

Il n'est pas de choses matérielles qui ne soient appréciables, la perle de Cléopâtre et le diamant du Régent comme le Déluge du Poussin et les six volumes des œuvres de Racine. Mais, quant à la personnalité humaine, si vous pouvez lui donner une valeur lorsqu'elle s'exerce à des travaux vulgaires, où la main n'est pas conduite par le talent, avez-vous le droit de dire ce qu'elle vaut quand, touchée d'un rayon divin, elle vous donne ce que Dieu lui a communiqué de sympathie, d'affection, d'amour de la patrie, de la civilisation, de l'humanité? Non! vous n'avez pas ce droit, et voilà pourquoi nous ne voulons pas que le louage, qui estime but à but le service avec de l'argent, abandonne à un contrat plus noble, parce qu'il est plus désintéressé, au contrat de mandat, ces faits de l'homme qui échappent à une appréciation marchande.

226. Cette distinction, du reste, n'est pas purement honorifique et nominale; elle engendre des conséquences juridiques très considérables.

Ainsi, par exemple, lorsque le mandat est donné par plusieurs mandants, pour une affaire commune, chacun est tenu solidairement envers le mandataire pour les effets du mandat (1). Il n'en est pas de même dans le louage de services.

227. De plus, le mandataire qui n'a pas encore commencé la gestion de l'affaire peut se désister si les choses sont entières, et il n'est point tenu à des dommages et intérêts. Au contraire, l'ouvrier

(1) Art. 2002 C. c. Loi 59, § 3, D., *Mandati*.

ou tout autre locatèur d'ouvrage qui a fait un marché pour la confection d'un travail n'a pas la faculté de se dégager, même avant le commencement de ce travail, sans être tenu des dommages et intérêts (1).

Enfin, le louage d'ouvrages n'est pas dissous par la mort du maître (2), tandis que le mandat expire par la mort du mandant (3).

228. Après avoir exposé notre théorie en tant qu'elle a trait aux matières civiles, nous devons en suivre l'application aux matières commerciales.

Ce qui fait ici la difficulté, c'est que dans le commerce, où on ne fait, en général, rien pour rien, et où l'intérêt et le lucre sont le but caractéristique du négociant, le mandat, rarement gratuit, presque toujours salarié et même salarié de droit, semble une œuvre mercenaire dans laquelle ne trouvent pas place ces raisons de générosité, de dévouement, d'amitié qui nous ont paru décisives en ce qui concerne certaines professions civiles. Sans doute, le mandat commercial restera mandat dans tous les cas où, par exception, il sera gratuit. Mais s'il est rétribué (comme il l'est presque toujours), ne dégènera-t-il pas en contrat de louage?

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, *Traité du contrat de commission*, t. 1, n° 21, note (1) de la page 34.

(2) Mon com. du *Louage*, n° 1045.

Pothier, *Louage*, n° 444.

Casaregis, *disc.* 29, n°s 16, 17, 18.

Infrà, n° 737.

(3) *Infrà*, art. 2003.

A cette question ne nous hâtons pas de répondre d'une manière trop générale dans le sens de l'affirmative. Ce serait retrancher du commerce le mandat salarié; ce serait effacer l'art. 92 du C. c. et donner un démenti aux croyances de tous les jurisconsultes. Le commerce, au milieu des tendances intéressées qui lui sont propres, ne reste pas étranger à des rapports de confiance et d'amitié. Il a aussi ses idées de dignité (1) et ses sentiments officieux (2). Pour conserver à certains services, indispensables dans le négoce, leur caractère de services, la coutume commerciale a sagement établi des règles d'appréciation modique, qu'on ne saurait dépasser sans s'exposer au blâme et à une réduction (3). Par-là le commerce trouve, à peu de frais, dans ces services un secours opportun, ouvert à tous et qui est un bienfait pour la spéculation. Nous disons donc qu'en cette matière, comme dans le droit civil, il y a des nuances dont il faut tenir compte pour ne pas s'égarer. Si bien souvent le mandat devient louage dans le commerce à cause du salaire qui paie l'œuvre et l'in-

(1) Straccha, *De mercaturâ*, part. 2, n° 17.

(2) *Id.*, part. 1, n° 24.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin remarquent très bien l'exiguïté ordinaire du droit de commission, t. 1, n° 105, *in fine*.

Arrêt de la Cour de cassat. du 11 mars 1824, qui déclare que le salaire de l'agent d'affaires, malgré toute convention, est toujours sujet à réduction (D., *Mandati*, p. 959). Dev., 7, 1, 413. *Infrâ*, n°s 246 et 632.

tention, dans d'autres circonstances aussi le salaire n'empêche pas le mandat de rester mandat (1).

229. Avant tout, établissons une règle incontestable dans le commerce, règle que la coutume a introduite par voie de dérogation aux principes du droit commun. Tandis que dans le droit civil le mandat est présumé gratuit, on le présume salarié en matière commerciale. Lors même que la convention est muette, l'usage suppose que les parties sont censées avoir entendu que le mandataire recevrait l'indemnité que l'on a l'habitude de donner dans la localité pour l'opération confiée à ses soins (2). On porte un grand respect à la proposition de saint Paul que chacun doit être récompensé suivant son labeur (3). Puisque le prêtre vit de l'autel, le négociant doit à plus forte raison vivre du comptoir.

230. Ainsi l'on renverse la disposition de l'article 1986 du C. c. En droit civil, le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire; en matière de commerce, le mandat est salarié, à moins de con-

(1) Casaregis établit aussi que le mandat commercial ne doit pas avoir de prix (*disc.* 29, n°s 8, 16, 17, 22), ce qui ne l'empêche pas de traiter comme vrai mandataire (*passim*) le commissionnaire qui a droit à une provision.

(2) Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 62.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 104.

M. Carré, *Compétence*, t. 7, p. 185, éd. de M. V. Fouché.

M. Vincens, t. 2, p. 112.

(3) Ad 2, 3, ad Corinth. ; arg. de *Decis. rotæ gen.*, l. 115, n° 2.

vention contraire (1). Le salaire est ici en quelque sorte dans l'intérêt commun des parties. Il rend le mandataire commercial plus rigoureusement tenu que si son ministère était gratuit. Et comme son salaire se borne, en définitive, à une prime peu considérable, les négociants aiment mieux avoir affaire à des commissionnaires salariés, strictement tenus et largement responsables, qu'à des commissionnaires gratuits dont les imprudences sont plus facilement excusées (2).

231. Néanmoins il y a de temps en temps des services qu'on demande à un correspondant et que celui-ci rend volontiers sans espoir de rétribution. Par exemple, un négociant de Corse, qui est en compte courant avec un négociant de Marseille, prie ce dernier de lui prendre une assurance pour un de ses bâtiments. Ce mandat s'accomplit ordinairement de la manière la plus gratuite et la plus courtoise. J'en ai vu des exemples.

Au reste, de telles dérogations aux habitudes commerciales ne se supposent pas facilement; elles dépendent de la nature des rapports, de l'amitié et de la courtoisie des deux maisons, etc., etc. Le juge consulte ces circonstances.

232. Maintenant passons en revue les principaux mandats commerciaux, et voyons quand le salaire les fait passer dans la classe du louage, et quand,

(1) Arrêt de la Cour de cassat. du 18 mars 1818 (req.), qui le décide ainsi pour un agent d'affaires (Dal., *Mandat*, p. 959, Devill., 5, 1, 453.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 105.

au contraire, ce salaire n'empêche pas le mandat de conserver son caractère.

233. Parlons d'abord de la préposition.

Un texte d'Ulpien, précisément applicable au cas où le propriétaire d'un navire prépose un patron marinier à l'exercice du bâtiment, décide que la préposition sera un mandat si le préposé agit gratuitement, ou bien qu'elle sera un louage s'il reçoit un prix (1). Paul établit la même distinction (2). Elle rentre dans cette idée fondamentale du droit romain, que le mandat et le louage d'ouvrages ne se distinguent que par le prix quand les faits sont susceptibles de location.

C'est également ce qui doit servir de règle dans le cas de préposition terrestre; car la préposition terrestre et la préposition maritime sont gouvernées par les mêmes principes (3).

234. Il est vrai qu'Ulpien, moins précis sur le cas de préposition terrestre que sur le cas de préposition maritime, ne parle de la première que comme d'un mandat: *Ipsam tamen institorem convenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestorum* (4).

Ceci se fortifie par le rapprochement d'autres textes qui comparent l'instituteur au procureur (5).

(1) L. 1, § 18, D., De exercit.: « *Aut ex locato cum magistro, si mercede operam exhibet; aut si gratuitam, mandati agere potest.* »

(2) L. 5, D., *loc. cit.*

(3) Ul., l. 1, D., *De exercit. act.*

(4) L. 1, D., *De instit. act.*

(5) Paul, l. 5, D., *De stipul. prætor.*; lib., 48, *ad edict.*; et Ulp., l. 13, § 25, D., *De act. empt.*

Mais rien n'empêche de supposer que lorsque les jurisconsultes romains ont tenu ce langage, ils avaient sous les yeux le cas, assez fréquent chez eux, d'un institeur gratuit. En général, leurs instituteurs étaient des esclaves ou des enfants en puissance. C'était par l'intermédiaire de ces agents dépendants qu'on exerçait un commerce ou une industrie, et il est inutile de dire qu'entre eux et le maître ou le père de famille qui les avait préposés il n'y avait pas de mandat ou de louage. Quelquefois cependant, quand les instituteurs de cette classe étaient malades, absents, empêchés, on trouvait un ami (1) qui acceptait gratuitement la charge d'institeur, ou même une personne officieuse qui, sans mandat, se portait *negotiorum gestor* (2). C'est certainement en vue de ce cas de préposition gratuite que les fragments des textes romains ont rangé la préposition dans la classe du mandat; mais ils n'ont pas entendu abolir la distinction exprimée dans les lois du D., *De exercitoria actione*, distinction générale et que l'on retrouve à chaque instant dans les livres de Justinien. Sans cela, le corps de droit serait infidèle à ses propres principes, et il se mettrait en contradiction avec lui-même.

235. Du reste, pour fortifier mon opinion, je ne me prévaudrai pas d'un passage dans lequel Ulpien établit une différence entre l'institeur et le pro-

(1) V. Favre sur la loi 5, § 10, D., *De inst. act.* Il applique ce texte à une personne officieuse, *amicum*.

(2) Ulp., l. 1, D., *De instit. act.*, et Favre sur cette loi.

cureur (1); car cette différence n'intéresse que les tiers et n'a pas d'importance entre le préposant et le préposé. Un dégraisseur, obligé de s'absenter, charge un ami de le remplacer pour commander à ses apprentis; mais il n'explique pas s'il laisse cet ami à titre de procureur ou bien à titre d'institeur. Un des apprentis, à qui un vêtement a été confié, s'évade et le vole. Si l'ami n'est qu'un procureur, il ne sera pas tenu de cette perte à l'égard du propriétaire, car *nihil gessit* avec ce dernier; mais s'il est institeur, le propriétaire volé aura action contre lui. On voit que cette distinction entre le procureur et l'institeur ne concerne que les tiers, et n'a pas trait aux rapports du préposant et du préposé. Pour définir ces rapports, il faut se référer aux principes généraux qui précisent le caractère du mandat et du louage; ils ont ici toute leur autorité.

236. Partant de là, nous dirons: tout préposé qui recevra un prix pour ses services sera plutôt un locateur d'ouvrages qu'un mandataire (2); il le sera d'autant plus, que son temps appartient à son patron, qu'il doit l'employer exclusivement aux soins de sa préposition, et qu'il ne peut, sans la permission du préposant, se livrer à d'autres entreprises ou à d'autres actes de commerce. Bouteiller appelle les facteurs et préposés *les familiers* des marchands (3), et Toubeau dit

(1) L. 5, § 10, D., *De inst. act.*

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 21.

(3) *Somme rurale*.

qu'ils sont gagés (1) et en quelque façon domestiques (2).

Ainsi, Ulpien range dans la classe du louage le contrat passé avec un commis copiste que l'on emploie à l'année (3), et Casaregis (4) considère comme un locateur d'ouvrages un certain Bizarrini qui s'était engagé à assister un négociant, nommé de Jaruis, dans son commerce, pour six ans. Nul doute que ces décisions ne s'étendent à tous les commis ou préposés placés dans une situation analogue (5).

237. Nous n'exceptons pas même ceux qui, par la nature de leurs fonctions, sont chargés de représenter le patron à l'égard des tiers.

Ainsi je fais un contrat de louage quand je dis à mon préposé : « Prenez la direction de ce bateau » ou de ce navire qui m'appartient et faites-le valoir pour mon compte; je vous paierai mille (6). » Dans cet état, bien que ceux qui traitent avec lui aient le droit de voir en sa personne un autre moi-même (7), il n'est cependant intervenu entre lui et

(1) Instit. de droit consulaire, p. 124, liv. 2, t. 4.

(2) P. 125 et 126.

(3) L. 19, § 10, D., *Loc. cond.*

Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 879.

(4) Disc. 77.

(5) Dans la décision 115 de la rote de Gênes, on voit un commis préposé à la réception des laines, à qui le nom de *locator operarum* est sans cesse donné.

(6) Ulp., l. 1, § 18, D., *De exercit.*

(7) *Loc. cit.*

moi qu'un contrat de louage. Pourquoi donc ne serait-ce pas un louage quand je mets un préposé à la tête d'un comptoir et que je le charge de l'exploiter? De ce que ce préposé doit se mettre en communication avec les tiers et me représenter vis-à-vis d'eux, il ne faut pas en conclure qu'il ne saurait être qu'un mandataire. Cette représentation n'est pas incompatible avec la location d'ouvrages et d'industrie. Je le répète, avec Ulpien (1) et le Code de commerce (2), le patron de barque, le capitaine de navire, préposés par un exerceur, sont les agents de celui-ci et ses représentants à l'égard de tous ceux qui ont traité avec eux sur les affaires relatives à l'exercice de la barque ou du navire; et cependant, quand ils reçoivent un prix de leurs services, la loi leur imprime la qualité de locateurs d'ouvrages. Bouteiller, lorsqu'il appelle les préposés des *familiers* des marchands, a principalement en vue ceux qui mènent et gouvernent le fait des marchandises sans ce que les marchands y soient présents. Si je charge mon serviteur à gages de commissions auprès de tiers, il est mon préposé, mon représentant, ce qui n'empêche pas de le placer en dehors de la catégorie des mandataires. Je vois dans Casaregis un sieur Mandino, administrateur pour compte d'une société relative à la ferme de l'impôt, traité sans difficulté comme se trouvant placé à l'égard de ses commettants dans les liens

(1) Art. 234 C. de c.

(2) Art. 234.

d'un louage d'ouvrages (1). Ces faits me semblent topiques et ces autorités décisives. Il est certain que si dans les exemples indiqués il y a préposition, il n'y a pas mandat. Sans doute une telle préposition ressemble beaucoup au mandat. Elle engendre des effets nombreux qui se confondent avec les effets du mandat ; car le silence n'empêche pas le préposé d'avoir été mis par la volonté du maître à la tête d'une administration pour agir à sa place et le représenter, et cette volonté doit être exécutée, le prix reçu par le préposé n'étant pas un obstacle à l'accomplissement de ce rôle qui se rapproche du mandat à tant d'égards (2). Mais il n'en est pas moins vrai qu'en soi une telle préposition n'est pas le mandat proprement dit ; elle en diffère par des points dignes de considération.

238. Si toutefois le préposé en question ne rece-

(1) Disc. 77, n° 5 : *Super re locatoris, nempe ipsis operibus Mandini. Junge mon com. de la Société, t. 2, n° 651.*

Dans ce cas, comme dans l'affaire Bizarrini, Casaregis traite la question de savoir si la mort du patron est un obstacle à ce que le préposé demande le prix qui lui est dû pour le temps à venir, fixé par le contrat. V. mon com. du Louage, t. 3, n° 879.

(2) C'est une remarque qu'a faite Bartole sur la loi 1, D., *De procurat.*, n° 7, et sur la loi 5, § *Sed si facio, De præscript. verbis*. Voici ses paroles : « *Nota, quod licet mandatum non sit gratuitum, ita quod NON PARIAT ACTIONEM MANDATI inter mandantem et procuratorem, tamen dicitur mandatum respectu illius qui agit et contra quem agitur, sine quo mandato, alieno nomine agi non potest, ut hic patet.* »

Suprà, n° 169.

vait pas un traitement proportionné aux services qu'il rend au patron, si, investi d'une grande confiance et revêtu de pouvoirs illimités, il gérât avec un dévouement affectueux pour le préposant toute une entreprise considérable et très lucrative avec une rétribution modique, rien n'empêcherait de faire prédominer en sa personne la couleur du mandat ; les nuances sont ici délicates ; c'est aux esprits exercés à les saisir.

239. Venons maintenant à la commission et voyons si c'est le mandat qui l'emporte chez elle.

M. Vincens, partant de cette idée que dans le commerce tous les services sont rétribués et que le mandat salarié dégénère en louage, est enclin à voir dans le contrat de commission un louage, *locatio operarum* (1). Mais cette classification n'est pas exacte.

D'abord, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n° 231, tous les commissionnaires ne reçoivent pas un prix pour les services qu'ils rendent. Quoique, en général, l'esprit du commerce soit de ne faire rien pour rien, il arrive cependant assez souvent qu'un correspondant consent, par pure obligeance, à faire pour le compte d'un négociant, son ami, des actes qui se réfèrent au contrat de commission. Je répète que j'ai vu des exemples d'assurances, pour compte de qui que ce soit, prises sans la moindre rétribution par le correspondant qui se chargeait bénévolement de payer la police pour son correspondant éloigné. En pareil cas, la commission et le mandat

(1) T. 2, p 112.

sont identiques, ou, pour mieux dire, la commission n'est qu'une des faces du mandat.

240. Mais il y a plus.

Puisque, en droit, le mandat n'exclut pas une rétribution (art. 1986), grande est assurément l'erreur de ceux qui s'imaginent que tout émolument retiré du mandat fait dégénérer ce contrat en louage. Nous l'avons vu dans les développements qui précèdent : ni les lois romaines, ni notre jurisprudence d'autrefois, ni Pothier que cite M. Vincens, n'ont enseigné que le mandat fût incompatible avec une rétribution honnête et modérée.

Or, le commissionnaire en titre, celui qui s'annonce comme tel et fait profession d'exercer la commission, en tirant de ses œuvres une légitime indemnité, celui-là est-il nécessairement un locateur d'ouvrages? N'est-il pas plutôt un mandataire rétribué?

Dans le commerce et dans les tribunaux consulaires, l'opinion générale a toujours été que le commissionnaire, qui reçoit une provision ou droit de commission, ne cesse pas d'être mandataire et ne doit pas être confondu avec le facteur et le préposé salarié, qui louent leur travail (1).

Le droit de commission se compose en effet de divers éléments dont le concours simultané s'oppose à ce qu'on le compare au prix du louage. S'il renferme une récompense pour le travail du com-

(1) Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 62 et suiv. Voyez aussi *Decis. rotæ gen.* 46, n° 41.
Toubeau, *Inst. du droit consulaire*, p. 444.

missionnaire, il est aussi une indemnité de ses risques, *merces periculi* (1). Le commissionnaire a des magasins, des commis, des dépenses, des pertes, une patente. Ne faut-il pas qu'il soit indemnisé de tous ces frais et risques? Qu'a de commun cette indemnité avec le prix du louage de services? De plus, le commissionnaire est obligé de se confier à son commettant, autant au moins que le commettant se confie à lui. Quand un banquier de Genève charge son correspondant de Paris de payer une traite qu'il tire sur lui, ce dernier s'abandonne à la foi qu'il a dans la solvabilité du premier; il lui fait confiance, et c'est cette confiance, témoignage de bons rapports et d'amitié, que la provision ne paie pas. En est-il de même dans le louage de services? Quelle est la confiance personnelle et honorable que me témoigne un ouvrier quand je lui commande des journées de travail? Enfin, la commission ne se fait pas sans un crédit avéré sur la place, sans un nom commercial, qui, comme le disent très bien MM. Delamarre et Lepoitevin, ne tombent pas en contrat de louage (2). On ne loue pas son crédit. On ne loue pas une réputation commerciale. La provision que l'on paie au commissionnaire est trop faible, eu égard à tout ce que vaut le renom d'un négociant, pour qu'on dise qu'on l'a payé quand il s'est employé pour vous. La rétribution est plutôt une indemnité et un honoraire qu'un prix équivalent à ce qui a été donné.

(1) Marquardus (*loc. cit.*)

(2) T. 1, n° 21, note (1).