

virtuellement renfermé, ainsi que l'enseigne Casaregis, dans ce même mandat, le cas de nécessité échéant ! ou bien, ce qui est mieux, en vertu d'un nouveau mandat donné par la nécessité et l'équité naturelle.

Ceci posé, le cas de force majeure et d'urgence étant reconnu, qu'y a-t-il à exiger du mandataire ? Une seule chose ! C'est qu'il n'ait pas commis de faute dans son choix (1), et il n'en a pas commis lorsqu'il a choisi une personne notoirement capable, honnête, etc. (2). Après cela, le mandataire ne répond en rien des effets de la substitution. L'affaire est aux risques du mandant, qui n'a plus d'action que contre le substitué.

Telle est, aux yeux de nos auteurs, la différence qui existe ici entre le droit civil et le droit commercial. Le premier sort du mandat pour s'en tenir à une gestion d'affaires ; le second reste dans les limites d'un mandat donnant virtuellement pouvoir de substituer ; et non-seulement MM. Delamarre et Lepoitevin veulent que le mandataire puisse, en cas d'urgence et de nécessité, opérer la substitution ; mais ils tiennent que c'est pour lui un devoir étroit, une obligation véritable (3). Tellement, que si le mandataire n'opérait pas la substitution et laissait périr l'affaire, il répondrait du dommage (4).

(1) Casaregis, *disc.* 36, nos 6, 40, 41.

(2) N° 60.

(3) N° 61.

(4) N° 59.

474. Il y a dans cette doctrine de MM. Delamarre et Lepoitevin une grande intelligence du droit commercial. Mais je crains qu'ils ne se soient pas fait des idées aussi justes sur le sens du droit civil.

Et d'abord, où MM. Delamarre et Lepoitevin ont-ils vu que l'art. 1994 est tellement précis dans son texte et tellement général dans son esprit, qu'il ne faille à aucun prix le limiter par des exceptions ? Sur quelle grande et puissante raison d'interprétation peuvent-ils s'appuyer pour ne pas donner au droit civil la portée que l'équité, la nature des choses et le bon sens leur font donner au droit commercial ? Est-ce que le droit civil est l'esclave des mots ? Est-ce qu'il n'a pas aussi un esprit qu'il est donné à l'équité et à la raison de découvrir ?

475. Mais pénétrons plus avant dans les éléments de la discussion.

Au conseil d'État, lors de la préparation de l'art. 1994, on s'occupa du cas où le mandataire serait empêché, par une nécessité personnelle et de force majeure, de faire la chose ; on prévint par exemple l'hypothèse où « le mandataire tomberait » malade dans un moment où *l'intérêt même du mandant exigerait quelques démarches actives* (1).

M. Treilhard énonça l'opinion que, dans un cas pareil, l'affaire ne doit pas souffrir de cet obstacle, et que la responsabilité du mandataire se trouve-

(1) M. Berlier (Fenet, t. 14, p. 573).

rait compromises s'il ne se faisait pas remplacer (1).

Ces observations parurent graves ; elles firent repousser une proposition de Cambacérés tendant à mettre dans la loi que la substitution serait formellement défendue au mandataire, lorsqu'il n'y aurait pas été autorisé par le mandat (2). On reconnut que la substitution était permise en cas d'empêchement personnel du mandataire ; que même il y avait des cas où ce dernier était tenu à se faire remplacer, s'il ne voulait pas engager sa responsabilité!!

476. Eh bien! que résulte-t-il de là? Que le mandataire qui se fait remplacer en cas d'empêchement agit nécessairement hors des fins de son mandat? qu'il se porte *negotiorum gestor* à ses risques et périls, et cesse d'être mandataire? Nullement. Il en résulte, au contraire, que, dans le droit civil, il y a des circonstances positivement prévues par les rédacteurs du Code, où le mandataire, empêché personnellement, peut et même doit se faire remplacer, tout comme s'il en avait reçu le pouvoir par la procuration. C'est, en d'autres termes, que l'impossibilité personnelle d'agir fait supposer, dans certains cas, que le mandat contient, sinon expressément, du moins tacitement et virtuellement, le pouvoir de choisir un remplaçant.

Eh bien! ce principe du droit civil, proclamé par les membres du conseil d'État, n'est-ce pas celui que Casaregis et autres docteurs enseignent en

(1) Fenet, *loc. cit.*

(2) Fenet, t. 14, p. 572.

droit commercial? Où est donc la différence entre les deux droits?

477. Consisterait-elle dans l'étendue de la responsabilité? Impossible!! L'existence du pouvoir présumé dont il vient d'être question nous place dans l'espèce du deuxième cas de responsabilité prévu par l'art. 1994, et cette responsabilité, bien différente en étendue de la responsabilité réglée par le n° 1, est pareille à celle que le droit commercial fait porter sur le commissionnaire.

478. L'erreur de MM. Delamarre et Lepoitevin vient de ce qu'ils transforment le mandataire civil, empêché personnellement et se faisant remplacer, en un *negotiorum gestor*, tandis qu'au contraire le mandataire commercial se montre à leurs yeux comme persistant dans le rôle de mandataire et armé d'un droit de délégation. Et comme le *negotiorum gestor* ne peut se placer dans le n° 2 de l'art. 1994, où se trouve forcément le commissionnaire, il s'ensuit, pour MM. Delamarre et Lepoitevin, que le droit civil a une autre mesure que le droit commercial.

Mais il n'est pas exact de dire que le mandataire civil qui, arrêté par un empêchement personnel, se fait remplacer, est nécessairement un *negotiorum gestor*. Il peut, tout aussi bien que le commissionnaire commercial, être présumé agir en vertu de son mandat sainement et largement interprété.

479. Nous l'avons dit, en effet, ci-dessus (1) :

(1) Nos 365 et 311.

lorsque le mandat est conçu dans des termes qui n'excluent pas positivement tel ou tel mode d'exécution, le mandataire, soit civil, soit commercial, empêché par la force majeure, peut dans certaines circonstances, doit dans d'autres hypothèses, pourvoir aux intérêts du mandant par des équipollents. Ces moyens sont censés rentrer dans la forme même de la procuration, et découler des pouvoirs que confère le *mandatum dubium*, comme dit Balde. Le mandataire qui agit alors au mieux des intérêts du mandant n'est pas un simple *negotiorum gestor*, il est vrai mandataire; il use d'un pouvoir implicite. C'est le sentiment universel.

Eh bien! le mandataire affecté d'une maladie qui l'empêche d'agir, ou arrêté par une impossibilité personnelle de même nature, n'est pas censé excéder la forme du mandat non prohibitif lorsqu'il emploie par équipollence le ministère d'autrui; et puisqu'il n'excède pas les fins du mandat, il reste mandataire aux termes de la procuration; il agit en vertu de cette procuration.

Partant, c'est le degré de responsabilité réglé par le n° 2 de l'art. 1994 qui lui est applicable. Donc nulle différence entre le droit civil et le droit commercial.

480. Éclaircissons ceci par quelques exemples :

Vous me chargez d'affranchir, au bureau de poste du marché voisin, une lettre que vous avez grand intérêt à faire partir aujourd'hui même. Empêché, par une indisposition subite, d'arriver jusqu'au bourg où se tient le marché, je donne votre lettre à un fermier de mes amis qui se rend au même

lieu, et dont la fidélité et l'exactitude méritent toute confiance. J'ai eu le droit de faire cette délégation; elle était dans les fins de mon mandat; la force majeure qui m'a arrêté en route m'autorisait à remplir ce mandat par équipollent. Que si mon remplaçant a oublié votre lettre ou l'a perdue, je n'en suis pas responsable aux termes du n° 2 de l'art. 1944. J'ai fait ce que je devais faire et avec les précautions que je devais y mettre.

481. Autre exemple :

Vous envoyez un dossier à un avocat à la Cour de cassation pour qu'il forme un pourvoi contre un arrêt qui vous est préjudiciable. C'est évidemment votre confiance dans ses lumières qui vous a déterminé à vous adresser à lui. Mais votre mandat le trouve gravement malade. Il ne peut s'occuper de l'examen de vos pièces, et cependant le délai fatal approche, et il ne reste pas un temps suffisant pour vous prévenir de ce contre-temps. Que faire alors? Sous la double influence de l'urgence et de la nécessité, l'avocat charge un de ses confrères de former le pourvoi. Mais voilà qu'un clerc de ce dernier soustrait les pièces et disparaît! Quoi! vous osez dire que votre avocat a eu tort de se donner un remplaçant!! vous essaieriez de le faire déclarer en faute pour mettre à sa charge la force majeure!! Il aurait été répréhensible s'il eût laissé périr vos intérêts, et vous voulez le rendre responsable de ce qu'il a fait pour vous!!

482. Il est donc vrai que le mandat civil et le mandat commercial obéissent aux mêmes raisons d'équité et aux mêmes principes. Que, dans les ma-

tières de commerce, la permission tacite d'opérer une substitution soit plus fréquente que dans les matières civiles, je l'accorde; que, dans les rapports civils, le mandataire ait moins fréquemment que dans les rapports commerciaux l'occasion d'agir à l'improviste et avec une prompte décision, c'est ce qui est incontestable. Mais de là il ne faut pas conclure qu'il y a défaut de conformité entre les deux droits. Leur identité est au contraire certaine; je dis même que les règles que l'on dit propres au droit commercial, à l'exclusion du droit civil, ont été empruntées par les Straccha, les Scaccia, les Casaregis, aux docteurs du droit civil, perpétuellement cités dans leurs livres.

483. La substitution peut se faire de deux manières : 1° au nom du mandant; 2° sous le nom du mandataire (1).

484. Lorsqu'elle est faite au nom du mandant, le mandataire est déchargé; il s'efface. Sa mort ne met pas fin à la délégation (2); car ce n'est pas de lui que le délégué tient ses pouvoirs. C'est à vrai dire du mandant lui-même. Le substitué devient l'homme de ce dernier et n'a plus affaire qu'à lui.

485. Lorsque la substitution est faite par le substituant en son nom, il n'en est pas de même. Les rapports primitifs entre le mandant et le mandataire continuent à subsister (3). Seulement le man-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 66.

(2) V. l'exemple cité, n° 468.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 67.

dant a un obligé de plus, le substitué, et il peut agir directement contre ce dernier.

486. Nous disons avec le § final de l'art. 1994 qu'il peut agir contre le substitué. Mais ce n'est pas à dire qu'il pourra agir toujours, dans tous les cas et nécessairement.

Qu'aurait-il, par exemple, à demander au substitué auquel le substituant aurait donné un mandat autre que celui qu'il avait reçu, et qui l'aurait exécuté ponctuellement? En droit civil comme en droit commercial, il serait destitué de toute action. Je ne conçois pas bien pourquoi MM. Delamarre et Lepoitevin aperçoivent une différence entre ces deux droits (1). De même qu'un négociant de Valparaiso à qui j'ai donné un ordre contraire à mon mandat, et qui s'en est fidèlement acquitté, n'a rien à démêler avec mon commettant, de même, mon voisin, que j'envoie porter vos arbustes chez Pierre tandis que vous m'avez donné l'ordre de les faire remettre à Jacques, n'a aucun reproche à recevoir de vous s'il a fait cette remise conformément à ce que je l'avais prié de faire.

En un mot, que l'affaire soit civile, qu'elle soit commerciale, ce n'est pas pour un cas pareil que le § final de l'art. 1994 a été édicté.

487. Quel est donc son but? C'est de donner action directe au mandant contre le substitué toutes les fois que celui-ci a commis une faute qui le rend passible de dommages et intérêts.

(1) N° 67.

488. Dans tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, nous ne nous sommes occupés, avec l'art. 1994 du C. c., que des rapports du mandant avec le mandataire; la responsabilité de la substitution a été envisagée par nous, soit d'après la nature du contrat de mandat, soit d'après les modifications opérées par la volonté des parties.

Mais que dirons-nous des tiers qui ont traité avec le substitué et ont été victimes de ses méfaits?

De deux choses l'une : ou le substituant a agi comme *nudus minister* dans la limite du mandat qui lui permettait d'opérer la substitution, et les tiers n'ont pas d'action contre lui; il n'est qu'un intermédiaire effacé (1). Le recours des tiers doit s'exercer, soit contre le mandant lui-même en vertu de l'art. 1384 du C. c., soit contre l'auteur du délit, s'il offre quelque solvabilité.

Ou le substituant a agi en son propre nom (2), et alors on demande si le substituant, actionné par les tiers en responsabilité pour le délit du substitué, pourra se prévaloir de la permission qu'il tenait de son mandant, et soutenir qu'il n'est tenu que de son mauvais choix et nullement de la mauvaise conduite du substitué? Il n'y serait pas fondé. L'art. 1994 n'est fait que pour fixer la condition des parties, d'après leur contrat de mandat; quant aux tiers, leur droit est réglé par l'art. 1384 du C. c., qui rend le commettant responsable du dommage causé par ses préposés dans les fonctions aux-

(1) *Suprà*, n° 484.

(2) *Suprà*, n° 485.

quelles il les emploie. Or, le substituant qui a agi en son propre nom est, pour les tiers, un véritable commettant qui répond à leur égard du fait de ses subordonnés.

ARTICLE 1995.

Quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée.

SOMMAIRE.

489. De la solidarité en cas de mandat donné à plusieurs. Elle n'existe qu'à la condition d'être exprimée.
490. Opinion contraire du jurisconsulte Scævola.
491. Avant Justinien, le droit romain veut que tous les mandataires soient solidairement responsables comme tous les emprunteurs d'une même chose le sont.
492. Différence qu'il met entre la responsabilité de plusieurs mandataires et celle de plusieurs dépositaires.
493. Abolition générale de la solidarité de plein droit par Justinien.
Quels effets cette mesure a-t-elle eus sur le mandat?
L'art. 1995 se range à l'opinion de ceux qui ont pensé que la solidarité avait été virtuellement abolie dans le mandat.
494. Par-là le mandat diffère du commodat où la solidarité est maintenue à l'égard des commodataires.
Raison de cette différence.
495. De l'exécution du mandat confié à plusieurs.
Droit de chacun des mandataires.
496. Lorsque le dépôt se mêle au mandat donné à plusieurs, tous les mandataires sont-ils solidairement tenus de l'obligation de rendre?