

moyens prévus, et permet d'en procurer l'exécution par d'autres moyens ;

4° Tantôt elle survient quand les choses ne sont plus entières, et, au lieu de réduire le mandataire à l'inaction, elle fait peser sur lui le soin d'une suite d'actes imprévus ;

5° Enfin, il est possible que la force majeure, ayant laissé un libre cours à l'exécution du mandat, ne survienne que lorsque le mandataire n'a plus qu'à livrer la chose, et qu'alors elle le mette dans l'impossibilité de remplir cette obligation.

Dans tous ces cas, quels sont les principes auxquels il faut se rattacher ?

359. § 1. Voyons le premier cas. Nous supposons que les empêchements ne sont que temporaires, et qu'au bout d'un certain temps ils disparaissent. Alors, de deux choses l'une : ou l'affaire n'est pas susceptible d'ajournement, ou elle en est susceptible.

Si elle n'est pas susceptible d'ajournement, le mandataire n'a rien à faire : *functus est officio* ; il n'aura qu'à donner avis au mandant de cet obstacle imprévu qui l'empêche d'agir (1).

Si, au contraire, l'affaire est susceptible d'ajournement, le mandataire ne devra pas la tenir pour inexécutable. Il attendra, il donnera avis, et profitera pour agir du moment où l'obstacle aura cessé (2).

(1) Casaregis, *disc.* 123, n° 22.

(2) Casaregis, *loc. cit.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 44.

360. § 2. Venons maintenant à notre deuxième cas. Nous supposons que la force majeure met un obstacle insurmontable et absolu à l'exécution de l'ordre : « Achetez-moi le brick *l'Invincible*. » Si ce brick vient à être brûlé avant l'arrivée de cet ordre, le mandataire n'a plus rien à faire ; le mandat est réduit *ad non esse*. Non-seulement le mandataire est déchargé du soin d'agir, mais il pourrait, suivant les cas, être reprochable s'il faisait une autre chose à la place de celle qui lui a été précisément demandée (1). Ainsi, si le mandant l'avait prié d'acheter *l'Invincible*, il ne devrait pas substituer à cet achat, devenu impossible par la perte de ce navire, l'achat du *Napoléon* (2). Le mandant n'a rien dit qui puisse autoriser le mandataire à acheter *le Napoléon* ; ce bâtiment peut lui être inutile ou onéreux : il n'est pas tenu de ratifier cet acte.

Ce serait en vain qu'on donnerait à cet agissement la couleur d'une *negotiorum gestio* ; car cet achat était un acte que le mandant pouvait se passer de faire. Il ne rentrait pas dans le cercle de ses affaires, et rien ne le rendait nécessaire (3). En général, il n'est pas permis au mandataire de dénaturer le mandat.

(1) *Suprà*, n° 314.

(2) *Decis. rotæ gen.* 174, n° 7.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 69.

(3) Pothier, n° 210.

L. 11, D., *De negot. gestis*.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 125.

361. Cependant, s'il se présentait un cas évident de nécessité impérieuse, le mandataire sera reçu à faire, comme *negotiorum gestor*, autre chose que ce que le mandant lui avait prescrit dans l'ignorance des graves obstacles qui s'opposaient à ses projets (1). Je m'explique :

Vanoverstraeten, banquier hollandais, était créancier par compte-courant d'une somme assez considérable que lui devaient Tourton et Ravel, banquiers à Paris. Vanoverstraeten leur avait donné l'ordre de tenir ce solde à sa disposition. Mais la guerre ayant éclaté entre la république française et la Belgique, une loi du 7 septembre 1793 prononça la confiscation de toutes les créances appartenant en France à des Belges.

Tourton et Ravel ne pouvaient ni garder les fonds de Vanoverstraeten, ni les lui renvoyer, sans s'exposer aux peines terribles que la république prodiguait dans les cas appelés par elle de *salut public*. D'autres banquiers, qui avaient cru pouvoir envoyer à leurs correspondants belges les fonds qu'ils détenaient pour eux, avaient été punis de mort! Forcés alors de dénaturer le mandat, Tourton et Ravel crurent agir au mieux des intérêts de leur mandant en employant le solde du compte courant à l'acquisition d'actions d'une compagnie d'assurances sur la vie, jouissant alors du plus grand crédit.

Plus tard, Vanoverstraeten se plaignit que son

---

(1) *Suprà*, n° 315.

mandat avait été violé. Il ne voyait pas qu'au contraire un service lui avait été rendu; que Tourton et Ravel, en se portant ses *negotiorum gestores* dans des circonstances graves où tout était compromis et menacé, avaient bien mérité de lui!! M. Merlin, qui donna des conclusions dans l'affaire, les vengea de cet injuste reproche (1). Sans doute le mandat avait été transgressé; mais une cause de force majeure y avait contraint les mandataires, et ceux-ci, en se portant *negotiorum gestores*, avaient procuré autant qu'il était en eux l'avantage du mandant. « *Sed si negotium, dit Casaregis, nequit pati temporis dilationem sine aliquo evidenti vel probabili præjudicio correspondentis, tunc potest mercator agere proût suce prudentiæ videbitur* (2). »

Autre exemple :

Un fournisseur demande à son correspondant de lui expédier des blés au prix de 200 fr. l'hectolitre, afin de pourvoir à ses engagements, qui sont très pressants et exigent de la part du commissionnaire une grande célérité. Le correspondant ne peut trouver de blé à 200 fr. l'hectolitre. Mais, instruit que son commettant sera compromis s'il reste sans approvisionnement, et ne pouvant d'un autre côté prendre de nouveaux ordres, il se détermine à acheter à 210 fr. l'hectolitre. Ce mandataire sera loin d'être blâmable; il a fait ce que probablement le mandant aurait donné l'ordre de faire s'il

---

(1) Q. de droit, v° *Compte courant*, § 1, p. 454.

(2) *Junge disc.* 125, nos 22 et 23.

avait connu le cours du blé et l'impossibilité d'en acheter au prix déterminé.

Troisième exemple.

François expédie des blés à son commissionnaire de Marseille pour les vendre à 200 fr. l'hectolitre. Mais en route le chargement éprouve une avarie; les blés arrivent dépréciés, et si le commissionnaire les garde, ils subiront une dépréciation plus grande encore. En conséquence, il les vend 150 fr. l'hectolitre. Il est clair que son commettant doit ratifier cette vente, bien qu'elle ne soit pas conforme à ses instructions (1).

Toute cette doctrine est enseignée par Balde dans son conseil 334, que Casaregis appelle admirable (2).

362. On voit que, dans cette matière, toute la difficulté consiste à distinguer si le mandataire, se trouvant en présence d'une impossibilité d'exécution, a pu, oui ou non, se constituer *negotiorum gestor* du mandant pour faire autre chose que ce qui était commandé par la procuration.

Pour cela, il faudra se reporter aux principes de la gestion d'affaires; il faudra se rappeler, avec les lois romaines (3) et Pothier (4), que le gérant n'est admis à s'immiscer dans les affaires qui ne lui appartiennent pas qu'autant que cela est né-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 71.

(2) *Mirabiliter Baldus in cons. 334, 1* (disc. 125, n° 23 à 24).

(3) Pomponius, l. 41, D., *Negot. gest.*

(4) N° 210, *infra*, n° 358.

cessaire; qu'il est en faute d'entreprendre ce que les affaires du maître n'exigent pas; qu'il ne doit pas se permettre de faire pour quelqu'un une affaire toute nouvelle (1).

A plus forte raison le mandataire engagerait-il sa responsabilité si, sous prétexte de l'impossibilité de procurer une exécution conforme du mandat, il faisait une chose défendue par le mandant. Sa gestion d'affaires ne serait excusable en ce cas qu'autant qu'il aurait procuré l'avantage du mandant par un plein succès (2).

Je ne voudrais donc pas qu'on donnât le bill d'indemnité du *negotiorum gestor* au mandataire qui, hors le cas de nécessité et sur la simple apparence d'une utilité dont il se rendrait juge, dénaturerait le mandat, ferait autre chose que ce qui lui a été expressément demandé, et échouerait dans son agissement. Balde (3), la rote de Gènes (4), etc., etc., n'autorisent la déviation du mandat que lorsqu'il y a nécessité évidente de ne pas laisser périr l'affaire, et que d'ailleurs les termes du mandat ne sont pas assez impératifs pour qu'on puisse supposer que le commettant n'a pas voulu laisser au commissionnaire une certaine latitude pour pourvoir à des éventualités inopinées. Que

(1) *Novum negotium* (Pomponius, l. 41, D., *Negot. gest.*).

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 125.

(2) *Suprà*.

*Infrà*, n° 86.

(3) Cons. 334, n° 1.

(4) Décis. 174, n° 7, et aussi d'c. 61.

si le mandat est clair, précis, impératif, ou restrictif, excluant le doute et la délibération, le commissionnaire doit s'arrêter (1).

363. MM. Delamarre et Lepoitevin (2) enseignent d'une manière absolue qu'en matière de commission, le mandataire peut substituer une chose à une autre dans tous les cas imprévus qui rendent l'exécution conforme onéreuse pour le mandant. Faisant une distinction entre les matières civiles et les matières commerciales, ils avouent que, dans les matières civiles, on ne permettrait pas à un mandataire d'acheter une chose à la place d'une autre qui lui aurait été demandée et qu'il ne pourrait se procurer. Mais ils veulent qu'il en soit autrement dans les matières de commerce, dont l'esprit diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles, et où les agissements des mandataires se règlent sur la bonne foi, l'équité, etc.

A l'appui de leur doctrine, MM. Delamarre et Lepoitevin citent une espèce jugée par Casaregis (3). Un négociant en charge un autre de lui vendre des toiles de Hollande au comptant et non autrement. Ne trouvant pas d'acheteurs au comptant, le commissionnaire vend à trois mois de crédit, afin de profiter d'une hausse survenue dans le cours. Mais voilà qu'avant l'expiration des trois mois, l'acheteur fait faillite. La perte est-elle pour le commettant, ou pour le commissionnaire? Le

(1) Tuschi, *concl.* 39, nos 37 et 39. Rot. gen., dec. 64.

(2) T. 2, n° 70.

(3) Disc. 125.

commissionnaire avait succombé en première instance. Il triompha en appel. Avec un *Code civil*, disent nos auteurs, il eût succombé de nouveau. Mais Casaregis en décida autrement selon les véritables règles du commerce, de la bonne foi, de l'équité : *pro veritate*.

Ces dernières paroles sont l'expression d'un sentiment qui domine trop souvent dans l'ouvrage de MM. Delamarre et Lepoitevin; sentiment que j'ai ailleurs combattu (1), et qui consiste à mettre la loi civile en opposition avec la loi commerciale, et à la trouver en défaut par rapport aux usages du commerce.

Dans le cas dont il s'agit, comme dans beaucoup d'autres, cet antagonisme n'existe pas. Le droit civil (fût-il formulé dans un Code) ne parle pas autrement que le droit commercial. Seulement, il faut prendre garde de ne pas faire tenir à ce dernier un langage qui lui est étranger, et c'est, à mon avis, ce que font ici MM. Delamarre et Lepoitevin. Contre leur ordinaire, ils n'ont pas saisi le vrai sens de la décision de Casaregis. Si le cas était tel qu'ils le résument, Casaregis se serait évidemment trompé, et nul tribunal au monde n'aurait pu mettre la perte au compte du commettant (2). Je ne serais même pas embarrassé pour trouver dans les principes dont MM. Delamarre et Lepoitevin ont été, dans d'autres par-

(1) *Revue de légis. et de jurispr.*, t. 16, p. 62.

(2) Décis. de la rote de Gènes 174, n° 7.

ties de leur ouvrage, les savants interprètes (1), la réfutation de l'opinion qu'ils ont (à tort cette fois) prêtée à Casaregis, et qu'ils se sont appropriée.

Mais voici ce qui avait eu lieu :

Duran et compagnie, de Barcelone, avaient donné commission à François et Pierre de Fornès, leurs correspondants à Livourne, de vendre une certaine quantité de toiles de Hollande, et cela au comptant, sans faire de crédit (2) : *Intendendosi pagando di contanti, e non a fidare* (3).

Le correspondant ne trouva pas d'acheteurs à cette condition. Mais tout-à-coup le prix des toiles de Hollande s'éleva considérablement (4). Le correspondant crut utile de profiter de cette bonne occasion; il vend les toiles très cher à la maison Levi, qui avait alors un plein crédit (*boni nominis*), et lui accorde trois mois pour payer.

Cette vente ainsi effectuée, il survint, quelque temps après, une grande baisse dans les toiles, et l'affaire parut très bonne.

Le 9 avril 1721, François et Pierre de Fornès écrivirent à Duran et compagnie pour leur donner avis de l'opération, *espérant qu'ils en seraient satisfaits*.

Le 11 mai suivant, Duran et compagnie accu-

(1) P. ex., t. 2, n° 172, et leur note où ils rappellent l'opinion de Balde et du cardinal Tuschi.

(2) *Disc.* 125.

(3) Lettre du 2 janvier 1721.

(4) N° 33.

sent réception de cette lettre; ils engagent les de Fornès à veiller au recouvrement à l'expiration des trois mois, et à leur en faire compte.

Ainsi, Duran et compagnie avaient connu l'excès dans l'exécution du mandat, et ils l'avaient approuvé (1)!!

A la vérité, quand ils avaient donné cette approbation, ils étaient dans l'ignorance du nom et de la personne de l'acheteur (2). Mais qu'importe cette circonstance? Ce n'était pas en ce qui concerne la personne même de l'acheteur que les de Fornès avaient besoin de ratification; car aucun mandat limité ne leur avait été donné sur ce point. Ils n'avaient besoin de ratification que pour la partie du mandat qu'ils avaient dénaturée! Or, ils n'avaient excédé le mandat qu'en ce qui concerne le terme de paiement, et ce point avait été l'objet d'une vraie ratification; tout était donc couvert (3).

Cependant la maison Levi tomba inopinément (4) en faillite, et l'affaire devint très mauvaise.

Question de savoir sur qui la perte tomberait. Le juge de Livourne décida qu'elle devait rester au compte du commissionnaire; Casaregis, au contraire, qu'elle devait être pour le compte du mandant. Il avait mille fois raison! Mais pourquoi? A

(1) N° 3, 4, 5.

(2) N° 4, 5.

(3) N° 6.

(4) N° 9.

cause de la ratification, dont ne parlent pas MM. Delamarre et Lepoitevin, et qui est le point capital. C'est, en effet, de ce côté que se portaient les efforts principaux des commettants.

La ratification donnée par Duran et compagnie, disait-on dans l'intérêt de cette maison, doit-elle être de si grande importance qu'on le prétend? N'est-elle pas le fruit de l'erreur? A l'époque à laquelle cette ratification a eu lieu, Levi était déjà à peu près en faillite; Duran et compagnie l'ignoraient. S'ils l'avaient su, croit-on qu'ils auraient donné leur approbation (1)?

Mais, répondait-on, la ratification a un effet rétroactif; elle prouve que si, *ab initio*, Duran et compagnie avaient su que la vente ne pouvait pas avoir lieu au comptant, ils auraient donné mandat de la faire à terme (2).

Vainement encore disait-on, pour Duran et compagnie, que les de Fornès étaient responsables d'avoir vendu à terme sans avoir donné un avis préalable. On répondait que toutes les fois que l'avis ne pouvait être donné sans un préjudice probable, le mandataire avait le droit d'agir suivant sa prudence. « Sed si negotium pati nequit temporis dilationem, sine aliquo evidenti vel probabili præjudicio cor-respondentis, tum potest mercator agere prout suæ prudentiæ videbitur; *mirabiliter* Baldus,

(1) Nos 10 et 11.

(2) N° 26. *Junge* Surdus, cons. 374, n° 23.

» cons. 334, n° 1. » D'ailleurs la ratification couvre tout (1)!!

Telle est cette décision de Casaregis, dont il me semble que MM. Delamarre et Lepoitevin n'ont pas reproduit le véritable esprit. Mettez à l'écart la ratification de la maison Duran et compagnie, et les commissionnaires auraient infailliblement perdu leur procès. Sans nécessité, ils avaient agi contre la forme même du mandat (2); sans cette nécessité requise pour autoriser l'intervention d'un *negotiorum gestor*, ils s'étaient jetés dans une affaire, non-seulement toute nouvelle (*novum negotium*, comme dit Pomponius (3)), mais contraire aux vues de Duran et compagnie; ils avaient violé leurs ordres formels et substitué une opération défendue à une autre qui était réclamée. Il est évident que le succès seul pouvait leur faire obtenir leur excuse; le succès, dis-je, ou bien une ratification de nature à couvrir les vices de l'exécution.

Et ce serait un mauvais détour, je le répète, que de voir en eux des *negotiorum gestores*. Nous l'avons dit (4), la gestion d'affaires entreprise sans nécessité, contre l'ordre formel du mandant, ne peut don-

(1) N° 33.

*Junge* Casaregis, disc. 22, n° 31.

Disc. 69, n° 13.

Disc. 119, n° 56.

(2) *Decis. rot. gen.* 174, n° 7.

(3) *Suprà*, n° 363.

(4) N° 86, *suprà*.

ner lieu à une action qu'à la condition d'être couronnée par le succès. Or, ici, les commissionnaires ont méconnu les instructions dont ils étaient porteurs; on leur défendait de vendre à crédit, et ils ont vendu à crédit. Il n'y avait donc que le succès qui pût les sauver, et ils ont échoué.

Donc, sans la ratification, leur cause n'était pas soutenable. Ce fut la ratification qui les tira d'affaire.

364. Ainsi, il faut tenir pour certain que le mandataire ne peut substituer une chose possible à la chose impossible qui lui a été commandée que dans un cas de nécessité. C'est cette nécessité seule qui peut autoriser la dégénération du mandat en gestion d'affaires.

Je termine l'exposé de ces principes par cette espèce jugée par la rote de Gènes. La décision de ce sage et savant tribunal confirmera tout ce que nous avons dit (1).

Michel de Giudici avait reçu de d'Auria le mandat de lui acheter mille sommes de blé à Palerme. Michel n'acheta que six cents sommes, prétendant qu'il n'avait pu s'en procurer sur les marchés une plus grande quantité. Mais, pour parfaire la commande de d'Auria, il emprunta les quatre cents sommes restant, et expédia le tout à Gènes sur un bâtiment commandé par le capitaine Ricci. D'Auria reçut les mille sommes, ignorant, à ce qu'il paraît, que sur le total il y avait quatre cents

---

(1) Décis. 64.

sommes empruntées et non achetées. A l'échéance, le créancier réclame de d'Auria le remboursement des quatre cents sommes avec les intérêts. Il faut noter qu'à ce moment le prix du blé avait haussé. D'Auria, à qui ce remboursement aurait occasionné une perte sensible, refusa, soutenant qu'il n'avait donné des ordres que pour acheter et non pour emprunter. En vain Michel de Giudici prétendit que, n'ayant pu acheter un total de mille sommes, il avait été fondé à agir par équipollent. La rote considéra que le mandat était précis et exprès, *determinatè et expressè*. Elle déchargea d'Auria.

A la vérité, disait-elle, Michel de Giudici s'est porté *negotiorum gestor* de d'Auria. Mais comme il a procédé contre la teneur des ordres de ce dernier, il n'a d'action qu'autant que d'Auria s'est enrichi. D'Auria ne lui doit donc que le prix du blé au temps de l'achat. La différence doit rester au compte de Michel. *Quòd autem Michael majus pretium solveret, sibi imputare debet* (1).

365. Au surplus, même dans le cas de nécessité, le mandataire n'est pas tenu de se porter *negotiorum gestor* de son mandant. Il n'encourt aucune responsabilité pour n'avoir pas agi.

Tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est de prendre des mesures conservatoires, si elles sont nécessitées par les circonstances.

Ainsi, je vous envoie un cheval que je vous

---

(1) N° 7.

charge de vendre au prix de 1,500 francs, ni plus ni moins. Vous ne trouvez pas d'acheteur à ce prix, et l'affaire n'a pas lieu par suite de cette impossibilité. En attendant que mon cheval rentre dans mes mains, il est de votre devoir de le nourrir et le soigner, et si vous manquez à ces mesures conservatoires, vous êtes répréhensible (1).

Ainsi encore, je vous envoie du blé pour le vendre au prix de 200 francs l'hectolitre ; mais une partie arrive avariée et n'est pas susceptible d'être vendue à ce prix. Vous êtes tenu d'agir au mieux de mes intérêts pour empêcher l'avarie de faire des progrès (2).

366. Tous les principes que nous venons d'exposer gouvernent non-seulement les matières civiles et commerciales, terrestres ou maritimes (3), mais encore les matières de droit public et les mandats des ambassadeurs. Casaregis (4) en fait la remarque, d'après Gail (5). L'envoyé diplomatique qui ne s'y conformerait pas se mettrait dans le cas d'un désaveu. Mais aussi lorsque, placé en face de nécessités imprévues et urgentes, il a pris les mesures conseillées pour l'intérêt de l'État, il a droit d'attendre que sa conduite sera suivie d'une ratification.

(1) *Infrà*, n° 366.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 71.

(3) Casaregis, disc. 69, n° 13.

(4) *Ubi ampliat in capitaneis et legatis, oratoribus et commissariis principum.* (Disc. 125. n° 23, 24.)

(5) *De pace publicâ*, lib. 1, c. 4, n° 29 et 30.

367. § 3. Examinons maintenant notre troisième hypothèse. Elle se présente quand la force majeure, sans atteindre la chose même commissionnée, ne porte que sur certains moyens d'exécution, de telle sorte que cette chose, inexécutable par les voies indiquées, est praticable par d'autres expédients.

Dans ce cas, il y a une distinction à faire :

Où l'exécution du mandat comporte un ajournement, ou elle n'en comporte pas.

Si l'exécution peut être différée, le mandataire doit consulter le mandant et rester dans l'inaction jusqu'au retour de ses ordres.

Si l'exécution ne souffre pas de délai, une sous-distinction est nécessaire :

Où le mandat est impératif et limitatif, et alors le mandataire ne doit pas sortir du mode d'action qui lui a été tracé : *Ubi tradita est certa forma et modus præscriptus, quo quid agi debeat, tunc non admittitur executio per æquipollens.* Ainsi parle la rote de Gènes (1), et ce langage est conforme au conseil de Balde, si justement célébré par Casaregis (2).

Lorsque le mandat est clairement limitatif dans les moyens d'exécution et que le mandataire l'a transgressé, il ne peut être excusé comme *negotiorum gestor* qu'à la condition de réussir, sinon l'affaire peut être laissée à son compte (3).

Mais si le mandat laisse croire que les moyens

(1) Décis. 174, n° 8.

*Junge* decis. 64. *Suprà*, n° 364.

(2) Cons. 334, n° 1.

*Suprà*, n° 352, *in fine*, et n° 358.

(3) *Suprà*, n° 353, 354, 86, 358.