérite d'être consulté. Il s'agissait aussi d'un notaire et d'un cas de responsabilité pour prêt. Le prêteur voulait établir que le notaire n'était pas seulement le rédacteur de la volonté des parties, mais qu'il avait reçu un mandat pour faire le prêt, mandat qui faisait retomber sur lui les conséquences funestes d'un défaut de solidité dans le placement. Aucun mandat écrit n'était représenté, et la somme était trop considérable pour que la preuve d'un mandat verbal fût admissible. Mais le prêteur articulait des faits desquels résultait pour lui la preuve évidente d'un mandat tacite. Si la Cour royale eût pensé que le mandat tacite était rayé de nos lois, elle aurait repoussé de pareilles prétentions ; mais son arrêt les accueille, et l'on va voir comment elle met à la place du mandat

(1) D., 41, 1, 281.

(2) V. les arrêts rapportés par Dev., 45, 1, 262 (note.)