

seule capacité pour les retirer de l'entrepôt, pouvait prouver, par des présomptions humaines équivalant à la preuve testimoniale, la qualité de mandataire de Massot jeune. La maison Oppermann ayant nié cette qualité, et prétendant que l'entrepôt de la ville était responsable d'une remise faite à une personne sans qualité, le tribunal de première instance, par jugement du 6 juillet 1827, décida que la ville de Paris, enchaînée par les articles 1347, 1353 et 1985 du Code civil, ne pouvait trouver dans les présomptions humaines qu'elle invoquait un refuge que la preuve testimoniale était impuissante à lui procurer. Mais, sur l'appel, un arrêt de la Cour royale de Paris, du 24 janvier 1829, donna gain de cause à la ville et reconnut l'existence d'un *mandat verbal*, attesté par la connaissance, le silence et l'inaction de la maison Oppermann, alors que des actes d'exécution auraient dû lui faire élever la voix; par l'approbation qu'elle était censée donner par-là à toutes les dispositions de Massot.

Et, sur le pourvoi, un arrêt de la chambre des requêtes, du 23 mars 1831, rejeta la requête, en se fondant, entre autres motifs, sur ce que la maison Oppermann avait profité des opérations de Massot, et que *cette approbation du mandat en établit nécessairement la préexistence* (1). Je ne dis pas que ces arrêts aient précisément jugé la question de preuve testimoniale; car je les accepterais même entre parties

(1) D., 31, 1, 149.

contractantes; mais du moins on voit combien ils font contraste avec le rigorisme du tribunal de première instance.

Mais revenons à la preuve entre contractants.

146. Admettons-nous la preuve testimoniale pour prouver, sinon la procuration, du moins l'acceptation du mandat et les faits d'exécution?

Il faut distinguer.

Lorsque l'acte de procuration est représenté, ou lorsqu'il est reconnu et avoué qu'un mandat a été donné et reçu, le mandant peut certainement être admis à prouver par la preuve testimoniale les faits d'exécution dont il prétend faire résulter le principe d'une action contre le mandataire. Réciproquement, le mandataire peut, dans la thèse posée, prouver par la preuve testimoniale qu'il s'est livré à des actes d'exécution qui engagent la responsabilité du mandant à son égard. Dans ces deux cas, de quoi s'agit-il? De la preuve d'une convention? Non; mais de l'exécution d'une convention préexistante et non contestée.

Mais si l'existence du mandat était problématique, et que l'une ou l'autre des parties demandât à prouver oralement des faits que l'on qualifierait d'actes d'exécution, pour arriver, par cette voie détournée, à la preuve même de la convention, on devrait être repoussé. Avant de donner à ces faits le nom d'actes d'exécution, il faudrait établir l'existence antérieure du contrat auquel ils se rattachent et duquel ils découlent. Or, on n'a pas la preuve de cette existence; et si l'on aspire à se la procurer par la preuve des faits articulés, on tourne

dans un cercle vicieux. On ne fait pas attention qu'on n'exécute une convention qu'autant que cette convention existe ; que si elle n'existe pas, l'exécution alléguée n'est qu'un vain mot, et que la preuve des faits n'est en réalité que la preuve de la convention elle-même, preuve interdite par la loi.

On ne sera donc pas reçu à faire la preuve, en tant que se référant à l'existence d'une convention.

147. Mais on pourra toujours prouver qu'on a agi comme *negotiorum gestor*. Car la gestion d'affaires est un quasi-contrat, dont la preuve est indépendante des preuves requises en matière de convention.

148. L'acceptation tacite résulte de la réception de l'acte de procuration entre personnes présentes, sans protestation, ni réserve, ni contradiction. Vainement opposerait-on la décision d'Ulpien qui, dans la loi 8, § 1, au D., *De procurat.*, enseigne qu'il n'est pas nécessaire que le procureur constitué contredise la constitution, et qu'il est censé ne pas accepter tant qu'il n'a pas consenti, tant qu'il a gardé le silence. Mais ce texte n'est pas applicable à notre espèce, où au silence du mandataire se joint le fait de la réception et de la rétention du mandat remis entre ses mains. Ce fait de la rétention est une circonstance grave et significative, qui n'existe pas dans l'hypothèse d'Ulpien (1). Ainsi, je vous remets

(1) Merob. est aussi de cet avis, lib. 6, c. 99, n° 55. *Infrà*, n° 344.

en main ma procuration en vous disant que je pars pour un voyage ; vous la recevez sans me rien dire et la gardez. Votre acceptation est certaine et votre responsabilité est dès lors engagée (1).

149. *Quid* si je vous ai envoyé ma procuration par lettre, et que vous ne m'avez pas écrit pour me dire que vous l'acceptez ou la répudiez ? Les opinions sont partagées. Le célèbre canoniste Abbas, Jason, Cravetta, Menochius (2), soutiennent qu'il y a une acceptation non équivoque. Votre silence, dit Menochius, n'est pas ici la circonstance à elle seule décisive. Il y a encore le fait de la réception, qui est *actus positivus et unà cum taciturnitate arguit eum consensisse constitutioni*.

Toutefois, Pothier remarque avec raison que la rétention de la procuration par la personne à laquelle elle a été envoyée peut n'avoir été que l'effet de la distraction, de l'oubli, de la préoccupation d'affaires plus importantes, et qu'il faut laisser à l'arbitrage du juge à décider, par les circonstances, si le défaut de renvoi de la procuration fait présumer, oui ou non, une acceptation tacite (3).

Ce tempérament nous semble juste ; il est de la prudence des magistrats d'y avoir égard.

150. A plus forte raison n'y a-t-il pas d'accep-

(1) Pothier, 32.

M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Compte courant*, § 1 ; le pape Clément V dans ses *Clem.*, c. 4, *De procurat.*

(2) *De præsumpt.*, lib. 6, c. 99, nos 23 et 24. Je cite Abbas, Jason et Cravetta d'après lui.

(3) N° 33.

tation dans le cas où, sans envoyer de procuration formelle à la personne absente, on se borne à la prier de se charger d'une affaire par une lettre missive à laquelle elle ne répond pas (1). Cette espèce rentre dans celle d'Ulpian (2); elle reçoit la même solution.

151. Cependant il faut remarquer, avec Pothier, que si la personne à qui cette prière a été adressée faisait son état de gérer les affaires d'autrui, comme un procureur *ad lites*, on présumerait facilement une acceptation par suite du défaut de réponse (3).

152. Il en serait de même du commissionnaire. Je vous écris, à vous, commissionnaire aux assurances, pour vous prier d'assurer mon bâtiment qui va partir pour Naples; vous ne me répondez rien. Ma lettre qui, s'adressant à une personne dont la fonction est de prendre des assurances, est plus qu'une prière, et constitue un vrai mandat, a été reçue par vous. Le devoir de votre charge est d'agir, sans perte de temps, conformément aux ordres qui vous sont transmis, et vos correspondants sont en droit d'espérer que vous ne négligerez pas le soin de leurs intérêts. Ils sont même fondés à compter sur vous, à moins que vous ne les avertissiez, à temps, que vous ne voulez ou ne pouvez vous acquitter du mandat. Le défaut de réponse à ma lettre implique donc de votre part une acceptation tacite du mandat; et si, me laissant

(1) Pothier, 33.

(2) L. 8, § 4, D., *De procurat.*

(3) N° 33.

dans une ignorance préjudiciable, vous ne preniez pas l'assurance, et qu'un sinistre arrivât à mon navire, le juge devrait *ex æquo et bono* vous condamner à des dommages et intérêts pour inexécution d'un mandat tacitement accepté (1).

ARTICLE 1986.

Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.

SOMMAIRE.

153. Le mandat prend sa source dans l'amitié et la bienfaisance.
154. Il est gratuit par sa nature, mais non pas par essence. Toutefois l'honoraire et la récompense donnés au mandataire ne changent pas le mandat en louage. Comment l'honoraire se concilie avec la gratuité de ce contrat. Paroles de M. Bertrand de Greuille.
155. A Rome, le mandat était gratuit par essence.
156. Néanmoins on admettait l'honoraire *ex post facto*. Exposé de cette théorie. Comment les Romains classaient les contrats qui, sans être des louages d'ouvrage, n'étaient cependant pas des mandats purs à cause de l'honoraire.
157. Suite.
Réflexion sur cette théorie du droit romain.
158. En France, on ne distingue pas entre l'honoraire stipulé *ab initio*, et l'honoraire promis après coup. On ne considère pas le mandat comme altéré par la stipulation d'honoraires, et cette stipulation ne le fait pas dégénérer en louage.
159. Conséquences de cette jurisprudence.

(1) *Infrà*, n° 344.