

de nature à la faire prendre en considération.

442. On voit que si les Codes espagnol et portugais ont posé une règle généralement applicable en matière de commission, cette règle est cependant tempérée dans la pratique par quelques modifications requises par la force des choses et par la bonne foi. Il n'y a pas si bonne règle qui n'ait ses exceptions.

443. Les principes que nous venons de poser sur la perte de l'argent remis au mandataire ne sont pas circonscrits aux matières commerciales. Ils ont également leur place dans les rapports civils.

Quand je remets 10,000 fr. à mon notaire pour qu'il en opère le placement, si ce notaire les reçoit non cachetés ni individualisés et les mêle dans sa caisse avec ses autres fonds, je l'autorise par-là à donner à l'emprunteur, non pas *eadem nummorum corpora*, mais d'autres espèces d'égale quantité et valeur; dès lors, le dépôt a perdu la pureté de son caractère (1); il est devenu dépôt irrégulier, et c'est le cas de dire, avec Scaccia : *Dominium pecuniæ numeratæ depositæ, non obsignatæ, transit in depositarium*. Le dépôt irrégulier est un contrat du droit civil comme du droit commercial (2), et, dans l'un et l'autre droit, la chose déposée en vertu de ce dépôt irrégulier périt pour le dépositaire (3).

444. Après le *débet* du mandataire, vient, dans son compte, le chapitre des créances qu'il peut

(1) Mon com. du *Dépôt*, n° 114.

(2) Pothier, n° 82, *Dépôt*.

(3) Mon com. du *Dépôt*, n° 91 et 114.

avoir contre le mandant par suite de l'exécution du mandat. Mais ceci rentre dans le commentaire des art. 1999 et suiv., et nous ne voulons pas anticiper, pour le moment, sur ce sujet.

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, 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée.

SOMMAIRE.

445. De l'exécution du mandat par substitution. Difficulté de cette matière.
446. En règle générale, le mandataire doit agir par lui-même; il répond de celui qu'il s'est substitué, et la loi fait peser sur lui les écarts de la conduite de ce dernier.
447. Mais il ne faut pas outrer cette règle. Pothier l'a exagérée. M. Cambacérés avait proposé d'introduire dans le Code civil son système. Notre article n'y a pas consenti.
448. Le mandataire doit agir par lui-même, lors même que le mandat ne lui en ferait pas un devoir. Cette obligation est de droit.
449. Elle devient plus étroite quand le mandat interdit au mandataire de se faire remplacer.

450. Idées sur l'étendue de la responsabilité du mandataire qui s'est substitué.
Comparaison de cette responsabilité avec celle du dépositaire et du *negotiorum gestor*.
451. Toute responsabilité cesse alors que le mandant a autorisé la substitution de telle personne désignée, ou a accepté le substitué.
Effets de cette acceptation.
452. *Quid* s'il a autorisé la substitution sans désigner la personne?
453. Et quelle est alors la mesure de responsabilité du mandataire?
Il ne répond que de son choix, et non de la conduite du substitué.
454. Quand est-il censé avoir fait un bon choix?
Il faut distinguer le mandat gratuit et le mandat salarié.
455. Suite.
456. Suite.
457. Suite. Décision de Casaregis.
458. Exception dans le cas de commission pour transports par terre et par eau. L'intérêt du commerce fait fléchir ici la règle générale. Le commissionnaire répond du voiturier jusqu'à l'arrivée de la marchandise.
459. Ce surcroît de responsabilité n'a pas toujours été inspiré aux commissionnaires de transports par la jurisprudence italienne.
460. Mais la jurisprudence française ne s'en est pas écartée. De là l'art. 99 du C. de com.
461. Le droit de se faire remplacer est quelquefois sous-entendu et implicite.
462. La substitution ne dispense pas toujours le mandataire primitif de veiller sur l'affaire.
463. Suite.
464. Décision de la rote de Gènes.
465. Examen de la question de savoir si le mandataire personnellement empêché peut se donner un remplaçant.

Gravité de cette question.

466. 1^{er} cas. L'affaire est-elle susceptible d'être différée?
467. 2^e cas. L'affaire est-elle urgente?
468. Jurisprudence italienne sur ce second cas. Utilité de la rappeler.
Espèce empruntée à Casaregis.
469. Autre espèce empruntée au même.
470. Conclusion.
471. 3^e cas, c'est-à-dire l'empêchement arrivant lorsqu'il reste à prendre quelques mesures conservatoires.
472. En toute cette matière, y a-t-il identité de principes entre le droit civil et le droit commercial?
473. Examen du système de MM. Delamarre et Lepoitevin qui tend à prouver que ces deux droits sont différents.
474. Objection contre ce système.
475. Suite. Preuve tirée de la discussion du conseil d'État.
476. Suite.
477. Suite.
478. Suite.
479. Suite.
480. Exemple à l'appui de cette discussion.
481. Autre exemple.
482. Conclusion.
483. La substitution peut se faire de deux manières.
484. 1^o De la substitution faite au nom du mandant.
Ses effets.
485. 2^o De la substitution faite par le substituant en son nom.
Ses effets.
486. Le mandant peut-il agir toujours contre le substitué au nom du mandataire?
487. But du paragraphe final de l'art. 1994.
488. Des tiers qui ont traité avec le substitué.

COMMENTAIRE.

445. L'exécution du mandat par délégation, remplacement, substitution, a toujours été un su-

jet de difficultés. Les docteurs italiens en ont fait la remarque (1), et depuis eux cette observation n'a pas cessé d'être vraie. Notre article cependant peut contribuer à les aplanir ; car il contient des règles dictées par l'expérience et une haute sagesse. Mais l'application n'en est pas toujours aisée, soit dans les matières civiles, soit dans les matières commerciales, dont il est la règle commune. On y rencontre des combinaisons d'affaires où des tempéraments sont indispensables pour maintenir dans les jugements cet esprit d'équité qui est la base de notre droit.

446. Un principe certain, également reconnu par le droit civil et par les interprètes du droit commercial, c'est qu'en général (2) le mandataire doit agir par lui-même pour exécuter le mandat (3). La raison en est simple : le mandataire a été choisi pour sa fidélité, son industrie, son zèle, son crédit. Il manque donc à une loi essentielle de la convention s'il se décharge, sur une personne ignorée du mandant, d'un office qui n'avait été confié qu'à

(1) Voir le *disc.* 225, n° 46, inséré dans les œuvres de Casaregis : « *Omnes doctores hoc disputant.* » Ce discours n'est pas de lui.

(2) V. *infra*, n° 461, l'exception résultant de la nature de certains mandats.

(3) Arg. de la loi 27, § 2, D., *Mandati*.

Pothier, n° 99.

Code espagnol, n° 136 : *El commissionista non puede delegarlos, etc., etc.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 54.

lui-même et en vue de sa personne (1). Et puisqu'il commet une faute par cette inobservation du mandat, il doit la réparation de tout le dommage qu'il aura occasionné par la mauvaise gestion de son substitué (2).

Voilà la règle. Elle est sage et rationnelle. Je suis étonné d'en trouver la méconnaissance dans un auteur judicieux, M. Zacchariæ. A l'entendre, le mandataire est autorisé, en général, à charger un tiers de l'exécution du mandat (3). Cette proposition n'est nullement exacte ; elle renverse la vérité de la situation ; elle signale comme un droit un agissement que la loi ne tolère qu'aux risques et périls du mandataire, et qui, en cas de dommage devient une cause de réparation. Si le mandataire usait d'un droit, il ne serait pas responsable des faits du substitué (4). C'est parce qu'il s'écarte de ses devoirs que la loi l'identifie avec le substitué et fait peser sur lui tous les écarts de conduite de ce dernier.

(1) Casaregis, *disc.* 36, n° 5 : *Censetur electa fides et industria mandatarii, qui deinde, si ad expediendum mandatum sibi collatum alium elegerit, semper ipsius periculo facit, sibi que hujusmodi ordinis inobservantiam imputare ac nocere debet. Utens enim operâ alienâ, et aliter disponens dicitur in culpâ, atque damnum quod dominus sensit, emendare tenetur.* Junge *disc.* 225, n° 16.

(2) Paul, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.* : « *Quod imprudenter elegeris, quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstas.* »

(3) T. 2, p. 129. Junge M. Duranton, t. 18, n° 250.

(4) Arg. du n° 2 de l'art. 1994.

447. Mais il ne faut pas outrer les conséquences de notre règle, et c'est peut-être ce que l'on peut reprocher à Pothier lorsqu'il prétend d'une manière générale que le mandant, par cela seul que le mandataire a commis un excès en se faisant remplacer, n'est pas tenu de ratifier ce qui a été fait par le substitué de son mandataire. Je pense que ce droit de laisser l'affaire pour le compte du mandataire n'est fondé que lorsque l'affaire n'a pas réussi ou qu'il y a eu pour le mandant quelque dommage. Mais si l'affaire avait été menée à bonne fin, qu'importe, je le demande, qu'elle ait été gérée par le mandataire lui-même ou par son remplaçant (1) !! Pothier pousse donc jusqu'à des résultats extrêmes le principe dont nous nous occupons. Aussi notre article se garde-t-il de le suivre jusque-là; car il se borne à dire que « le mandataire » répond de celui qu'il s'est substitué. » M. Cambacérès avait manifesté le désir de voir transporter dans le Code civil le système de Pothier. Le conseil d'État, sur les observations de MM. Treilhard et Berlier, y résista. Ces derniers firent observer que le mandant avait une garantie suffisante dans la responsabilité du mandataire. « Qu'y a-t-il » de mieux, disait M. Berlier, que cette garantie? Si » celui que le mandataire s'est substitué fait mal, » le mandataire en répondra. Mais s'il fait bien, » quelle action le mandataire pourrait-il avoir, » lors même que la clause prohibitive existerait?

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 54 (note).

» Elle serait au moins inutile (1) !! » M. Cambacérès se rendit à ces observations, et l'art. 1994 resta ce qu'il est aujourd'hui, se contentant de la responsabilité du mandataire, comme sanction de son devoir d'agir par lui-même. C'est, en effet, tout ce qu'il est raisonnable d'exiger. Sans doute, le mandataire a été en faute pour s'être fait remplacer, parce qu'il a compromis par-là le résultat de l'affaire. Mais si cette faute n'a abouti à aucun dommage, il est manifeste qu'elle ne peut donner au mandant le droit énorme de répudier l'affaire qui a réussi au gré de ses intentions. La jurisprudence n'admet pas de peines inutiles.

448. Pour que le mandataire soit tenu d'agir par lui-même, il n'est pas nécessaire que le mandant lui en ait imposé l'obligation. Cette obligation est de droit; elle n'a pas besoin d'être exprimée. Il suffit que le mandataire n'ait pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un pour que la loi le rende personnellement responsable de celui qu'il a fait agir à sa place.

449. Cette responsabilité devient plus étroite et plus évidente encore quand le mandat interdit au mandataire de se faire remplacer. Le mandataire qui se donne un remplaçant va directement contre la forme du mandat; et, dès lors, sa faute l'expose à des recherches sévères et à des dommages et intérêts appréciés sans ménagements. Ce n'est pas, cependant, que lorsque l'affaire est consommée et bien consommée, le mandant puisse argumenter

(1) Fenet, t. 14, p. 573, 574.

de cette substitution pour répudier l'opération. Nullement. Point d'intérêt, point d'action! Mais le droit qu'elle donne au mandant est celui-ci : révoquer le mandat lorsque les choses sont encore entières; laisser même, dans ce cas, pour son compte ce qui a été fait; ou bien, lorsque l'affaire est terminée et que son exécution donne lieu à des critiques, agir, soit par voie de dommages et intérêts, soit par voie d'abandon; se plaindre même, suivant les cas, que le secret des affaires a été trahi et qu'un tiers y a été initié témérairement.

450. Maintenant abordons quelques règles nécessaires pour mesurer l'étendue de la responsabilité du mandataire.

Dans le contrat de dépôt gratuit, où le dépositaire n'est tenu que de sa faute lourde (1), on ne fait pas peser sur le dépositaire qui s'est substitué quelqu'un la responsabilité des faits de ce dernier. On ne lui impute que le mauvais choix de la personne. S'il a bien choisi et que, contre toute attente, le substitué se rende coupable de dol, de faute, le dépositaire n'en sera pas responsable. C'est là une sorte de force majeure. Il sera quitte en cédant au déposant ses actions contre son substitué (2).

Il en est autrement dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, où le gérant est toujours tenu de la faute légère. Il est responsable de quelque chose

(1) Mon com. du *Dépôt*.

(2) *Africanus*, l. 16, *Depositl.*

de plus que de son mauvais choix : il est garant de la conduite de son substitué (1).

En matière de mandat, la responsabilité ne saurait avoir moins d'étendue. Le mandataire a promis, en général, d'apporter ses soins personnels à la gestion de l'affaire. Lorsqu'il manque à ce devoir, il est juste qu'il réponde des faits de son *alter ego* comme il répond de lui-même. J'ajoute même que l'on se tromperait beaucoup si l'on croyait que le mandataire ne répond de son remplaçant que comme il répond de lui-même dans les cas ordinaires. Car le mandataire, étant en faute, répond du substitué comme on répond de soi-même quand on est en faute. Il suit de là qu'il répond de l'aptitude, de la diligence, de la bonne gestion de son remplaçant, avec l'aggravation de la préexistence de sa propre faute. A la responsabilité ordinaire dont est tenu le *negotiorum gestor* qui fait faire par autrui la chose qu'il a entreprise sans mandat, s'ajoute la circonstance que le déléguant lui-même est en faute, et qu'il y a faute sur faute. Si donc la force majeure venait à atteindre le substitué et à faire périr la chose entre ses mains, le mandant en serait responsable. On sait que la force majeure, dont on est ordinairement exonéré, est une cause de responsabilité pour celui qui est en faute au moment où elle se manifeste (2).

(1) *Quòd is non rectè gessit.*

Paul, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.*

Accurse, et après lui Favre, ont remarqué la différence entre le cas de dépôt et celui de gestion (sur la loi 16, *Depositl.*);

(2) *Suprà*, nos 308, 370.

451. Mais toute responsabilité cesse lorsque le mandant a autorisé le mandataire à se faire remplacer par une personne désignée. Le mandant accepte alors cette personne ; il est censé connaître ses qualités et ses défauts. Si le choix est mauvais, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Ce point est sans la moindre difficulté (1), et l'on tient que le substitué est l'homme du mandant primitif, que c'est à ce dernier qu'il doit rendre compte (2), que le mandat est révoqué, non par les événements qui changent l'état du substituant, mais par ceux qui altèrent l'état du premier mandant (3).

452. Mais si le mandat, tout en autorisant le mandataire à se faire remplacer, ne lui désignait pas la personne, on sent qu'il en serait autrement. Le choix du substitué ne pourrait pas être rejeté sur le mandant, puisqu'il ne l'aurait pas fait. C'est le mandataire qui en serait responsable.

453. Mais quelle serait la mesure de la responsabilité?

D'abord, on aperçoit qu'on se trouve ici dans une sorte de milieu entre le cas où le mandat n'autorise pas la substitution, et celui où il la permet en désignant même le remplaçant. On ne saurait donc ni appliquer les règles de responsabilité sévère que nous avons posées ci-dessus

(1) *Disc.* 225, n° 46, dans les œuvres de Casaregis : *Omnia difficultas perimitur.*

(2) Casaregis, *disc.* 30, n° 55.

(3) *Infrà*, n° 758.

pour la première hypothèse (1), ni le principe contraire d'exemption complète qui a lieu dans la seconde (2). Il y a nécessairement à prendre un parti mitoyen.

C'est à quoi l'on est naturellement conduit en se rattachant à cette vérité générale : qu'on n'est responsable que de ce qu'on a fait et dans la mesure de ce qu'on a fait.

Or, le mandataire autorisé à faire un choix ne saurait répondre d'autre chose que d'avoir mal fait ce choix. A-t-il bien choisi, il est exonéré, quelle que soit la gestion du remplaçant, quelle que soit l'issue de l'affaire. En d'autres termes, il répond de son choix, parce que ce choix est de son fait ; mais il ne répond pas de la conduite du substitué, parce que cette conduite n'est pas de son fait (3). C'est la grande différence qui existe entre ce cas et celui que nous avons examiné au n° 450, alors que le mandataire n'est pas autorisé à choisir un remplaçant. Dans ce dernier cas, le mandataire répond et du choix et de la conduite du substitué ; dans le nôtre, au contraire, la conduite lui est étrangère ; il ne répond, comme le dépositaire (4), que du choix considéré en lui-même et indépen-

(1) N° 450.

(2) N° 451.

(3) Casaregis, *disc.* 36, n° 25.

— *Disc.* 225, nos 8, 9, 25.

D'après Balde, Bartole et une foule de docteurs en droit civil et en droit commercial.

(4) *Afric.*, l. 16, D., *Deposit.*

amment de tout évènement ultérieur (1). Je reviens, du reste, sur ceci au n° 457, où je complète ces idées.

454. Mais dans quelles circonstances le mandataire peut-il être considéré comme ayant fait un bon choix ?

Notre article répond à cette question. C'est lorsque celui qui a été élu n'était pas notoirement incapable ou insolvable. On ne saurait exiger rien de plus du mandataire qui rend un service d'ami et ne doit pas être traité avec sévérité. Quand même il n'eût pas été impossible de faire un choix meilleur, il suffit que le mandataire n'en ait pas fait un mauvais pour qu'aucun reproche ne puisse lui être adressé.

455. Mais lorsque le mandat est salarié, la responsabilité du mandataire s'apprécie avec plus de rigueur. Il ne suffit pas que le substitué ne soit pas notoirement incapable ou insolvable. Il faut encore qu'il soit notoirement capable, solvable, ou honnête (2). Ceci est surtout vrai dans le commerce, où la commission est salariée de droit, et où les affaires sont traitées avec toute la diligence que donne la recherche du gain.

456. Mais, faisons-y bien attention, dans ce cas tout aussi bien que dans le cas de mandat gratuit,

(1) Mon com. du *Prêt*, n° 111, où l'on verra la loi 20, D., *Commodati*, qui, interprétée comme je l'ai fait *in fine* de ce même n° 111, rentre dans notre cas et confirme la décision de l'art. 1994 C. c.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 62.

le mandataire est irresponsable de la conduite du substitué et de l'évènement. Répétons-le ! Lors même que le mandat est salarié, le mandataire, autorisé à se donner un remplaçant, ne répond que de son bon choix. S'il a choisi un substitué habile, honnête, il cesse d'être responsable lors même qu'il serait arrivé malheur à l'affaire confiée à ses soins.

457. Casaregis a discuté ceci au point de vue des matières commerciales, et sa décision est topique (1). Il argumente d'abord de la loi 20, D., *Commodati*, et je ne m'y oppose pas, pourvu qu'on veuille la prendre avec l'interprétation que je lui ai donnée dans mon commentaire du *Prêt*, n° 111, c'est-à-dire en ce sens que l'emprunteur était autorisé à se faire remplacer pour rendre la chose prêtée.

« Je donne à mon esclave le plus sûr et le plus fidèle une somme d'argent que je vous dois et que vous m'avez prié de vous renvoyer; mais il se laisse surprendre en route, et les voleurs le dépouillent. Suivant Julianus, je ne suis pas tenu. De là cette règle de Bartole (2) : *Si res culpâ nuntii perdat, perit periculo domini, nisi remittens fuerit in culpâ malæ electionis.*

» Le mandataire salarié n'est donc responsable, poursuit Casaregis, qu'autant qu'il choisit de mauvais représentants. Mais s'il les choisit de bonne réputation, intègres, suffisants (3), s'il donne la

(1) *Disc.* 36, n° 6.

(2) Sur cette loi.

(3) Casaregis, n° 7. *Junge le disc.* 225, n° 8, 9, 24, 25.

commission à une personne à laquelle il avait l'habitude de se confier entièrement (1), fût-elle pauvre, pourvu que sa réputation fût bonne (2), il n'est pas tenu. Il en est de même s'il s'est confié à une personne à laquelle tout autre eût donné sa confiance (3) et dont le mandant lui-même ne se serait pas défié (4).»

Peu importe l'évènement ! *malus administrationis subsequutus eventus* (5). Il suffit que le choix fût bon au moment où il a été fait. Si, plus tard, le délégué s'est corrompu, s'il a changé d'habitude (6), s'il a trompé de légitimes espérances, c'est une force majeure, un cas imprévu (7) qui a surpris les plus prudents (8); le substituant est exempt de toute faute : *excusatur ab omni culpa* (9).

458. A cette règle il y a une exception très notable ; elle a lieu dans le cas de commission pour les transports par terre et par eau. D'après l'article 99 du Code de commerce, le commissionnaire qui exerce cette industrie est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse la

(1) *Id.*, n° 8.

(2) *Id.*, nos 9 et 19. L. 3, D., *De test.*

(3) *Id.*, nos 9 et 12, Bartole, sur la loi 39, n° 1, D., *De solut.*

(4) Casaregis, nos 12, 15, 16.

(5) *Id.*, n° 18. *Junge disc.* 225, nos 8, 9, 10, 11, 12.

(6) *Si postea mores mutaverit* (n° 20).

(7) *Puri casus censendi sunt* (n° 24). *Junge disc.* 225, n° 51.

(8) *Id.*

(9) *Id.*, n° 23.

marchandise ; il répond du voiturier et des agents qu'il emploie jusqu'à ce que la marchandise soit arrivée à sa destination (1).

Et cependant le commissionnaire de transports ne peut effectuer par lui-même le voiturage des objets ; il est obligé de les confier à des voituriers, bateliers, patrons marins, etc. Son mandat contient virtuellement le pouvoir de se substituer ces sortes d'agents (2). Mais l'intérêt du commerce a fait fléchir ici la règle de l'art. 1994.

459. Il n'en a pas toujours été ainsi ; je trouve dans les monuments de la jurisprudence italienne des autorités graves qui s'élèvent contre ce surcroît de responsabilité imposé au commissionnaire de transports.

Au mois de décembre 1733, Jean Taglia, négociant, expédia aux héritiers Sébastien Bassi, de Bologne, deux chargements de soie pour que ceux-ci les fissent remettre à Marca et Ragueneau, de Livourne. Les héritiers Bassi les transmirent, de leur côté, à Lancelotti et Ambrosi, de Florence, leurs correspondants, commissionnaires de transports, et ceux-ci chargèrent, le 2 janvier 1734, Léon Orsi de transporter les marchandises à Li-

(1) M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély sur l'art. 99 C. de com. espagnol, art. 216.

C. portugais, art. 187.

C. hollandais, art. 89.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 63.

(2) *Disc.* 225, dans Casaregis, nos 5, 6, 8. Ce discours n'est pas de Casaregis.