

CIÓN

KM321

.F8

T7

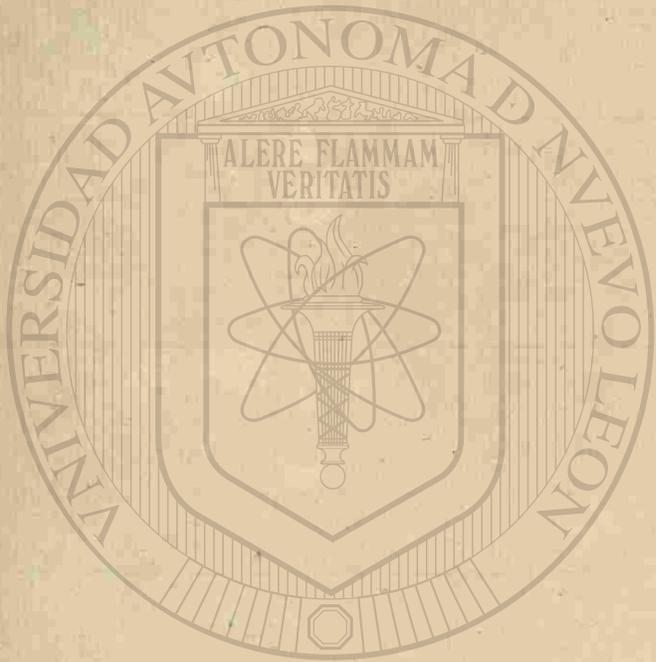
V.16

C.1



1080045806

Co # 5 Co # 1/24



DROIT CIVIL

U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



3417 = 4



DROIT CIVIL

EXPLIQUE.

COMMENTAIRE

DU TITRE XIII, LIVRE III, DU CODE CIVIL :

DU MANDAT.

XVI.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



23391

- Page 17, note 2, renvoie au n° 518, lisez : 519.
 — 40, ligne 5, n° 2, lisez : 31.
 — 47, note 1, renvoie au n° 413, lisez : 414.
 — 91, n° 93, après ces mots : *une quatrième différence,*
 ajoutez : *signalée par l'ancienne jurisprudence,*
mais effacée par l'art. 1395 du Code civil.
 — 104, la note 2 doit être la note 3, et réciproquement.
 — 109, ligne 7, vous vous, lisez : vous.
 — 110, — 26, par gestion, lisez : par geste.
 — note 1, renvoie au n° 130, lisez : 133.
 — 114, note 2, renvoie au n° 72, lisez : 71.
 — 207, ligne 13, pourquoi, lisez : pourquoï.
 — 209, note 3, renvoie au n° 366, lisez : 365.
 — 212, ligne 21, ajoutez le n° 554 avant ces mots : *d'une*
ornule.
 — 213, ligne 2, dont on ent, lisez : dont parle.
 — 279, note 1, renvoie au n° 132, lisez : 127.
 — 281, ligne 5, ratification, lisez : ratification.
 — 283, note 1, renvoie au n° 31, lisez : 131.
 — 590, — 3, renvoie au n° 627, lisez : 628.
 — 616, ligne 3, renvoie au n° 627, lisez : renonciation.
 — 649, — 18, déléguant, lisez : déléguant.
 — 649, — 24, déléguant, lisez : déléguant.
 — 650, — 6, cinq, lisez : quatre.
 — 652, note 1, renvoie au n° 763, lisez : 764.
 — 666, ligne 14, 707, lisez : 708.
 — 689, note 6, renvoie au n° 350, lisez : 360.
 — 692, ligne 23, n° 205, lisez : 707.
 Aux pages 347, 348, 358, 362, 414 et 415, au lieu de 200,
 210, 150, 220 francs l'hectolitre de blé, lisez : 20, 21, 15
 et 22 francs.

LE DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,

DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DU MANDAT.

COMMENTAIRE

DU TITRE XIII DU LIVRE III DU CODE CIVIL;

PAR M. TROPLONG,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION,
 OFFICIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGIION-D'HONNEUR,
 MEMBRE DE L'INSTITUT.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Coulliez,
 mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire.

TOME SEIZIÈME.

PARIS,
 CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
 40, RUE DE SEINE,

1846.

54067

KH 321

-F8

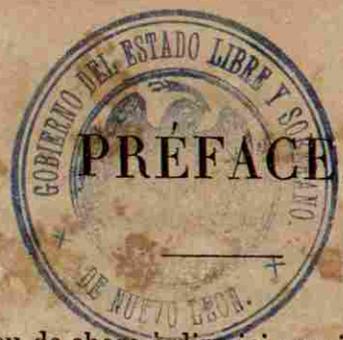
T7

V.16



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



PRÉFACE.

J'ai peu de chose à dire ici que je n'aie déjà dit dans le corps de cet ouvrage. Cette introduction sera donc très courte. Une préface n'est ni une redite, ni un hors-d'œuvre.

On a ingénieusement comparé le mandat au talisman merveilleux par lequel Pythagore était à la fois présent à Crotone et à Métaponte (1). Cette comparaison peint, aussi bien qu'une comparaison peut le faire, les idées que nous attachons au mandat et l'utilité que nous en retirons. « Il n'y a rien, » dit Savary, qui maintienne tant le commerce que » les commissionnaires ou correspondants. Car, par » leur moyen, les marchands et banquiers peuvent » négocier dans tout le monde sans sortir de leur » magasin ou comptoir (2). » L'homme, en effet, se multiplie, par le mandat, dans les lieux les plus divers, et pour cela il n'est besoin ni de divination ni de magie. Un simple contrat suffit à opérer ce miracle. Bien longtemps avant que les intérêts voyageurs n'eussent été dotés des moyens de locomotion si perfectionnés de nos jours, le droit avait pourvu à une autre nécessité, à la représentation la plus lointaine des personnes qui, ne pouvant ou ne voulant voyager, ont cependant besoin

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 385.

(2) Liv. 3, ch. 1 (t. 1, p. 563).

d'agir sur des points éloignés. L'individu est dispensé de s'y transporter; mais sa volonté y est présente; il suffit que la volonté, qui est l'homme même, ait franchi les distances, et qu'elle ait communiqué à un autre nous-même le pouvoir de nous remplacer.

Il y a cependant toujours eu certains actes de la vie civile qui ont exigé la présence réelle de la personne. Ce sont des actes tellement personnels, tellement solennels et importants, qu'il a fallu les réserver, et défendre de les célébrer par procuration. Nous citerons le mariage qui, à notre avis, et d'après le sens que nous attachons à l'art. 75 du C. c., ne peut être contracté légalement par procureur (1). Nous pourrions donner aussi comme exemple la célèbre maxime de notre procédure: *En France on ne plaide pas par procureur*. Mais nous craindrions de manquer d'exactitude. Ce brocard, en effet, en dit beaucoup plus qu'il ne veut dire, et il faut bien se garder de le prendre à la lettre. Pareil à presque tous les brocards, il vise à frapper l'esprit par un tour original, sans trop s'inquiéter si les mots ne dépassent pas le but. Il a paru piquant de mettre en adage qu'on ne plaide pas par procureur, dans un pays où tout le système de procédure ne marchait qu'à l'aide de procureurs, et où la constitution d'un procureur était même nécessaire et obligatoire. Aussi, en y regardant de près, n'est-il pas vrai d'avancer qu'on ne plaide pas

(1) L'opinion contraire enseignée par M. Merlin, Répert., t. 16, v^o *Mariage*, p. 731, est certainement erronée.

en France par procureur; car la loi et la pratique de tous les jours protestent contre une telle idée. Qu'ont donc entendu dire les inventeurs de ce brocard? Une chose très simple, et qui serait beaucoup plus claire encore s'ils n'avaient pas voulu faire de l'esprit sur le droit. C'est que quiconque vient demander justice aux tribunaux doit présenter sa requête en son nom, alors même qu'il se fait représenter par un mandataire. Lorsque les prétentions féodales rivalisaient avec les privilèges de la royauté, des hommes puissants, mais qui malgré leur puissance n'étaient que des sujets, croyaient s'abaisser en s'inclinant devant la justice du roi; et, à l'imitation du monarque, qui n'agit que par ses procureurs, ils cachaient leur orgueil derrière un procureur fondé qui parlait en son propre nom. C'est cette vanité aristocratique que le parlement voulut châtier en obligeant tous les vassaux, même les plus grands, à reconnaître la supériorité de la justice royale et à faire acte de soumission personnelle et nominative devant elle. La pensée du brocard en question est donc toute politique. Aujourd'hui elle a fait son temps, et quoique cette maxime soit fréquemment rappelée, même de nos jours, devant les tribunaux, il est rare qu'on puisse lui trouver un sens pratique et une valeur raisonnable (1).

Du reste, les actes civils dans lesquels la représentation par mandataire est défendue; sont aujourd'hui très rares. La liberté des conventions a

(1) V. M. Merlin (Répert., v^o *Plaider par procureur*).

conquis le droit d'employer le mandat dans presque toutes les négociations. Dans l'enfance de la jurisprudence, il n'en était pas ainsi. On n'a qu'à consulter les antiquités du droit romain (1). Sous l'empire du droit primitif de Rome, de ce droit religieux et aristocratique, chargé de formules et de mots sacramentels, la présence matérielle de la personne intéressée était indispensable. Il fallait qu'elle comparût elle-même pour prononcer les expressions consacrées auxquelles était attachée une vertu obligatoire. On verra plus bas comment les progrès de la jurisprudence ont secoué ce matérialisme, et doté le commerce civil de la liberté du mandat. Si Rome avait continué à être garrotée par de telles entraves, ses relations seraient toujours restées imparfaites, étroites, sans mouvement; son commerce n'aurait pu embrasser, comme il le fit plus tard, l'Italie, la Sicile, les Gaules, l'Espagne et l'Orient.

Le moyen âge a souvent reproduit les traits rudes et incultes de la barbarie romaine; mais il laissa échapper celui que nous venons de dépeindre. La cause en est aux habitudes que le droit romain classique avait répandues dans les populations. Le mandat se maintint donc, usuel et libre; on l'appliqua aux matières auxquelles il est naturellement applicable, et même à beaucoup d'autres dans lesquelles il semble ne pouvoir intervenir raisonnablement. C'est ainsi que l'on se battait en

(1) *Infrà*, n° 4.

duel par procureur (1); c'est ainsi que le droit canonique autorisa les mariages clandestins par procureur (2). Il y eut des procureurs de toutes les espèces et même des procuratrices (3): procureurs des seigneurs, des communautés, des églises, du fisc, etc., etc.

Mais ce qui est très remarquable, c'est que le moyen âge vit naître l'industrie des commissionnaires, qui est devenue une branche si importante et si utile du commerce moderne. Il faut s'arrêter quelques instants à son origine.

Rien ne prouve que le monde romain ait eu l'idée de la profession du mandataire commercial, que nous appelons commissionnaire. Dans l'antiquité, le commerce se faisait au loin par des commis permanents (4), nommés facteurs, ou institeurs, que le chef du négoce plaçait à la tête de ses comptoirs (5). Ce mode d'opérer fut aussi celui des plus grandes entreprises du moyen âge (6). Il fut pratiqué par les Lombards. On voit leurs comptoirs et leurs préposés en permanence dans la plupart des villes où il y avait des opérations à faire et de l'argent à gagner (7). Le célèbre argentier de

(1) Ducange, v° *Campio*.

(2) Durand de Maillane, v° *Procureur*, p. 527, et *Clandestin*.
Junge, v° *Mariage*, p. 36.

(3) Supplément à Ducange, v° *Procurator*.

(4) *Infrà*, n° 60, je donne la définition de la *preposition*.

(5) *Infrà*, n° 61, la variété de ces prépositions d'après le droit romain.

(6) Ducange, v° *Draperius*, *Factores*.

(7) *Mon com. de la Société* (préface, p. Lxi et la note (5)).

Charles VII, Jacques Cœur, exploita par le même moyen le monde commercial d'alors (1), et surtout le midi de la France. On sait à quelle immense fortune il arriva, et les services qu'il rendit à l'ingrat Charles VII!! Le nom de plusieurs de ses facteurs a été conservé avec honneur par les historiens.

Mais l'exploitation d'un commerce par l'établissement de comptoirs suppose des moyens puissants et de forts capitaux; elle est dispendieuse et ne peut se soutenir qu'à l'aide de gros bénéfices. Elle n'est pas à la portée de tous les spéculateurs (2). Au contraire, le commerce qui s'opère à l'aide de commissionnaires (3), auxquels on se borne à donner un tant pour cent pour chaque affaire, exige moins de frais; il ne nécessite pas un capital roulant aussi considérable; il y a économie dans les dépenses de loyers, magasins, salaires du personnel, déplacements, etc., etc. Il semble donc que ce soit une idée fort naturelle et fort simple que d'agir sur les places éloignées par l'intermédiaire de correspondants ou commissionnaires. Mais, en toute chose, ce qui est le plus simple est le plus difficile à trouver. On n'arriva donc que tardivement à ce mode d'opérer, et on pratiqua longtemps le gouvernement d'un commerce par des facteurs ou des instituteurs.

Deux causes cependant contribuèrent à faire

(1) Mém. de l'Acad. des inscript., t. 20, p. 509. Mémoire de M. de Bonamy. Voyez aussi M. Sismondi, t. 43, p. 537.

(2) Savary, t. 1, p. 571 et 572.

(3) V. *infra*, n° 67, la différence entre le *commissionnaire* et le *préposé*.

changer cette habitude: ce furent la concurrence et le privilège. Ces deux contraires se donnèrent la main pour ouvrir au commerce une voie différente.

Lorsque le commerce eut pris de l'accroissement et que la concurrence eut fait baisser les profits qu'on en retirait, il fallut s'ingénier pour diminuer les frais généraux. On commença à avoir recours aux commissionnaires ou correspondants, gens placés sur les lieux, offrant des garanties d'aptitude et de probité, et servant d'auxiliaires beaucoup moins coûteux que ne l'était l'établissement d'un comptoir.

Mais ce progrès fut surtout secondé par les institutions commerciales du moyen âge: et ce qu'il y a de remarquable, c'est que ce fut dans les entraves même apportées à l'industrie que l'industrie du commissionnaire trouva sa plus grande raison d'utilité, d'application, de développement (1).

En effet, les corporations de marchands étaient, comme toutes les autres corporations, fort jalouses de leurs privilèges; leur esprit local avait élevé de tous côtés des barrières et des prohibitions. Une de ces prohibitions, la plus importante à signaler pour notre sujet, était celle-ci: tout marchand forain, régicole ou étranger, n'était investi qu'en temps de foire du droit de vendre sa marchandise librement, soit dans sa maison, soit dans son hôtellerie, soit dans sa boutique ou son magasin, soit de toute autre manière, en gros ou en détail. C'est

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin ont très bien expliqué ceci dans la préface de leur excellent ouvrage.

seulement en temps de foire que la vente était libre pour le forain. Mais quand la fin de la foire avait fait expirer ce rendez-vous donné aux marchands étrangers à la localité, il n'y avait que les marchands du corps de la maîtrise locale qui pussent vendre en boutique, soit en gros, soit au libre détail. Les forains ne pouvaient vendre qu'aux halles et sur les marchés publics; défenses expresses leur étaient faites de vendre ailleurs, à peine d'amende (1).

Cette prohibition était souvent éludée. Les forains, après avoir introduit leur marchandise dans la ville, se retiraient dans les hôtelleries et les magasins loués par eux; ils y faisaient concurrence aux marchands locaux; ce qui paraissait fort préjudiciable à ces derniers, puisqu'il en résultait une diminution de profits et qu'ils avaient plus de peine pour subvenir aux charges ordinaires des villes, dont les forains logés aux hôtelleries étaient exempts.

Les corps de marchands élevèrent la voix, et, pour donner une sanction à leur privilège, ils firent rendre des règlements sévères qui apportèrent de nouvelles entraves à la liberté des forains. On établit donc (et ceci fut en vigueur dans les villes de Paris, Orléans, Bordeaux et autres en grand nombre) (2) que le forain, régnicole ou étranger, ne pourrait décharger et vendre sa marchandise qu'en

(1) Ord. du roi Jean de 1350, art. 163.

(2) V. le préambule de l'édit d'Henri III de mars 1586 (Fontanon, t. 1, p. 1025).

temps de foire, et ce, sur les halles seulement et places où la foire se tiendrait.

Que si, après la fin de la foire, il restait aux forains des marchandises non débitées, ils ne pourraient les vendre qu'en gros, aux halles ou lieux publics, en balles ou sous cordes, et pièces entières.

Et encore ce droit de vendre en gros n'était-il pas absolu. Le forain ne pouvait l'exercer qu'en personne; il ne lui était pas permis de se faire représenter par des facteurs, serviteurs ou commis. Il était même défendu à tout marchand de la localité de prêter son ministère au forain et de vendre par commission sous son nom et autrement; car c'eût été faire participer ce forain à des avantages qui ne pouvaient appartenir qu'aux maîtres reçus dans le corps. Des commissionnaires en titre d'office étaient institués pour vendre la marchandise du forain qui ne pouvait ou ne voulait la vendre lui-même. C'est par les mains de ce commissionnaire vendeur qu'il fallait nécessairement passer. Un édit d'Henri III, de mars 1586, enregistré au parlement de Paris le 16 juin de la même année, remit en vigueur pour tout le royaume ces règlements rigoureux, tyranniques, souvent violés ou méconnus. Le roi se fonde sur l'usage, sur les privilèges octroyés aux marchands des villes jurées, sur les anciennes ordonnances de police (1).

Ainsi, les villes de maîtrise étaient des lieux privilégiés, où un étranger ne pouvait avoir de comptoir pour vendre. C'eût été empiéter sur

(1) Fontanon, *loc. cit.*

le droit exclusif des marchands locaux. Aujourd'hui, nous voyons les gros marchands se servir de la liberté pour faire du monopole et écraser les petits marchands incapables de lutter avec eux. Autrefois, le privilège avait été l'abri des petits marchands; ils s'étaient retranchés dans le monopole des corporations pour conserver la liberté de leur action et se préserver de l'établissement de comptoirs, qui, ne pouvant être que le fait de négociants riches et opulents, étaient pour eux une cause de ruine. — Voilà la marche du monde : le mal est à côté des meilleures choses, le bien à côté des plus mauvaises.

Ces réglemens portèrent donc un rude coup au commerce géré par le moyen de comptoirs. De plus, ils constituèrent la commission en une industrie spéciale et privilégiée; ils en firent un ministère, un office; ils lui donnèrent un relief dont la liberté du commerce a profité de nos jours pour ajouter à ce genre de spéculation d'heureuses et larges combinaisons.

Nous devons remarquer, au surplus, que ces réglemens, si hautement caractéristiques de l'esprit étroit du moyen âge, ne s'appliquaient qu'à la vente des marchandises. Quant à l'achat, il était libre (1); il pouvait s'exercer en personne, ou par commissionnaires, ou par facteurs. Les privilégiés, loin d'avoir intérêt à le gêner, ne pouvaient, au

(1) Savary, t. 1, p. 569.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, préface, p. x.

contraire, que gagner à voir les acheteurs se multiplier.

Notons aussi qu'il y eut des villes libres auxquelles les prohibitions ne s'étendirent pas, et que toute personne, même un forain, y avait le droit de faire la commission non-seulement pour acheter, mais même pour vendre. On peut citer Lyon (1).

Quoique l'édit de 1586 eût été remis en vigueur pour la ville de Paris en 1601 et 1613 (2), cependant les idées en étaient trop contraires au véritable esprit du commerce pour pouvoir résister plus longtemps. Savary nous apprend que, de son temps, il était tombé en désuétude, et que, nonobstant toutes les défenses, il n'y avait pas d'honnête marchand de Paris qui ne se chargeât de commissions de vendre pour des forains. Savary démontrait sans peine que cet usage était profitable aux corporations, loin de leur nuire, et que le commerce ne pouvait que s'en montrer satisfait. Et néanmoins, tels étaient encore les préjugés accrédités dans les meilleurs esprits, que Savary lui-même convient que le forain ne peut vendre à Paris que par le ministère d'un marchand parisien, son commissionnaire, afin que la corporation participe par ses membres aux bénéfices des ventes faites par les forains; il cite l'usage de l'Angleterre, également conforme à ce droit exclusif du marchand du lieu. Partout encore l'écono-

(1) Savary (*loc. cit.*).

(2) *Id.*

mie sociale reposait sur des intérêts égoïstes et sur des privilèges de corporations.

Tel était donc le point auquel on était arrivé à l'époque de la révolution française. Le forain, soit régnicole, soit étranger, qui voulait opérer des ventes sur une place de commerce, devait nécessairement passer par les mains d'un marchand incorporé à la maîtrise. Quant aux autres opérations du commerce, achats, transports, banque (1), etc., rien n'empêchait de les faire faire par des commissionnaires quelconques, même étrangers. Il est même à remarquer que, bien que les étrangers qui élevaient en France une maison de banque dussent donner caution, on n'exigeait pas cette sûreté des étrangers qui venaient s'établir en France pour être les correspondants et commissionnaires des banquiers de leur nation (2).

L'abolition des maîtrises et des jurandes a donné à la profession du commissionnaire une entière liberté. Elle n'est soumise qu'à la patente. Cette industrie, après avoir été un office, puis après être tombée dans le domaine privilégié des corporations, a fini par se réunir, comme toutes les autres, au domaine public. Il suffit de regarder autour de soi pour apercevoir l'importance, le mouvement, le développement vaste et actif que la liberté lui a imprimés.

(1) Savary, *loc. cit.*, p. 580.

(2) Savary, *loc. cit.*

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XIII :

DU MANDAT.

DÉCRÉTÉ LE 10 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 20 DU
MEME MOIS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DU MANDAT.

ARTICLE 1984.

Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

SOMMAIRE.

1. Base philosophique du mandat.
2. Il est, par sa nature, un acte officieux.

3. L'origine du mot *mandat* vient de la jonction des mains particulièrement pratiquée lorsqu'on abandonnait la gestion de ses affaires à la fidélité d'autrui.
4. Le mandat, comme convention engendrant un lien de droit, n'est entré qu'assez tard dans le droit romain. Historique à cet égard. Antiquités romaines. Règle : *Per extraneam personam acquiri non posse*. Ses modifications ultérieures alors que le droit devient plus équitable.
5. Définition du mandat.
6. Tantôt le mot mandat signifie le contrat produit par la réunion de deux volontés, l'un disant *rogo*, l'autre répondant *recipio*.
Tantôt il signifie la simple procuration, acte unilatéral, préexistant à l'acceptation.
Erreur de Doneau à ce sujet et réfutation.
7. Critique de la définition donnée par l'art. 1984.
8. Suite. L'art. 1984 se trompe quand il dit que le mandataire fait la chose *au nom du mandant*. Il y a une foule de cas où le mandataire n'agit pas à l'égard des tiers au nom du mandant.
9. Suite. Autre reproche. Le mandat n'est pas seulement un *pouvoir d'agir* ; quand il a été accepté, il impose le *devoir et l'obligation* d'accomplir le mandat.
10. Il faut donc chercher une définition meilleure que celle de l'art. 1984. Le mandat est un contrat consensuel et non réel comme le dépôt.
11. Il est synallagmatique imparfait.
12. Le mandataire s'appelle aussi *procurateur*.
13. Le mandataire s'oblige à agir. C'est un des traits essentiels du contrat de mandat.
14. Il ne faut pas confondre ses services avec les services bénévoles qu'on rend sans entendre se lier, et qui restent précaires.
15. On examinera donc si la personne qu'on a chargée de ses

intérêts a entendu agir *procuratorio nomine*. C'est le conseil d'Ulpian.

Ainsi, le simple *conseil* n'oblige pas, et ne doit pas être confondu avec le *mandat*.

16. Application de ceci à l'*avocat* qui se trompe dans une consultation. Opinion de Bartole.
17. Autre application aux *notaires* et *agents de change* qui communiquent leur *opinion* sur une affaire.
18. Le notaire et l'agent de change ne seraient même pas responsables lorsqu'à leur *conseil* ils auraient joint, de bonne foi, l'éloge de l'affaire conseillée.
19. Mais s'il résultait que celui qui a donné le conseil a voulu aller plus loin, et qu'il s'est constitué *agent*, il serait tenu par l'action *mandati*.
20. Exemples tirés de la jurisprudence et applicables aux *notaires*.
21. Suite.
22. Suite.
23. Suite.
24. Suite.
25. Suite. Rigueur de quelques interprétations.
26. Il faut que la jurisprudence, tout en faisant justice, ne dépasse pas les bornes d'une sévérité raisonnable à l'égard des *notaires*.
27. Gratuité du mandat. Renvoi.
28. Une condition essentielle du mandat est que le mandataire conduise l'affaire à fin et ne néglige rien.
29. L'affaire, objet du mandat, ne doit pas être terminée lorsque le mandat est donné.
30. L'affaire doit être *licite*.
31. Quand l'affaire n'est pas licite, le mandat ne produit pas action en justice.
Quid si le mandataire est de bonne foi? Dans quel cas est-il de mauvaise foi?
32. Le mandat qui a pour objet le désavantage du mandant

n'est pas sérieux. On peut même dire qu'il n'est pas honnête de s'en charger.

33. Le mandat n'exige pas que le mandataire soit le représentant du mandant à l'égard des tiers. Renvoi.

Il n'exige pas non plus que le fait soit de ceux que le mandant pourrait faire par lui-même.

34. Mais le mandataire doit nécessairement agir sur l'ordre ou pour le compte d'autrui.

Il n'y a pas de mandat dans le pur intérêt du mandataire.

35. Cependant, le mandat peut n'être pas étranger aux affaires du mandataire; mais il faut que l'intérêt du mandataire ne soit pas le seul.

36. Le mandat peut être donné dans l'intérêt d'un tiers.

37. Du procurator *in rem suam*.

38. De la bonne foi dans le mandat.

39. Le mandataire contracte l'obligation de rendre compte.

40. Rapports du mandat avec d'autres contrats.

41. Différence du mandat avec l'ordre donné à une personne qu'on a sous sa dépendance.

42. Suite.

43. Différence du mandataire et du *prête-nom*.

44. Différence du mandat et de la *recommandation*.

45. Suite.

46. Suite.

47. Suite.

48. Suite.

49. Suite.

50. Suite. Dans le doute, faut-il présumer le mandat ou la recommandation?

51. Rapports du mandat et de la *fidijussion*.

52. Suite.

53. Rapports du mandat et de la *société et du dépôt*.

54. Rapports de ce contrat avec le louage d'ouvrages. Renvoi.

55. Mélange du mandat avec beaucoup d'autres agissements. Variété de ses combinaisons et de ses aspects.

56. Suite.

57. Circonstances accidentelles qui donnent aux diverses espèces de mandats leur caractère distinctif.

58. Fréquence du mandat dans le droit commercial.

Des *commissionnaires*; ils sont les mandataires du commerce. Des *preposés*.

59. Différence entre la préposition et la commission.

60. Définition de la *preposition*.

61. Nombre infini de *preposés*.

62. Suite.

63. Division de la préposition en deux branches.

1^{re} branche.

64. 2^e branche. Du *preposé* qui a le caractère d'*alter ego*.

65. Définition de la *commission*.

66. En quoi elle diffère du *courtage*.

67. En quoi elle diffère de la *preposition*.

68. Du *courtier*. Est-il mandataire?

69. Sa fonction.

70. Différence du mandat et de la gestion d'affaires, *negotiorum gestio*. Le premier est un contrat, le second agissement est un quasi-contrat.

71. Ce quasi-contrat n'existe qu'à la condition qu'il n'y ait pas de consentement *exprès* ou *tacite*. Ceux qui croient que le consentement *tacite* laisse à l'agissement le caractère de quasi-contrat *negotiorum gestorum* sont dans une grande erreur. Renvoi au n° 118 pour la démonstration de ce point.

72. L'opération doit donc être entreprise à l'insu du maître pour être le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. La connaissance qu'il acquiert plus tard ne change pas le caractère de l'agissement.

73. L'obligation du maître dérive, non pas d'un consentement feint, supposé, présumé, ou suppléé par la loi, mais de l'équité et du droit naturel.

74. La gestion d'une affaire avec un mandat nul est une

gestion d'affaires. Quand le mandataire excède les bornes de son mandat, les actes faits en dehors de ce même mandat doivent être rapportés au quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

75. *Quid juris* de celui qui gère l'affaire d'autrui contre sa volonté et malgré ses défenses ?
Opinions diverses à ce sujet.
76. État de la controverse en droit romain. Dissentiment entre les juriconsultes.
77. L'opinion préférée par Justinien est condamnée par beaucoup d'interprètes.
78. Renaissance de la question sous le Code civil. M. Toullier défend la solution de Justinien. D'autres l'attaquent.
79. L'opinion de l'auteur est que la solution de Justinien est trop absolue. Le faux y est mêlé avec le vrai.
80. Examen de la question au point de vue moral.
Il est permis de faire du bien à quelqu'un malgré lui.
81. Application de ce principe de morale à la difficulté, et distinction dont il faut user dans cette application.
82. Exemple où le principe ci-dessus ne doit pas être appliqué.
83. Autre exemple où il faut l'appliquer.
84. Conclusion.
85. Du reste, les droits de celui qui gère l'affaire du maître contre la volonté de ce dernier sont subordonnés au succès de son entreprise.
86. C'est pourquoi il y a une différence notable entre celui qui gère l'affaire à l'insu du maître, et celui qui la gère contre son gré.
87. Suite de la comparaison du mandat avec la gestion d'affaires.
88. L'action du gérant n'est reçue qu'autant que sa gestion porte un caractère manifestement utile.
89. On doit intervenir plus sobrement dans les affaires d'un commerçant que dans les affaires civiles.

90. Autre différence entre le mandat et la gestion d'affaires.
91. Suite.
92. Suite.
93. Suite.
94. Suite et fin.
95. Le mandat est susceptible de modalités diverses, soit sous le rapport du nombre et de la liaison et de l'étendue des affaires, soit sous le rapport du temps.
96. Le mandat sans terme est censé perpétuel. Renvoi au n° 444.
97. Le mandat peut être donné à plusieurs.
98. Mélange du mandat avec d'autres agissements. Règle pour savoir à qui appartient la préférence.
Mélange du dépôt.
Mélange de la société.
99. *Quid juris* de l'associé gérant ? Peut-on voir en lui un mandataire passible des peines de l'article 408, s'il abuse de la confiance des associés ?

COMMENTAIRE.

1. La nature a établi entre les hommes une grande inégalité d'intelligence, d'aptitude et de force. Mais la société corrige cette inégalité par un bienfaisant échange de devoirs et de services. Ce que l'on ne peut accomplir par soi-même, on le fait faire par une main officieuse, et la foi d'un ami supplée à notre insuffisance : « *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus*, dit Cicéron, *in his, operæ nostræ vicaria, fides amicorum componitur* (1). » De là le mandat, si souvent employé pour arriver, par le ministère d'autrui, à un résultat qu'on ne pourrait atteindre par ses propres moyens. Le mandat em-

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.

prunte le zèle, la capacité, le bon vouloir d'autrui ; il fait tourner ce dévouement au profit des affaires du mandant ; à la place de celui qui ne pouvait ou ne savait agir, il substitue une personne apte qui pourvoit par sa gestion à des intérêts compromis. Telle est la base du mandat. Le même Cicéron a très bien exposé ce point de vue moral dans ces élégantes paroles : *Non enim possumus omnia per nos agere. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur* (1).

2. Le mobile originaire du mandat est dans l'amitié. Aussi haut qu'on remonte dans le droit, on voit les interprètes de cette science rapporter l'agissement du mandataire à la classe des actes officiels (2). Le contrat de mandat est donc, par sa nature, un contrat de bienfaisance ; nous verrons l'article 1986 le déclarer gratuit, s'il n'y a convention contraire. Cette règle est fertile en conséquences ; elle part d'une distinction profonde entre les services qui se paient, et ceux qui sont inestimables parce qu'ils sont le fruit du dévouement, du zèle, de l'amitié (3). Elle se rattache à cette grande division des actions des hommes, empruntée par la jurisprudence à la philosophie : les unes

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.

(2) Paul, l. 1, § 4, D., *Mandati* (lib. 32, ad edict.) : *Originem ex officio atque amicitia trahit.*
Cicéron, *loc. cit.*

(3) M. Bertrand de Greuille (disc. de cet organe du Tribunal au corps législatif) (Fenet, t. 14, p. 606).

ayant pour cause l'intérêt, les autres la sympathie (1). Le mandat, dans son élément primordial, dans son état pur, est de la famille des contrats désintéressés, où la sympathie rapproche les parties et préside à leurs rapports (2).

3. D'où vient le mot *mandat* ? Les étymologistes ont cherché la solution de cette question. Les anciens, dont l'habitude était de dédier à une divinité les principales parties du corps, considéraient la main comme le symbole de la fidélité (3). Quand une personne voulait s'engager à une autre dans ces siècles ignorants et grossiers où l'écriture était si rare, elle lui donnait la main comme gage de sa foi. Cette pantomime religieuse et juridique était surtout pratiquée alors qu'on s'abandonnait pour la gestion d'une affaire à la fidélité d'autrui ; il ne faut donc pas s'étonner si une telle convention a retenu le nom de mandat, ou *manu datum*. La jonction des mains a dû y figurer d'une manière plus caractéristique et plus nécessaire que partout ailleurs. Dans d'autres contrats dont la bonne foi est aussi l'âme et le lien, il y a une chose livrée, et c'est par cette chose que l'obligation devient parfaite : tels sont le prêt, le dépôt. Ces contrats ont pris

(1) V. mon com. du *Prêt*, nos 1 et 2, et Cicéron, *De amicitia*, 8.

(2) Mon com. du *Prêt*, n° 2.

(3) C'est pourquoi Virgile dit : *fallere dextras*, c'est-à-dire *fidem*. » Térence dit aussi : *per dexteram, per fidem* (Andr., act. 1, s. 5).

un nom qui se rapporte au fait extérieur de la tradition et qui en signale les conditions et le but. Mais, dans le mandat où la circonstance de tradition n'intervient pas, où l'agissement consiste dans un simple acte de confiance, dans le simple emploi de la bienveillance d'autrui pour la gestion d'une affaire, la main donnée et reçue était la seule manifestation possible de la mission donnée et acceptée; dès lors, il est naturel qu'elle ait communiqué son nom au contrat auquel elle assurait une sanction et procurait une réalisation extérieure (1). C'est ainsi que les choses se passaient encore du temps de Plaute. Quand, dans la comédie des Captifs, Tyndare a fini d'exposer à Philocrate le message dont il le charge, il lui dit en lui serrant la main :

« *Hæc per dexteram tuam, tu dexterâ retinens manu,*
 » *Obsecro infidelior mihi ne fias, quàm ego sum tibi.* »

Et Philocrate lui répond :

« *Mandavisti satis!*
 » *Satis habes, mandata quæ sunt, facta si resero* (2). »

4. Les jurisconsultes qui se sont livrés à l'étude de l'histoire, Noodt, Heineccius, etc., ont fait remarquer que le mandat n'est entré qu'assez tard parmi

(1) Isidore, lib. 5 *Orig.*, c. 24.

Noodt, *Probabil. juris civilis*, lib. 4, c. 12.

Doneau, *Com. de jure civil.*, lib. 13, c. 10, n° 13,
in fine.

Heineccius, *Antiq. rom.*, III, 27, 19.

(2) *Captiv.*, act. 2, scène 3, v. 82.

les conventions du droit romain engendrant un lien de droit (1). On suivait, dans l'origine, la foi du mandataire; on n'avait d'autre garantie que son zèle et sa loyauté (2). Mais peu à peu la promesse officieuse du mandataire parut devoir être placée sous l'autorité des lois, et la garantie d'une action en justice se joignit à celle de la conscience.

Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable, que les peuples barbares, toujours soupçonneux et défiants, aiment mieux soigner eux-mêmes leurs propres affaires que s'abandonner à des tiers pour les gérer. Chez eux, le père de famille vit dans l'isolement; il ne se communique pas; il craint, en se confiant à des mains étrangères, de trouver des maîtres ou de perfides auxiliaires. Il ne comprend pas, d'ailleurs, que lorsqu'il s'agit de se mettre en rapport avec des tiers, sa capacité d'agir, de contracter, puisse se transmettre à un intermédiaire. Ses idées rétrécies et rebelles à toute spiritualité ne conçoivent que la présence réelle de la personne intéressée, se présentant corporellement, prononçant elle-même la promesse, la recevant elle-même de la bouche qui s'oblige. Dans ces civilisations peu avancées, le mandat est donc, sinon inconnu, comme le dit Vico (3), du moins si rare, que le droit n'a pas à s'en préoccuper.

(1) Noodt, *loc. cit.*, et Heineccius, *loc. cit.*

(2) Argt. de la loi 14 D., *De precario*.

(3) Livre 2, p. 209, de la trad. de madame de Belgiojoso.

Le vieux droit romain nous a laissé des vestiges curieux de ce matérialisme. Dans son système, la personne d'un citoyen ne pouvait être représentée par aucune autre dans les actes du droit, et, soit qu'il fût question d'acquérir, soit qu'il fût question de former une obligation, soit qu'il y eût lieu à agir en justice, la forme romaine exigeait la présence matérielle de la personne intéressée. Ainsi, point de stipulation (1), ni de mancipation (2) par procureur; car ce sont des actes solennels dont la force obligatoire repose dans certaines paroles et certains rites pour la prononciation et la célébration desquels un représentant ne saurait être admis. Point d'action de la loi par procureur (3), point d'addition solennelle d'hérédité ou création par procureur (4). La règle est: *Per extraneam personam nihil acquiri posse* (5).

Mais lorsque la jurisprudence se fut ouverte à des idées moins matérielles et à des formes moins gênantes, lorsque le droit naturel eut introduit des

(1) Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 40, 2; l. 38, § 17, D., *De verb. oblig.*; argt. de la l. 13, § 10, D., *De acceptil.*; Ulp.

(2) Caius, IV, com. 82. Inst., *De iis per quos agere possum.* Cujas, XV, *Observ.* 16.

(3) Ulp., l. 123 D., *De reg.* Heinecc., *Antiq. rom.*, IV, 40, *juris.* Noodt, ad. t. *De proc.*

(4) Arg. de la loi 90 D., *de acq. hered.* (Paul.)

(5) Caius, II, com. 93.

Vico, *loc. cit.*

M. Ortolan a très bien exposé ce point de droit, *Inst.*, préface, p. LXI, LXII, et p. 450 et 360, 761 et 871. V. mon com. du *Cautionnement*, n° 56.

notions plus larges d'équité et assigné à la liberté une plus grande place, on comprit que l'obligation de se présenter soi-même était gênante et inutile, et, dans les agissements du droit des gens, on autorisa l'intervention des procureurs. Bientôt la faculté d'agir par mandataires devint de droit commun, et elle ne fut refusée que dans certains actes encore empreints du formalisme du vieux droit (1).

Et toutefois, par respect pour les antiques traditions, le mandataire ne fut pas admis comme représentant, à l'égard des tiers, de la personne qui l'avait constitué. Le mandataire parlait en son propre nom; c'était lui qui s'engageait personnellement envers ces tiers, et c'était envers lui seul que les tiers étaient liés. Le mandant restait, pour ces derniers, un étranger, dépouillé, en ce qui les concerne, de tout rôle actif ou passif (2). Seulement, entre le mandant et son mandataire, il se faisait un règlement de comptes, par suite duquel le premier garantissait le second et le rendait indemne, tandis que le second reportait sur le premier le résultat de l'opération. Disons cependant que le droit romain ne resta pas absolument étranger à l'idée de faire représenter le mandant par le mandataire. On trouve des exemples de ce rôle représentatif dans les *cognitores* (3), dans les insti-

(1) Caius, IV, com. 82. Justinien, *De iis per quos agere possumus.* Ulp., l. 1, § 2, D., *De procurat.*

(2) *Infrà*, nos 41 et 511.

(3) Caius, IV, com. 82.

Heineccius, *Antiq. rom.*, IV, 10, 3.

teurs, ou mandataires commerciaux, et dans d'autres cas, où la jurisprudence crut devoir étendre les principes rationnels du mandat des instituteurs. Nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 1997 du C. c. (1). Il nous suffit de faire remarquer ici cette marche lente et progressive du droit romain vers les notions de droit naturel; notions dont il n'a possédé que le germe, et dont le plein développement caractérise le droit français (2).

5. Voyons maintenant la définition du mandat.

C'est un contrat consensuel et imparfaitement synallagmatique, par lequel une personne, appelée mandataire ou procureur, s'oblige gratuitement ou moyennant un honoraire à gérer et conduire à fin, pour autrui, l'affaire licite qui a été confiée à sa bonne foi et à sa prudence, et de laquelle elle doit compte (3). Deux volontés doivent concourir pour le rendre parfait: l'une qui dit à l'autre: *rogo*, celle-ci qui répond: *recipio* (4).

6. Mais, avant d'insister sur chacun des points dont se compose cette définition, nous ferons remarquer que le mot mandat a deux significations: l'une plus étendue, qui prend le mandat dans l'ac-

(1) *Infra*, n° 511.

(2) Voyez sur cette proposition mon *Influence du christianisme sur le droit romain*.

(3) Cujas caractérise ainsi notre contrat: *Mandatum igitur est conventio, quâ is qui quid rogatur, procuratoris animo, id se recipit gratuito daturum, facturumve.* (Parat. sur le Code Mandati.)

(4) Cujas, *loc. cit.*

ception que nous lui avons donnée au numéro précédent; l'autre plus restreinte, qui l'emploie comme synonyme d'ordre pour agir, de procuration.

C'est dans ce second sens que le mot mandat est employé et défini dans le premier § de l'art. 1984 du C. c. (1). La procuration est un acte unilatéral qui existe avant l'acceptation du mandataire. Au contraire, le mandat pris dans le premier sens n'est parfait que par la réunion de la volonté du mandant qui donne l'ordre, et du mandataire qui l'accepte.

Doneau a prétendu que le mot mandat ne signifie taxativement que l'ordre donné par le mandant, et qu'à lui seul il n'indique pas à l'esprit un contrat parfait et une obligation contractée: « *Mandati obligationem duarum rerum conjunctione contrahi: mandato, et mandati susceptione* (2). »

Cette idée est d'une recherche trop étroite; elle est fautive; et Hilliger, commentateur de Doneau, n'a pu s'empêcher, malgré sa prédilection pour lui, de la réfuter (3).

Nous convenons que le mot mandat peut être pris et est souvent employé dans le sens que Doneau lui attribue; l'art. 1984 en est la preuve. Mais nous ne voulons pas qu'on soutienne que cette acception est la seule vraie. Il y en a une autre,

(1) Disc. du trib. Bertrand de Greuille (Fenet, t. 14, p. 605).

(2) *Loc. cit.*, n° 3.

(3) Note (1).

non moins usuelle et non moins juridique, qui prend le mot mandat comme le nom légal du contrat même qui fait l'objet de ce commentaire (1). Or, à titre de contrat, le mandat embrasse nécessairement la réunion de l'ordre donné et de l'acceptation; et alors il n'y a de contrat de mandat qu'autant qu'à la volonté de donner une commission se joint celle de s'en charger et de l'accomplir. Doneau énerve donc la signification du mot mandat, il en restreint arbitrairement la portée, quand il veut qu'on la limite au seul fait du mandat.

Cujas a été bien plus exact en enseignant que le mot mandat reste dans son acception légale lorsque la langue du droit l'emploie pour désigner le contrat lui-même dans son intégrité, et non pas seulement une des parties de ce contrat. La prière et l'acceptation, le *rogo* et le *recipio* sont deux termes dont l'ensemble constitue ce qu'on appelle très bien mandat, et il est tout-à-fait permis de ne pas détacher le mandat de la circonstance essentielle de l'acceptation. *Hæc duo verba: ROGO et RECIPIO, citra stipulationem, perficiunt mandatum.*

7. Mais que faut-il penser de la définition que l'art. 1984 nous donne du mandat? A mon avis, elle manque d'exactitude (2), et je n'ai pas cru devoir la suivre. J'attache même une certaine importance à en signaler les vices. Les méprises du

(1) Vinnius, *Inst.*, *De mandat* (in princip.).

(2) Tous les auteurs sont de cet avis. (V. mon com. du *Louage*, t. 3, n° 810.)

législateur ne sont pas indifférentes comme celles d'un auteur. Les esprits distraits, les intelligences rétrécies dont la portée ne va pas au delà du texte, les plaideurs de mauvaise foi qui ont besoin de cavillations, trouvent dans les mauvaises définitions, les uns des pièges, les autres des subterfuges.

8. Après avoir mis en relief, comme il le devait, les deux termes dont la réunion donne naissance au contrat de mandat, l'art. 1984 insiste sur le premier terme, sur l'ordre d'agir; il lui assigne un nom et en précise les caractères. Mais il tombe sur-le-champ dans une erreur très grave, et rapetisse à l'excès l'idée qu'on doit se faire d'une procuration, quand il veut que le procureur ou mandataire fasse la chose, non pas seulement pour le mandant, mais encore au nom de ce même mandant. Est-il nécessaire de le dire? il y a une foule de cas où le mandataire n'agit pas au nom du mandant quoiqu'il agisse pour lui. Rien n'est plus connu que l'usage du commerce de constituer des mandataires qui opèrent avec les tiers, en leur propre nom, et s'obligent personnellement, bien qu'ils ne soient que les procureurs d'autrui (1). Ce mode de procéder n'est même pas particulier aux affaires de commerce; il a lieu très fréquemment dans les matières civiles. Pothier en donne des exemples usuels (2); la pratique et

(1) V. l'art. 91 C. de com., qui démontre le vice de rédaction de l'art. 91, et fait voir la vérité de notre critique.

(2) V., par exemple, *Mandat*, n° 88. Consultez aussi ce que je dis *infra*, n° 518.

l'expérience en offrent de quotidiens. Si vous priez votre ami qui va voyager en Suisse de vous rapporter une montre de Genève; si vous écrivez à votre ami de Nancy de vous acheter comptant à Baccarat un vase de cristal, et de vous le remettre à son premier voyage à Paris, il est clair que cet ami n'a pas besoin de faire savoir au vendeur qu'il agit en votre nom. Qu'importe, en effet, au vendeur qui est payé comptant? Le mandat est ici une affaire qui ne concerne que vous et votre ami.

Enfin, pour ne pas multiplier les citations, contentons-nous de rappeler le contrat de command qui donne à l'art. 1984 un si remarquable démenti.

L'art. 1984 n'a donc pas parlé avec une exactitude rigoureuse. Pour l'interpréter sagement, il faut le prendre dans un sens indicatif du cas le plus ordinaire, et non pas dans un sens limitatif et prohibitif (1). D'après les idées qui ont présidé à la constitution du mandat chez les Romains, il est certain que le mandataire ne pouvait pas agir au nom du mandant (2); voilà le point de départ. Or, dans le passage de ces idées jusqu'à nous, serait-il arrivé,

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 4, n° 26, *in fine*, et t. 2, n° 342.

Mon com. du Louage, t. 3, n° 810.

Un article publié par moi, *Revue de législation*, t. 16, p. 69.

Pothier, dans sa définition du mandat, n'exige pas que le mandataire agisse au nom du mandant. (Mandat, n° 4.)

(2) *Sapra*, n° 4.

non pas seulement qu'on aurait modifié et élargi cette situation du mandataire, mais que le propre du mandat eût été de l'exclure entièrement, pour lui substituer un rôle toujours représentatif!! C'est ce que nous ne pouvons admettre.

9. Ce n'est pas tout. L'art. 1984, après avoir donné la définition de l'ordre d'agir, se borne à rapprocher cet ordre de l'acceptation, et il paraît croire que la définition du contrat de mandat suit naturellement et forcément de cette juxtaposition. Mais il se trompe. Ce qui en effet n'était qu'un *pouvoir* d'agir avant l'acceptation devient, depuis l'acceptation, une *obligation* d'agir; et le mandataire n'a pas seulement le pouvoir d'agir, il en a le devoir. Or, l'art. 1984 n'exprime pas cette partie du rôle du mandataire; il laisserait même croire, si on le prenait à la lettre, que le mandataire peut répudier le mandat en tout état de cause, et se comporter en homme dont le pouvoir ne dépend que de sa volonté (1). Il n'en est cependant pas ainsi, et si on combine l'art. 1984 avec l'art. 1991, on voit que le mandataire est *tenu d'accomplir le mandat*. Le mot *pouvoir*, inséré seul dans l'art. 1984, est donc insuffisant et trompeur (2).

10. Maintenant qu'on aperçoit les lacunes et les vices de la définition de l'art. 1984, nous dé-

(1) Mon com. du Louage, t. 3, n° 810.

MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.

(2) *Infrà*, n° 13.

velopperons celle que nous avons donnée ci-dessus, en nous rattachant à Cujas (1).

Nous avons dit que le mandat est un contrat consensuel. En effet, il est parfait par le consentement (2), et n'est pas du nombre des contrats qui, comme le dépôt, exigent la tradition d'une chose (3). Aussitôt que la volonté du mandant et celle du mandataire se sont rencontrées, le contrat a atteint son dernier degré de perfection. Le mandataire s'oblige à tous les devoirs énumérés dans les art. 1991 et suivants, et le mandant se soumet à tous ceux des art. 1998 et suivants (4).

11. Nous avons ajouté que le mandat est imparfaitement synallagmatique. En effet, la seule obligation qu'il engendre principalement et directement est celle du mandataire qui, par l'acceptation de la procuration, s'engage à faire l'affaire dont il s'agit, et à rendre compte (5). C'est pourquoi les Romains appelaient cette obligation *obligatio man-*

(1) *Suprà*, n° 4. Voici la définition de M. Merlin : une convention par laquelle quelqu'un se charge de faire quelque chose pour une autre personne. (Répertoire, v° Mandat.)

Junge, M. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.

(2) Paul : *Consensu contrahentium consistit*. L. 1 D., *Mandati* (lib. 32, ad edict.).

Junge l. 2, e *oblig. et actionib.*

(3) Art. 1919 C. c.

(4) Pothier, n° 4.

(5) *Infrà*, n° 28 et 39, et 107.

dati directa (1). Quant à l'obligation du mandant d'indemniser le mandataire, elle n'est qu'indirecte (*obligatio mandati contraria*); elle découle moins d'une obligation particulière au mandat, et spécifique, que du principe général qui ne veut pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui. Elle ne naît même que *ex post facto*, et point par une inévitable nécessité; car si le mandataire n'a rien déboursé, et qu'aucun honoraire ne lui ait été promis, le mandant est exempt de toute obligation; tandis qu'au contraire il ne peut y avoir de mandat sans que le mandataire ne contracte, par une nécessité invincible, l'obligation d'agir et de rendre compte (2).

12. Nous avons donné au mandataire le nom de procureur. Je sais cependant qu'un savant jurisconsulte, Hilliger, veut qu'il y ait entre le procureur et le mandataire la différence de l'espèce au genre : *Differunt ut genus et species. Omnis procurator mandatarius; non contra* (3). Puis il ajoute tout de suite comme exemple : *Qui ex meo mandato, alteri dat pecuniam, pro me fidejebet. Mandatarius est, non procurator*. Mais Hilliger ne donne-t-il pas au mot mandat une trop grande extension? Ne le fait-il pas sortir des termes caractéristiques dans les-

(1) Ulp., lib. 42, § 7 et 9, D., *Mandati*.

(2) Pothier, n° 5.

Junge mon com. du Prêt, n° 7, 198, 246, et mon com. du Dépôt, 7. MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 4, n° 96. *Infrà* mon com. du Cautionnement, n° 522.

(3) Sur Doneau, lib. 43, c. XI, note (1) de la page 864.

quels il doit rester renfermé pour signifier l'agissement spécial dont nous nous occupons ici ?

Sans doute, si on voulait appeler du nom de mandat tous les ordres d'agir, Hilliger aurait raison; mais il n'en est pas, et il ne saurait en être ainsi. L'ordre que je donne à mon fermier pour me faire un charroi, que je me suis réservé par mon contrat de bail, ne doit pas être rangé dans la catégorie du mandat; il se rattache au contrat de louage. Il en est de même de la commission dont je charge mon domestique. Cicéron l'a très bien dit: *Non omnes sunt, aut appellantur procuratores, qui negotii nostri aliquid gerunt* (1). Chez les Romains, on ne confondait pas avec le mandat les ordres que le maître et le père de famille donnaient à leur esclave ou à leur fils *in potestate*, lesquels, étant tenus d'obéir, étaient obligés, non pas *ex mandato*, mais en vertu de leur état de dépendance (2). Il faut donc voir, dans cette matière, si l'ordre n'aboutit pas à un agissement spécial distinct du mandat. Dans le cas d'affirmative, il serait bien inutile de chercher un procureur, un mandataire, puisqu'il s'agit d'autre chose que du mandat. Mais, toutes les fois que l'agissement sera concentré dans les fins du mandat proprement dit, celui qui aura accepté l'ordre pourra toujours être qualifié de procureur: c'est ce qu'ont

(1) *Pro Cecina*, n° 20.

(2) Heineccius sur les *Instit.*, *Mandati*, § 954. V. le titre du Digeste *Quod jussu*.

enseigné les Doneau (1), les Cujas (2); c'est ce qu'ont positivement déclaré les lois romaines (3). D'ailleurs, quelle autre définition pourrait-on donner du mandataire que celle qu'Ulprien donne du procureur: *Procurator est qui aliena negotia, mandatu domini, administrat* (4). Enfin l'art. 1984, défectueux à tant d'égards, est ici dans le vrai quand il constate la synonymie du mandataire et du procureur; il parle la vraie langue du droit.

13. Notre définition ajoute que le mandataire s'oblige à agir: ceci a de l'importance.

Si, avant d'accepter l'ordre, le mandataire ne puise que dans sa bonne volonté seule la résolution de se charger de l'affaire, après son acceptation il est étroitement lié à des devoirs nombreux qui sont désormais de nécessité pour lui. *Ab initio, voluntatis; ex postfacto, necessitudinis*. Maître dans l'origine d'accepter ou de refuser la mission proposée à ses soins, il en devient esclave quand les choses ne sont plus entières par l'effet de son adhésion (5).

14. Or, puisque le mandat impose une charge, et que le mandataire a contracté une obligation

(1) *Quem uno verbo mandatarium et procuratorem in usu juris nominamus*. Lib. 43, c. XI, n° 1.

(2) V. *suprà*, n° 4, note, la définition du mandat: *animo procuratoris*, dit Cujas.

(3) L. 10, § 7, D., *Mandati*.

Ulprien exige, pour qu'il y ait mandat, *animo procuratoris*.

(4) L. 1 D., *De procurator*.

(5) *Suprà*, n° 9.

caractérisée, on ne confondra pas cette obligation avec les services bénévoles qu'une personne consent à rendre à une autre sans y être tenue et sans entendre se lier. Je le répète : le mandat, qui dans l'origine n'était qu'un acte officieux, se traduit, en définitive, en un acte d'obligation et de nécessité. Mais tous les services qu'on rend n'ont pas ce caractère; ils n'aboutissent pas à cette fin juridique. Il y en a qui restent précaires jusqu'au bout. C'est au jurisconsulte à examiner si les parties ont voulu, oui ou non, passer sous le joug d'un contrat engendrant charge, obligation et action.

C'est par suite d'une telle appréciation qu'il faut décider que la personne qui rend un service par pure complaisance, ou par humanité (1), ne s'engage ni comme mandataire ni comme locateur d'ouvrages. Une assistance bénévole reste dans le domaine des actes volontaires et libres; elle n'a pas pour cause un *vinculum juris* (2).

15. Aussi Ulpien enseigne-t-il dogmatiquement que, pour que l'agissement prenne le caractère du mandat, il faut que la personne qu'on a chargée

(1) La loi 2 D., *De proxeneticis*, où l'on trouve les mots *philanthropiæ nomine*, n'est pas applicable à cet ordre d'idées. Ulpien appelle du nom de *philantropium* le salaire du proxénète (Cujas, *Observ.*, lib. XI, c. 18), et il dit que, malgré le salaire, le courtier n'est pas censé s'obliger lors même qu'il a vanté l'affaire.

(2) Casaregis, *disc.* 30, n^{os} 40, 42, 43. L. 12 D., *Mandati*, et 1, *fin.*, C., *Quod cum eo*.

de ses intérêts ait entendu agir *procuratoris nomine* (1); car si elle n'a voulu que donner ou des avertissements dictés par l'amitié, ou même des conseils, elle n'a pas contracté d'obligation; elle n'est tenue qu'autant qu'elle aurait commis un dol. (2) *Nemo*, dit Caius (3), *ex consilio obligatur, etiam si non expediat ei cui dabitur; quia liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium*. Et Ulpien: *Consilii non fraudulentum, nulla obligatio est* (4). Entre le mandat et le conseil, il y a une énorme différence. Si je fais librement ce que mon ami m'a conseillé loyalement, de quoi pourrai-je me plaindre en cas de non-succès? Était-ce un ordre qu'il me donnait? N'étais-je pas maître de suivre son avis (5)? Sans doute, si le conseil était frauduleux, j'aurais une action contre lui (6). Mais, même dans ce cas, l'action ne serait pas l'action *mandati*, ce serait l'action *de dolo* (7).

Voici un exemple de cette règle : J'ai à Rome un mandataire, à qui j'écris de ne placer mes fonds qu'après avoir consulté Sempronius, mon ami; ce

(1) Ulp., l. 10, § 7, D., *Mandati*, et Cujas, cité *suprà*, n^o 4 (note).

(2) *Id.*

(3) L. 2, § 6, D., *Mandati*. Junge Justinien, *Inst.*, § 6; D., *Mandati*.

(4) L. 47 D., *De regulis juris*.

(5) L. *In re mandatâ*, C., *Mandati*.

(6) Ulp., l. 47 D., *De reg. juris*.

(7) Favre sur la loi 2, § 6, D., *Mandati*.

Doneau, lib. 13, c. X, n^{os} 12 et 13.

dernier donne à mon représentant un avis loyal; mais il se trouve que le placement conseillé est mauvais. Aurai-je une action contre Sempronius? Non. Sempronius n'est intervenu dans mes affaires que par complaisance; il n'avait pas accepté un vrai mandat. *Non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus.* Ce sont les paroles d'Ulpian (1).

16. C'est pourquoi la jurisprudence décide que l'avocat qui se trompe dans les consultations qu'il donne à ses clients est exempt de responsabilité toutes les fois qu'il n'a pas usé de fraude ou de dol à leur égard pour les induire en erreur (2). L'imperitie est en général une faute (3); mais elle n'est pas nécessairement un dol. Et comme le conseil inexpérimenté n'oblige pas celui qui le reçoit; comme ce dernier n'est pas tenu de le suivre, et que s'il s'y est conformé, c'est par un effet de sa pleine et entière liberté, son acquiescement volontaire efface l'imprudence du consultant, ou, en tout cas, la compense par une imprudence égale. Il faut donc dire avec Bartole : *Consultor, qui imperitè consultuit, non tenetur nisi de dolo* (4). Ceci n'empêche pas que l'avocat imprudent ne puisse être appelé à

(1) L. 10, § 7, D., *Mandati*.

(2) Favre sur la loi 10, § 7, D., *Mandati*.

(3) L. 142, *De reg. juris*.

(4) Sur la loi 10, § 7, D., *Mandati*; et dans son com. de la loi 2, appliquant cette règle à l'avocat, il avait dit : *Si advocatus dederit malum consilium, non tenetur; nisi de dolo fecerit.*

rendre compte de sa conduite devant le conseil de l'ordre, gardien de l'honneur et de la dignité de cette noble profession. Mais, en ce qui concerne la partie à qui le consultant n'a fait que donner son avis, il n'y a pas de recours légal (1).

Il faut d'ailleurs remarquer, pour atténuer la responsabilité morale de l'avocat, que les matières sur lesquelles il fait profession de donner des conseils sont ordinairement difficiles, sujettes à controverse, et que l'erreur vient souvent y surprendre les esprits les plus attentifs.

17. Ce que nous disons des avocats, il faut l'appliquer aux notaires, aux agents de change, etc., etc., qui communiquent leur opinion sur une affaire, à un client qui la leur demande. C'est encore le cas de la règle : *Nemo ex consilio obligatur*. On comprend difficilement que, dans un des motifs d'un arrêt du 17 novembre 1834, la Cour royale de Paris ait avancé, contre l'autorité de tant de textes et d'opinions imposantes, que le conseil est une source de responsabilité (2). Ce considérant (inutile du reste pour la décision) ne peut être que l'effet d'une distraction passagère. La règle n'en subsiste pas moins.

18. Et elle serait applicable quand même le notaire et l'agent de change auraient vanté de bonne foi

(1) Voyez un arrêt de la Cour de cassat. du 22 décembre 1840, req., qui offre un argt. au soutien de cette doctrine (Devill., 41, 4, 39).

(2) Dal., 35, 2, 15.

l'affaire comme bonne : « *Si proxeneta*, dit Ulpien, *intervenit faciendi nominis, ut multi solent; videamus an possit quasi mandator teneri? Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi LAUDET NOMEN* (1). » Ni le notaire ni l'agent de change n'ont entendu prendre sous leur responsabilité personnelle la réussite de l'affaire; ils ont dit leur opinion, et voilà tout; il n'ont entendu s'obliger ni comme mandataires ni comme mandants (2).

19. Il en serait autrement, suivant le président Favre, si le conseil avait été donné avec des circonstances telles qu'il eût persuadé le client de faire ce qu'il ne voulait pas faire, et ce qu'il n'aurait pas fait, sans l'interposition d'une personne qui, par son autorité, entraîne sa confiance, et lui laisse croire qu'elle se constitue son agent (3) : « *Si consilio meo persuasus id feceris, quod alioqui facturus non eras, teneor mandati* (4). »

Quoique Noodt désapprouve cette opinion sur le fondement de la loi 2 D., *De proxeneticis*, précitée (5), je ne la crois pas moins solide. La loi dont se prévaut Noodt ne prévoit que le cas où l'agent

(1) L. 2 D., *De proxenet.*

Noodt a expliqué à merveille cette loi, *Interpret. juris*, lib. 4, c. 12, n° 4.

(2) Arrêt de la chambre des req. du 22 décembre 1840 (Devill., 41, 1, 39).

(3) Sur la loi 2, § 6, D., *Mandati*.

(4) Arg. des Inst., *De mandat.*, § 6, *in fine*, et Caius, III, com. 156.

(5) *Probabil. juris*, l. 4, c. 12, n° 4.

intermédiaire s'est borné à vanter sincèrement l'affaire pour laquelle il a rapproché les parties. Mais notre hypothèse va plus loin : elle suppose que le conseil a usé de son ascendant sur l'esprit de son client, et que son interposition, ses promesses et ses recommandations ont donné à croire à ce dernier qu'il voulait répondre de l'affaire. La jurisprudence offre des exemples de notaires qui, dans les circonstances que je viens d'indiquer, ont été déclarés responsables. Les juges consulteront les faits; ils auront égard à la qualité des personnes, à leurs lumières, à leur position; ils rechercheront si celui qui a donné le conseil n'avait pas intérêt à le donner. Il y a dans cette matière mille nuances qui peuvent avoir de l'importance, et que le juge ne négligera pas. Mais, dans le doute, il ne supposera pas facilement que celui dont la mission était seulement de donner un conseil a voulu aller au delà et se faire garant du succès (1).

20. Voici du reste quelques espèces :

Un notaire, sachant qu'un sous-officier d'artillerie, c'est-à-dire une personne peu versée dans la connaissance des affaires, a des fonds à placer,

(1) Paris, 22 mai 1832 (Dal., 32, 2, 130; Devill., 32, 2, 459).

16 août 1832 (Dal., 32, 2, 208; Devill., 32, 2, 507).

26 janvier 1833 (Dal., 35, 2, 142; Devill., 33, 2, 157).

Cassat., ch. civ., 19 mars 1845; *Gazette des trib.* du 4 avril 1845.

vient s'interposer spontanément pour le placement de ces fonds ; il indique les emprunteurs ; il assure qu'ils sont solvables, et c'est par son intermédiaire que le prêt s'opère. Arrêt de la Cour de Douai du 22 décembre 1840, qui décide que ce notaire s'est constitué mandataire, et qu'il doit répondre de l'insuffisance des sûretés promises (1).

21. Un autre notaire, au lieu de se renfermer dans ses fonctions, se fait le négociateur d'un prêt ; il écrit à un de ses clients pour lui proposer un bon placement de 2,800 fr., et cependant il n'a pris aucun renseignement sur la solidité de l'hypothèque offerte. Bien plus, tout indique dans sa conduite qu'il a voulu dissimuler des circonstances qui auraient ébranlé la confiance du prêteur dans le prêt. Arrêt de la Cour de Rennes du 14 septembre 1841 qui le déclare mandataire responsable et coupable d'une faute équivalant à dol. Sur le pourvoi, arrêt de la chambre des requêtes du 14 décembre 1841, qui rejette (2).

22. Une demoiselle Chrestien, peu familière avec les affaires, s'adresse à un notaire de Toulouse pour le placement de 20,000 francs ; elle était étrangère à la localité. Le notaire sert d'intermédiaire au placement, qui en définitive se trouve mauvais. La demoiselle Chrestien intente une action en responsabilité contre le notaire ; celui-ci répond : « J'ai été votre conseil et non pas votre

(1) Devill., 41, 2, 139 ; Dal., 41, 2, 139.

(2) Devill., 42, 1, 143.

» mandataire. » Mais, par arrêt de la Cour royale de Toulouse du 30 mai 1829, le notaire a été condamné : « Considérant que des divers faits constatés dans la cause, et notamment des qualités respectives des parties ; de la circonstance que la demoiselle Chrestien était étrangère à la ville de Toulouse ; de l'avis inséré dans un journal ; des détails convenus par Ollier (notaire) ; de ses entrevues avec la demoiselle Chrestien ; de l'absence de tous rapports entre celle-ci et le sieur Suau, emprunteur ; du choix fait du domicile d'Ollier pour les paiements à faire à la demoiselle Chrestien ; du soin pris par Ollier de faire procéder aux inscriptions hypothécaires, de l'élection de domicile faite chez lui... il résulte que la demoiselle Chrestien avait donné et que le sieur Ollier avait accepté le mandat de placer par bonne hypothèque une somme de 20,000 francs, etc. (1). »

23. Il y aurait beaucoup moins de difficultés si l'intervention du notaire se trouvait mélangée d'un mandat formel à l'effet d'opérer un placement sur bonne et valable hypothèque. Comment alors lui serait-il possible de se retrancher dans le rôle de simple conseil ?

Cette espèce s'est présentée devant la Cour de Paris, qui, par arrêt du 18 février 1842, s'est pro-

(1) Dal., 30, 2, 181.

Devill., 30, 2, 144.

Junge arrêt de la ch. civ. de la Cour de cassat., 19 mars 1845. *Gazette des tribunaux* du 4 avril 1845.

noncée avec d'autant plus de raison contre le notaire, que ce dernier avait traité seul avec l'emprunteur; qu'il avait fait à sa diligence les inscriptions, les élections de domicile, les significations; que c'était lui qui recevait et payait les intérêts à leur échéance, etc., etc. (1).

24. L'espèce que voici était moins claire. Il n'y avait pas de mandat formel. Le notaire n'avait fait que recevoir la somme objet du prêt, et passer l'acte. Mais de la réception de cette somme on tirait la preuve d'un mandat, dont l'existence enlevait au notaire la qualité de conseil. Précisons les faits :

Le sieur de Grosbois, voulant opérer le placement de 84,000 francs, remet cette somme au notaire Bertinot. Un acte est dressé dans l'étude de M^e Bertinot, par lequel de Grosbois prête ces 84,000 francs à La Chesnaye, avec hypothèque sur deux maisons. Les parties étaient présentes à l'acte; il fut convenu que l'emprunteur s'obligeait à rapporter dans vingt jours un certificat constatant que les immeubles n'étaient pas grevés au delà de 40,000 francs.

Du reste, Bertinot s'était chargé d'opérer l'inscription au profit de Grosbois.

Les fonds ayant été remis à La Chesnaye avant que ce dernier n'eût fait les justifications promises, et les sûretés s'étant trouvées douteuses, de Grosbois actionne le notaire comme responsable de

(1) Devill., 42, 2, 204.

l'exécution d'un mandat mal géré, et voici son système d'attaque : Vous n'étiez pas, disait-il, le simple ministre de l'acte passé dans votre étude. Vous n'étiez pas non plus un simple conseil pour les parties qui s'adressaient à vous. Vous étiez mon mandataire. Je vous avais remis, à ce titre, 84,000 fr. pour les verser entre les mains de l'emprunteur. Mais ce versement ne devait pas être pur et simple d'après les termes du contrat; il ne devait s'opérer que suivant des conditions de garantie. Le mandat était complexe. Il vous obligeait, vous, mandataire, à ne remettre les fonds qu'après que les sûretés exigées de l'emprunteur auraient été pleinement fournies. Or, vous avez versé les 84,000 fr. sans vous inquiéter des promesses de La Chesnaye et sans les vérifier. Donc, vous avez encouru la responsabilité du mandataire qui commet une faute grave.

Ce système fut adopté par la Cour royale de Paris (1), et, sur l'épreuve du pourvoi, la chambre des requêtes décida que la décision attaquée se trouvait dans le domaine souverain du juge du fait (2).

25. L'arrêt de la Cour royale de Paris peut cependant paraître sévère, et le rapport de M. Joubert lui donna cette qualification. Grosbois était présent lorsque les fonds furent versés entre les

(1) Arrêt du 29 août 1834.

(2) 3 septembre 1835. Dal., 36, 1, 17 et 18.

Devill., 36, 1, 145-146.

main de l'emprunteur; l'acte de prêt portait qu'ils avaient été remis instantanément à La Chesnaye. N'est-il pas évident que la présence de Grosbois effaçait toute idée de représentation de sa personne par le notaire? N'est-il pas manifeste que le versement était son fait propre, volontaire et libre?

On alléguait contre Bertinot qu'il est d'usage de confier au notaire le dépôt des deniers jusqu'au rapport des justifications hypothécaires qui doivent consommer et réaliser le prêt. Je ne le nie pas. Mais cet usage n'a de valeur pour rendre le notaire responsable qu'autant que cet officier ministériel est chargé d'agir pour la partie et hors sa présence (1). Mais quand la partie est là, que le versement s'effectue sous ses yeux, de son consentement, de quoi peut-elle se plaindre?

26. Je le répète : si la jurisprudence a bien fait d'user de rigueur dans certaines circonstances où le notaire était sorti de son rôle de simple conseil, il n'en est pas moins vrai qu'il est de la prudence des tribunaux de se tenir en garde contre les prétentions de clients trop portés à déverser sur autrui la responsabilité d'actes qu'ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes. A côté des arrêts qui ont sévi contre les notaires, il y en a d'autres, tout aussi graves, qui les ont sauvés de recours injustes. J'en ai cité quelques-uns au numéro 19. Je pense, en général, qu'il n'est pas bon de pousser à l'excès

(1) J'explique en ce sens un arrêt de la Cour royale de Paris du 5 mars 1836. (Devill., 36, 2, 222.)

la responsabilité des notaires, et qu'il ne faut pas environner de trop de périls leurs fonctions déjà si délicates et si difficiles.

27. Passons à un autre terme de notre définition du mandat.

Nous avons dit que le mandataire s'oblige gratuitement, ou moyennant un honoraire, à la gestion qui lui est confiée. Mais ceci doit être conféré avec l'art. 1986, dans le commentaire duquel nous traiterons à fond de la gratuité du mandat, et, par suite, de la distinction entre le mandat et le louage d'ouvrages, entre l'honoraire et le prix.

28. Nous avons ajouté que le mandataire doit gérer et conduire à fin l'affaire qui a rapproché les parties, c'est-à-dire que le mandataire doit se livrer à tous les actes nécessaires pour que cette affaire réussisse. Soit qu'il s'agisse de faire, soit qu'il s'agisse de donner, le mandataire a contracté l'obligation de ne rien négliger; il doit même prêter son ministère jusqu'à la consommation de l'affaire (1).

29. Ces dernières paroles indiquent suffisamment, du reste, que l'affaire, objet du mandat, ne doit pas être terminée lorsque ce mandat est donné. *Negotii jam gesti nullum est mandatum*, disent les docteurs (2).

(1) Art. 1991 C. e.

L. 22, § dernier, D., *Mandati* (Paul., lib. 32, *ad edict.*).

L. 27, § 2, D., *Mandati* (Caius).

(2) Corvinus (*Enarrat.*, Code, *Mandati*). D'après Ulp., I, 42, § 14, D., *Mandati*, qui cite Papinien.

Cette vérité d'intuition est si évidente qu'on est tenté de croire qu'elle devrait être passée sous silence. Cependant son utilité pratique va se montrer dans l'exemple suivant :

Ignorant que vous avez fait à un de mes amis un prêt de 10,000 fr., dont il avait besoin pour relever son crédit, je vous écris de lui compter cette somme de ma part. Comme vous avez déjà accompli de votre chef la chose que j'avais en vue pour mon compte, mon mandat est sans objet ; il demeure non avvenu.

Vainement voudriez-vous rattacher votre prêt à l'ordre tardif que je vous ai transmis. Vous n'y seriez fondé qu'autant que j'aurais entendu me rendre caution de mon ami ; mais cette circonstance ne se réalise pas dans l'espèce. Je vous ai donné un mandat pour une affaire qu'à tort je croyais à faire ; je ne vous ai pas donné une caution pour un emprunt que je ne savais pas avoir été déjà contracté (1).

30. Notre définition du mandat porte que l'affaire confiée au mandataire doit être licite. C'est une belle maxime d'Ulpien que celle-ci : *Rei turpis nullum mandatum est ; et ideò hác actione non agetur* (2).

Le jurisconsulte l'a empruntée aux préceptes de morale enseignés dans les livres philosophiques de Cicéron et de Sénèque. Écoutons le premier :

« Blossius de Cumes parlait un jour de son amitié

(1) Pothier, n° 6.

(2) L. 6, § 3, D., *Mandati*.

» pour T. Gracchus, dont il avait toujours exécuté
 » les volontés. Et s'il vous avait demandé, lui dit-
 » on, de mettre le feu au Capitole !! — Il ne me
 » l'aurait jamais demandé. — Mais enfin, s'il vous
 » l'avait demandé? — J'aurais obéi !! — Vous voyez
 » combien un tel mot est criminel (1)..... Consa-
 » crons donc ce principe en amitié, qu'on ne doit
 » rien demander et rien accorder de coupable (2) !!
 » Que la première loi de l'amitié soit de n'exiger
 » de nos amis et de ne faire pour eux que ce que
 » l'honneur peut avouer (3). »

Voyons maintenant Sénèque (4) :

« Il est des choses nuisibles à ceux qui les obtien-
 » nent. Ici, ce n'est pas la condescendance, c'est le
 » refus qui est un bienfait. Comme nous refusons
 » l'eau froide aux malades, le poignard aux affligés
 » qui sont dégoûtés de la vie... ainsi les choses nui-
 » sibles, quoiqu'on nous les demande avec instance,
 » avec humilité, en implorant notre pitié, nous
 » persisterons à ne pas les accorder. Il faut consi-
 » dérer le commencement et la fin de notre bien-
 » faisance. — Bien des personnes disent : Je sais
 » que cela ne lui sera pas profitable ; mais il insiste,
 » je ne puis résister. C'est à lui et non à moi qu'il
 » devra s'en prendre. — Vous êtes dans l'erreur :
 » il se plaindra de vous, non sans raison, quand il
 » aura recouvré son bon sens, lorsque la fièvre qui

(1) *Videtis quàm nefaria vox ! (De amicitia, XI.)*

(2) *Id.*, 12.

(3) *Id.*, 13.

(4) *De benef.*, lib. 2, c. 14.

» agitait son âme sera calmée. Comment ne haïrait-il pas celui qui a facilité sa ruine ou son péril ? » Accorder une faveur funeste, c'est une haine voilée par la complaisance. Que notre bienfaisance ne tourne donc jamais à mal. *Je ne donnerai pas de l'argent à un homme qui veut, à ma connaissance, en faire le prix de l'adultère*, pour ne pas partager avec lui la honte du fait ou de l'intention. Si j'en ai le pouvoir, je le rappellerai à la vertu ; mais, au moins, je ne me rendrai pas le complice d'un crime, et je ne lui donnerai pas sujet de dire de moi : *Son amitié m'a perdu !!* »

Voilà une admirable morale. Le droit a noblement suivi ses traces quand il proclame que tout ce qui répugne à l'honnêteté ne produit pas de lien de droit (C. c., art. 6). De même qu'il n'y a pas de vente valable des choses prohibées (1), de société valable sur des choses contraires aux mœurs (2), de même il ne saurait y avoir de mandat pour accomplir des actes défendus par les lois ou par l'honnêteté.

Si donc, comme vient de le dire Sénèque (3), un homme vous donne le mandat de payer à la femme adultère, avec laquelle il vit scandaleusement, une somme d'argent, qui est le prix de la débauche de celle-ci, et qu'en connaissance de cause vous exécutiez cet ordre, vous n'aurez pas l'action de mandat : *Non habebis mandati actionem*,

(1) Art. 1598 C. c.

(2) Mon com. de la Société, n° 85, art. 1833.

(3) *De benef.*, lib. 2, c. 14.

dit Ulpien dans un cas analogue (1) ; car vous encouragez un commerce criminel ; vous êtes le fauteur et l'auxiliaire de déportements qui portent le trouble dans les familles ; vous manquez à la probité, à l'honneur, à la bonne foi. *Quasi adversus bonam fidem mandatum sit*. Ce sont les paroles du même Ulpien.

Paul donne un autre exemple (2) : c'est celui d'un mandat pour dépouiller un temple, blesser ou tuer un homme : « *Qui ædem sacram spoliendam, hominem vulnerandum, occidendumve, mandatum suscepit, nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati.* »

Il en serait de même du mandat pour faire la contrebande (3), pour se livrer à des opérations de bourse prohibées (4), pour faire la traite des noirs (5), pour tenir un lieu de prostitution (6).

C'est aussi un mandat contraire aux lois et intrinsèquement nul et immoral, que de se charger de remettre des biens à des établissements incapables de les recevoir. Il y a cependant des personnes qui, dans le cas de libéralités pieuses, excusent de

(1) L. 12, § 11, D., *Mandati*. Pothier, n° 8.

(2) L. 22, § 6, D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*). Junge Cicér., *pro Roscio Amer.*, 33, 34, 35, et les Inst. de Justinien, § 7, *De mandato*, l. 35, § 28, *De cont. empt.*

(3) Pothier, n° 7. — MM. Delamarre et Lepoitevin, *Contrat de commission*, t. 1, n° 66. — Arrêt de Turin du 12 déc. 1807. — Devill., 2, 2, 312. — Mon com. de la Société, t. 1, n° 86.

(4) Mon com. du Jeu, n° 73.

(5) Mon com. de la Société, n° 86.

(6) *Id.*

pareils mandats, à cause de la fin. Mais, pour des consciences droites, la fraude est toujours un délit. La religion bien entendue repousse partout le mensonge.

21. Dans tous ces cas, le mandat ne produit aucune action, ni du côté du mandant, ni du côté du mandataire (1). Le mandant n'est pas reçu à demander compte au mandataire; le mandataire n'est pas reçu en justice à se faire indemniser par le mandant (2). *Non habebis mandati actionem* (3)!! Car le sanctuaire de la justice ne saurait s'ouvrir pour ceux qui ont foulé la justice aux pieds (4). L'homme qui a donné un mandat contraire à la probité, à l'honneur, à l'honnêteté publique, est indigne d'être écouté par les magistrats qui doivent juger suivant la probité, l'honneur et l'honnêteté publique. Et quant au mandataire qui, pour exécuter ce mandat, a fait des avances, déboursé des fonds, supporté des pertes, comment pourrait-il croire qu'il y a au monde un tribunal où les comptes du crime, de l'infamie ou du dol, seront liquidés par un avoir au profit du coupable? — Rappelons l'arrêt suivant, au soutien de cette doctrine :

Sereno, contrebandier de profession, avait été chargé par Scopa d'introduire en fraude des marchandises appartenant à ce dernier. Sereno, sur-

(1) Favre sur la loi 22, § 6, D., *Mandati*. — *Infrà*, n° 419.

(2) Pothier, n° 7. Mon com. du *Jeu*, n° 74 et suiv.

(3) Ulp. précité, l. 12, § 11, D., *Mandati*.

(4) V. mon com. du *Jeu*, n° 171, où j'expose les principes sur l'action *ob turpem causam*.

pris dans son opération, avait été condamné à une amende de 2,000 fr. et aux frais de la procédure montant à 900 fr. Il actionna Scopa pour se faire indemniser par l'action *mandati*. Mais Scopa se retrancha dans les art. 1108 et 1131 du C. c., et le tribunal de Verceil et la cour de Turin déclarèrent la demande de Sereno mal fondée (1). L'arrêt est motivé sur les principes de la loi romaine, reproduits par le C. c., et sur des raisons de morale déduites avec force par les magistrats piémontais.

Il en serait autrement si le mandataire avait été de bonne foi; et il n'est censé être de mauvaise foi qu'autant qu'il connaît l'action illicite dont il se rend le complice. Cette distinction est formellement autorisée par les lois romaines (2) Elle est consacrée par une jurisprudence constante. Je renvoie à quelques exemples sur lesquels je me suis appesanti dans mon commentaire du *Jeu*, n° 76 et 77. Il est bon de les consulter. Ils roulent sur des cas où la turpitude du mandant, n'étant pas apparente, a pu être ignorée du mandataire à qui le premier n'a pas révélé ses desseins. C'est dans ces sortes de cas que les tribunaux devront scruter les faits avec intelligence pour ne pas admettre, sans motif, la complicité du mandataire. Le mandataire n'est privé d'action, nous le répétons, qu'autant qu'il a été l'instrument d'un agissement qu'il savait mauvais.

(1) Arrêt du 12 décembre 1807. — Dalloz, *Mandat*, p. 958. — Devill., 2, 2, 312. — MM. Delamarre et Lepoitevin, n° 67.

(2) Ulp., l. 12, § 11, D., *Mandati: si tu sciens mandatam suscepisti*.

Mais s'il a été de bonne foi, l'action lui appartient (1).

32. Il ne suffit pas que le fait soit licite et que, sous le rapport de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'honnêteté, il ne donne lieu à aucune critique; il faut encore que le mandat ait un but utile pour le mandant; il faut qu'il soit donné sérieusement, soit pour procurer au mandant un gain, un profit, une satisfaction morale, soit pour lui conserver son patrimoine, pour le préserver d'une perte, pour empêcher que sa condition ne devienne plus mauvaise. Mais un mandat qui serait donné pour le désavantage du mandant ne serait pas sérieux. Il irait contre la fin même du mandat, qui est de procurer un service: C'est l'observation de Paul. « *Præterea in causâ mandati etiam illud vertitur, ut interdum nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior; deterior verò nunquam* (2). On peut même dire jusqu'à un certain point qu'il ne serait pas honnête de se prêter à un mandat donné pour le désavantage du mandant.

33. Reste à savoir maintenant si le fait commis à la foi d'autrui ne peut tomber en contrat de mandat qu'autant qu'il consiste à représenter le mandant à l'égard des tiers. Nous examinerons cette question sous l'art. 1986, et nous démontrerons par les autorités les plus punctuelles que ce serait arbi-

(1) Un arrêt de la Cour de cassat. du 26 février 1845 (Devill., 45, 1, 161) a confirmé tous les principes que j'ai développés dans mon *Contrat de jeu*.

(2) L. 3 D., *Mandati* (lib. 32, ad edict.).

trairement restreindre la latitude du mandat que de circonscrire le mandataire dans ce rôle. Nous écartons donc ce point de notre définition.

Nous ne disons pas non plus, comme on l'a soutenu quelquefois (1), qu'il faut que le mandant puisse être censé faire par lui-même ce que le mandataire fait à sa place. Car il y a une foule de cas où le mandataire est précisément institué pour faire ce que le mandant ne pourrait faire en personne. Un avoué est le mandataire de la partie qui l'emploie, et pourtant cette partie ne saurait être admise à faire par elle certains actes que l'avoué a mandat de faire pour elle et dans son intérêt (2).

34. Nous avons ajouté, dans notre définition du mandat, que le mandataire doit agir sur l'ordre ou pour le compte d'autrui. Quand, en effet, on agit pour soi-même, dans ses propres affaires, et sans ordre d'autrui, on ne saurait être mandataire. Le mandat est incompatible avec une telle situation.

A ceci se rattache une célèbre doctrine du droit romain, enseignée par Justinien (3) et empruntée aux écrits du jurisconsulte Caius (4). Si le mandat intervient dans l'intérêt du mandataire, disent les Institutes, il est vide de sens; il n'engendre ni obligation ni action. « *Si tuâ tantum gratiâ mandatam sit, supervacuum est; et ob id, nulla obligatio nec mandati, inter vos, actio nascitur.* » Si, en effet, je dis à

(1) Mon com. du *Louage*, n° 834.

(2) *Loc. cit.*

(3) Inst., *De mandato*.

(4) L. 2 D., *Mandati*, et 3, *Com.*, 155, 156.

quelqu'un : « Achetez des immeubles plutôt que de faire valoir votre argent à intérêt ; » — ou bien : « Faites valoir votre argent à intérêt plutôt que d'acheter des immeubles, » ce n'est pas là un mandat. Il n'y a, tout au plus, qu'un conseil donné à quelqu'un sur ses propres affaires (1).

35. Il est vrai que, dans certains cas, le mandat peut n'être pas étranger aux affaires du mandataire lui-même (2). Mais ce n'est qu'autant que son intérêt se trouve mêlé à celui d'une autre personne que le mandat regarde plus directement. « *Quia scilicet*, dit Cujas, *et meo negotio tuum aliquatenus admixtum fuerit* (3). » Ainsi le mandat peut concerner simultanément le mandant et le mandataire (4) : comme, par exemple, quand Pierre donne ordre à François de prêter à Jacques une somme d'argent que ce dernier doit employer au profit du premier. Ce mandat intervient évidemment dans l'intérêt principal du mandant, de Pierre ; mais il n'est pas étranger non plus à l'intérêt du mandataire qui prête son argent et en retire des profits (5). Autre exemple : mon débiteur me délègue son débiteur à ses ris-

(1) Voët, *Mandati*, n° 4, d'après Caius, l. 2, § 6, D., *Mandati*, et l. 1, § 14, D., *Depositum*; Caius dit, en effet : « *Magis est consilium quam mandatum*, l. 2, § 6, précitée.

(2) *Inst.*, *loc. cit.*

Caius, 3, *Com.* 155, 156, l. 2, § 4, D., *Mandati*.

(3) Sur la l. 22, § 2, D., *Mandati* (l. 32, *Pauli ad edict.*).

(4) *Id.*

(5) Vinnius, *Inst.*, *Mandati*, § 2.

ques. Cette délégation renferme un mandat qui est dans l'intérêt évident du mandant. Je suis son représentant et je ferai ses affaires en poursuivant son débiteur. Mais je ferai aussi les miennes, puisque je pourvoirai en même temps au recouvrement de ce qui m'est dû : *Debitum meum perscuar* (1).

Le mandat peut aussi concerner le mandataire et un tiers : par exemple, si je vous mande de prêter à intérêt à Titius une somme dont il a besoin (2).

Mais, dans tous ces cas, l'intérêt du mandataire n'est pas isolé. Un autre intérêt soutient le mandat. Que si le mandat était donné dans son seul intérêt, il n'aurait pas de valeur.

36. Non-seulement, comme on vient de voir, cet intérêt prédominant ne doit pas nécessairement reposer sur la tête du mandant, mais même le mandat peut être donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers (3). Rien n'est plus avéré en jurisprudence. Vainement dirait-on que le mandant stipule pour autrui, et que les stipulations pour autrui ne sont

(1) Paul, l. 22, § 2, D., *Mandati*.

Voyez Cujas sur cette loi, lib. 32, *Pauli ad edict.* Il fait remarquer que le même Paul, dans la l. 45, § 7, D., *Mandati*, est revenu avec une sorte d'affectation sur ces espèces.

(2) *Inst.*, *loc. cit.*

Caius, l. 2, § 5, *Mandati*.

Ulp., l. 12, § 13, D., *Mandati*.

(3) *Inst.*, *loc. cit.*, et Caius.

pas valables. La réponse est qu'en chargeant un mandataire de gérer l'affaire d'un tiers, je deviens comptable envers ce tiers qui a contre moi l'action *negotiorum gestorum*. Dès lors, j'ai intérêt à ce que le mandataire remplisse son mandat avec diligence et exactitude, afin d'être à l'abri d'un recours de la part du tiers (1). Le mandat a donc une base sérieuse; il repose sur un intérêt. Il doit être exécuté.

Ainsi, je puis convenir avec François qu'il fera les vendanges de Jacques, dont l'absence compromet la récolte. Si François, après s'être chargé de ce mandat, refuse de l'exécuter, je puis l'y contraindre en justice; réciproquement, il aura action contre moi pour que je l'indemnise.

37. Malgré la règle que le mandat ne saurait concerner le seul avantage du mandataire, on reconnaît en droit des procureurs appelés *procuratores in rem suam* (2), qui agissent pour leur propre utilité, et non pas pour l'utilité du mandant. Ce sont ceux qui se sont fait céder les actions de quelqu'un et procèdent sous son nom ou à sa place, dans leur propre intérêt (3). Cette situation ne contrarie notre règle qu'en apparence. En réalité, un tel

(1) Pothier, n° 17, et Javolenus, l. 28 D., *De neg. gestis*.

(2) L. 4 D., *De re judicata*.

L. 4 C., *De procurat.*

Voët., *De procurat.*, n° 8.

(3) L. 4 C., *De procurat.* On pourrait citer aussi comme exemple l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent. Art. 125 C. c.

mandat prend son origine dans l'intérêt du mandant. Le mandataire le représente dans son agissement contre des tiers.

38. Mais reprenons notre définition. Nous avons dit que l'affaire objet du mandat est placée sous la sauvegarde de la bonne foi et confiée à la prudence du mandataire. Ceci est fondamental. L'article 1992 nous offrira l'occasion du développement de cette idée. Le mandat vit de bonne foi. Autant le mandant montre de confiance dans cet *alter ego*, qu'il charge de ses intérêts, autant celui-ci doit y répondre par son zèle, sa probité, sa scrupuleuse délicatesse. Les Romains notaient d'infamie le mandataire qui s'était laissé condamner par l'action *mandati*.

39. Enfin, notre définition mentionne l'obligation du mandataire de rendre compte de sa gestion. C'est un trait essentiel que nous ne pouvions passer sous silence. L'art. 1993 le mettra en relief, et nous donnera occasion d'insister sur cette obligation (1).

40. Maintenant que les traits caractéristiques du mandat sont esquissés, on pourra facilement distinguer ce contrat de certains agissements avec lesquels il a des points de rapport. Essayons d'entrer dans quelques détails pour faire ressortir des différences qu'il est important de maintenir.

41. Tout mandat suppose un ordre d'agir (2).

(1) *Infra*, n° 413.

(2) *Supra*, n° 8.

Mais tout ordre d'agir ne peut être rapporté à la classe du mandat. Dans le droit romain, par exemple, le langage juridique se servait d'expressions différentes pour signifier l'ordre qu'une personne donne à une autre par forme de mandat, et l'ordre que l'on impose à quelqu'un qu'on a sous son obéissance et sa dépendance. *Mando* s'appliquait au premier cas, *jubeo* au second. Lorsque l'on ordonnait une chose à un esclave, à un fils en puissance, ce commandement s'appelait *jussum* (1), et on ne le confondait pas avec un mandat (2). Le mandat, en effet, suppose que la personne à laquelle il s'adresse sera maîtresse de refuser. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est* (3). Le *jussum*, au contraire, s'adresse à quelqu'un qui n'a pas la liberté du choix, et dont le devoir est d'obéir.

De ces deux situations sortaient des résultats fort différents. Voici comment : d'après les vieux principes du droit romain, le mandataire ne représentait pas le mandant à l'égard des tiers. Il s'obligeait personnellement avec ceux-ci, et ces derniers s'obligeaient directement avec lui; le mandant restait en dehors de tout contact juridique avec les tiers (4). Ce n'est que plus tard, et

(1) V. le titre du Digeste *Quod jussu*, et les Inst., *Quod cum eo*.

(2) Heineccius sur les Inst., *Mandati*, § 954, n° 5.

(3) Inst., *De mandato*, § 11.

(4) Ulp., l. 43, D., *Mandati*. *Suprà*, n° 4.

M. Ortolan, *Inst.*, t. 2, p. 873. *Infrà*, sur l'art. 1997, n° 511.

par un progrès assez lent dans la jurisprudence, qu'au moyen des actions utiles, le mandant, mis en évidence, joua un rôle actif et passif en ce qui concerne les tiers (1).

Au contraire, quand une chose avait été faite par l'ordre d'une personne qui s'était servie de son esclave, de son fils en puissance, etc., etc., c'était sur cette personne que réfléchissaient directement les actions actives et passives. *Nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet* (2). Le prêteur donnait l'action directe appelée *quod jussu*, contre le père de famille et le maître dont on avait suivi la foi (3).

Par la suite, cette différence devint plus apparente que réelle, car la jurisprudence ayant introduit des actions utiles pour agir *rectâ viâ* contre le mandant (4), la personne qui avait donné un mandat (*mandatum*) fut assimilée à celui qui avait donné un ordre (*jussum*).

Toutefois, il resta entre les deux positions une nuance digne de considération. C'est, d'une part, la liberté de ne pas accepter le mandat, de l'autre, l'impérieuse nécessité de se soumettre à l'ordre; c'est, d'un côté, cet état d'indépendance civile du

(1) *Infrà*, sur l'art. 1997, n° 511.

(2) Ulp., l. 4 D., *Quod jussu*.

(3) Caius, IV, *com.* 70.

(4) Papinien, l. 49 D., *De instit. act.*, et Cujas, sur cette loi, dans son *com.* du liv. 3 des réponses de ce jurisconsulte. *Junge* Ulpien, l. 43, § 25, D., *De act. empt.*, et l. 40, § 5, D., *Mandati*. Dans ces deux textes il s'autorise de Papinien.

mandant et du mandataire, qui ont droit d'exiger l'un de l'autre les comptes organisés par les actions de mandat; c'est, de l'autre côté, cet état de dépendance du fils en puissance et de l'esclave, qui, n'étant dans la main du père et du maître que des instruments passifs, ne sauraient se trouver dans les conditions prévues par la jurisprudence pour donner ouverture aux engagements du mandat et aux suites juridiques de ces engagements.

42. Notre droit moderne ne connaît ni l'esclavage ni la puissance paternelle des Romains. Cependant il n'efface pas la distinction qui nous occupe. Appellerait-on mandat l'ordre qu'un père donne à son fils mineur, lequel lui doit obéissance et soumission? Non. Les obligations du fils ne sont pas celles qui procèdent d'un contrat. D'abord, il n'y a pas de contrat valable entre le père et le fils mineur. De plus, il n'en est pas besoin; la nature en a fait un qui dispense de tous les autres: il repose sur la piété filiale et sur la sainte autorité des parents (1).

On ne verra pas non plus un mandat dans le commandement du général à ses soldats; c'est de la hiérarchie, c'est de l'obéissance pure; mais point de contrat véritable entre celui qui ordonne et celui qui doit se soumettre.

N'appellez pas non plus mandat les faits et les agissements qu'une congrégation religieuse impose à ses membres enchaînés par un vœu d'obéissance.

(1) Art. 372. « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou émancipation. »

La société de Jésus, par exemple, doit une entière soumission à ses chefs. Le jésuite n'a pas de compte à leur demander; il est soldat et fait partie d'une milice où la première règle de discipline est de se soumettre. Il ne saurait avoir la position libre du mandataire qui, s'il a des obligations à remplir, a aussi des droits à exercer. Ainsi donc, quand la société envoie le père Brisacier à Rome pour attaquer et faire condamner le beau livre d'Arnault *De la fréquente communion* (1), Brisacier sera-t-il un mandataire? Non. Le jésuite n'est qu'un instrument: *sicut baculus!* ou *perindè ac cadaver*.

Il est vrai que celui qui commande et celui qui lui obéit pourront trouver dans leurs rapports quelques devoirs qui leur seront communs avec le mandant et le mandataire. Le droit naturel, qui a présidé à l'organisation du mandat, l'a rendu conforme à certaines notions générales d'équité que l'on rencontre dans beaucoup d'autres contrats et relations civiles. Mais ces points de contact n'empêchent pas des différences fondamentales, que l'analyse doit s'appliquer à remarquer, sous peine de confondre toutes les catégories du droit.

43. Le mandataire ne doit pas, non plus, être entièrement confondu avec le prête-nom. Ce dernier est revêtu d'un titre apparent qui lui donne, dans ses rapports avec les tiers, tous les droits du propriétaire. Il est, à leur égard, non pas un agent intermédiaire, qui se meut sous l'influence de la volonté

(1) Racine, *Hist. de Port-Royal* (t. 5, édit. Auger, p. 122).

d'autrui, mais un maître qui dispose de sa chose. Sans doute, entre les parties, celui dont le rôle a été réduit par une contre-lettre à la simple qualité de prête-nom n'est pas autre chose qu'un mandataire. Mais ce mandat, donné sous forme de cession, lie le mandant d'une manière plus étroite ; il lui interdit de critiquer les actes par lesquels le prête-nom s'est engagé avec les tiers.

44. On saura également séparer la simple recommandation d'avec le mandat. Car mander et recommander sont deux choses différentes (1). Je recommande Pierre à Jacques, mon correspondant de Marseille. Ceci ne doit pas faire supposer à Jacques que je prends à ma charge la responsabilité des prêts d'argent et des fournitures qu'il fera à mon recommandé. Une recommandation de la personne n'est pas un mandat de pourvoir à ses besoins d'argent (2). Les lettres de recommandation ne sont faites que pour faire connaître d'une manière avantageuse la personne recommandée, et lui procurer de bons rapports (3). Comme le dit Bartole, *verba commendatoria non obligant* (4).

(1) Doneau, lib. 13, c. X, n° 7.

Vinnius, *Inst.*, *De mandato*.

(2) Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati*.

(3) *Commendare aliquem, est laudare apud eum cui illum commendatum volumus*. Doneau (*loc. cit.*).

Noodt dit à peu près dans les mêmes termes : *Commendare est tantum laudare, et gratiorem reddere*. (*Prob. juris*, lib. 4, c. 12, n° 2.) Pothier, 19.

(4) Sur la loi 12, § 12, D., *Mandati*. V. aussi les lois 43 D., *De cont. empt.*, et 11, § 2, D., *De legat.*, 30.

45. Il en serait autrement si la recommandation était accompagnée d'une prière ou d'une invitation d'où le correspondant pût inférer que la lettre de recommandation était en même temps une lettre de crédit, ou un cautionnement, ou un mandat de prêter (1).

Les lois romaines ont prévu ce cas particulier ; elles ont soin de le mettre dans une classe distincte de la recommandation ; elles le rapportent au contrat de mandat. Le correspondant, disent-elles, n'aurait pas prêté sans l'ordre qui lui a été donné, et cet ordre, ayant été accepté, a engendré un contrat de mandat. *Quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset* (2).

46. En soi, la distinction est d'une facile intelligence. Mais les expressions dont les parties se sont servies rendent quelquefois délicate la recherche de leur volonté.

Sans doute si l'auteur de la lettre de recommandation disait nettement : *Periculo meo crede*, comme dans un exemple posé par Ulpien, on n'hésiterait pas un instant à voir un mandat dans cet agissement (3).

Il en serait de même s'il s'était servi de ces mots : *Benè credis* (4).

(1) Doneau, *loc. cit.*

Pothier, 19.

V. mon com. du *Cautionnement*, n° 138.

(2) Justinien, *Inst.*, *De mandatis*, § 6, in fine.

Caius, 3, com. 156.

(3) L. 12, § 13, D., *Mandati*, et l. 1, § 14, D., *Depositum*.

(4) Ulpien, l. 12, § 13, D., *Mandati*.

Mais toutes les espèces n'ont pas cette clarté : il y en a qui se présentent sous l'enveloppe de termes équivoques.

47. Les auteurs, Bartole, Balde, Gomez, ont essayé de donner des règles d'interprétation. Quoiqu'elles soient loin de suffire pour tous les cas, on aurait tort de les mépriser. Elles sont dignes d'être notées.

Si les termes des lettres de recommandation sont très généraux, comme, par exemple, ceux-ci : « Donnez pleine confiance au porteur, c'est un homme honnête et fidèle et je le tiens pour très sûr en affaires, » il n'y a pas là d'obligation contractée ; il n'y a qu'une simple recommandation (1) ; à moins, toutefois, que le porteur ne soit le facteur de celui qui écrit (2).

Mais, si les lettres contiennent une recommandation portant sur quelque chose de certain et déterminé, comme : *Je vous prie d'avoir des bontés pour Pierre que je vous adresse; prêtez-lui 2,000 francs;* il y a mandat (3); ou bien : *Donnez pleine foi au*

(1) Bartole, sur la loi 25 D., *De fidejussor.*, dit : *Multum generales.*

Junge Balde, in rubric. Cod., *De const. pecuniâ.* Gomez dit aussi en se résumant, 2 *Variar. resol.*, c. 12, n° 5 :

« *Si verò tales litteræ sunt valde generales, ut si mittans dicat recipienti : DABITIS PLENAM FIDEM latori; vel dicat : QUOD EST FIDELIS PERSONA, DE QUA POTERIS CONFIDERE, » mittens nullo modo tenebitur, quia tales litteræ sunt commendatoriae et approbationis personæ.*

(2) Bartole, *loc. cit.*

(3) Gomez d'après la loi *Lucius, D.*, *De fid. jussor.*, et arg. de la loi citée *infra*, n° 50.

porteur de cette lettre; je l'ai pleinement informé de mes intentions; ou bien : *Je vous prie d'accorder toute votre confiance à Pierre sur telle affaire dont voici le détail* (1). Dans tous ces cas, l'auteur de la lettre ne recommande pas seulement la personne, il recommande aussi l'affaire. Il s'oblige comme mandant. Straccha tient que ce sont là les vrais principes dans les matières commerciales (2).

Il en est de même quand les lettres, sans porter sur aucun fait déterminé, certain et spécifique, annoncent cependant que celui qui écrit prend la chose à ses risques (3).

48. Malgré ces règles, des doutes ont tenu les esprits partagés dans l'hypothèse que voici :

Une personne écrit à une autre : « Je vous recommande Pierre, mon ami; c'est un honnête homme et un négociant solvable, dont je connais le crédit; livrez-lui en confiance les marchandises qu'il vous demandera. »

Que doit-on décider? Ma lettre est-elle une simple lettre de recommandation? est-elle au contraire un mandat? La question est délicate. Si l'on s'en tient aux distinctions de Bartole, de Balde, de Gomez, il faut dire qu'il y a plus qu'une simple recom-

(1) Bartole, *loc. cit.* : *Quandoquæ istæ litteræ sunt magis speciales; ut putà : Latori præsentium, de intentione nostrâ planè informato, dabitur plenam fidem : vel, super tali negotio dabitur plenam fidem.*

(2) *De probationibus*, n° 15.

(3) Bartole, *loc. cit.*, et Gomez, *loc. cit.* Casaregis, d. se. 126, 21 : « *Il tutto sopra di me, ou à mio risico, à mio conto.* »

mandation, et que l'auteur de la lettre a donné un mandat. C'est ce que veut Voët avec Carpzovius et Neostadius ; déclarant cette opinion conforme aux usages du commerce et aux pratiques de la place d'Anvers (1). Pothier, au contraire, dans un exemple à peu près semblable, mais sans discuter le sentiment contraire exprimé par Voët, et qui remonte plus haut que ce dernier, croit que la lettre ne contient qu'une recommandation ou un conseil, et qu'elle n'oblige pas (2), à moins qu'elle ne renferme une fraude (3). « Si je » vous avais dit (ce sont les paroles de Pothier) : » Vous pouvez prêter sûrement à Pierre la somme » qu'il vous demande d'emprunter, c'est un hon- » nête homme qui est très solvable et qui mérite » qu'on lui rende service ; — ces termes ne renfer- » ment qu'un conseil d'où il ne naît aucune obli- » gation. »

A mon avis, cette opinion de Pothier ne saurait prévaloir, et il n'est aucun commerçant qui, recevant une pareille lettre de son correspondant, ne

(1) *Mandat*, n° 4.

« Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mer-
catores ita jus esse, ut ad instar fidejussoris obligetur, qui
ignoto tanquam idoneo, merces credi persuasit rogavit,
ut ut bonâ fide. Carpzovius definit, *Forens.*, part. 2, const. 18,
definit. ult., ibique alii citati. Quod et usu constante Antver-
piæ inter mercatores servatum fuisse observat Neostadius
curia suprem. decis., 5, etc. »

(2) *Mandat*, 20.

M. Duranton suit cette opinion, n° 202.

(3) L. 47 D., *De regul. juris.*

considère ce dernier comme le donneur responsable d'un mandat. Toutes les lettres de crédit sont conçues dans des termes semblables ; jamais le commerce n'a hésité à y voir une obligation formelle.

J'avoue cependant que si la lettre en question n'était que la réponse à une demande de renseignements, il serait plus logique d'y voir un simple conseil. Mais si la lettre n'était pas provoquée, si, au lieu d'être une réponse, elle était l'effet d'une initiative spontanée, je ne vois pas comment la qualification de conseil pourrait lui convenir. Il ne s'agit pas ici de conseil ; il s'agit de recommandation. Or, de même que le conseil peut, dans certains cas, dégénérer en mandat, comme nous l'avons expliqué ci-dessus (1), de même la recommandation prend la couleur et la réalité du mandat quand des circonstances particulières s'y trouvent mêlées. Ces circonstances se rencontrent ici. On ne s'est pas renfermé dans des éloges sur la personne ; on ne s'est pas tenu à des indications générales ; on a précisé des faits, pour lesquels on a demandé la confiance du correspondant. Le commerce, qui repousse les subtilités, n'équivoque pas sur une telle situation. Il y aperçoit un mandat, et il fait un devoir à l'auteur de la lettre de garantir avec bonne foi les suites de son incitation. Nous avons vu que tel est l'usage d'Anvers ; c'est aussi celui de Lubeck, et Marquardus atteste la sévérité avec laquelle les donneurs de pareilles lettres sont

(1) N° 19.

traités dans cette ville commerçante (1). Nos usages commerciaux sont également enclins à voir des mandats dans les recommandations données avec les circonstances que nous venons d'indiquer (2).

49. Mais (nous devons le répéter), quand de telles circonstances ne se rencontrent pas, la recommandation pure et simple ne renferme pas l'obligation de prendre à sa charge tout ce qui aura été fait pour le recommandé.

En morale, toutefois, il y a une responsabilité pour celui qui recommande légèrement un homme indigne de confiance.

Qualem commendas etiam atque etiam adspice, ne mox, Inculiant aliena tibi peccata pudorem (3).

50. Dans le doute, faudra-t-il faire prévaloir l'interprétation favorable à l'existence d'un mandat, ou l'interprétation contraire? Nous pensons que le juge doit écarter le mandat. Les empereurs Honorius et Théodose en ont donné le conseil: *Neque familiares epistolas quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam rogatus non fuerat, impendisse pro prædiis mentiatur; cum nisi specialiter, ut pecuniam præstet, à domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non*

(1) Lib. 2, c. XI, n° 66.

Voyez au surplus Doneau, 13, com. 10, 7.
Delucà, *De cambio*, 30; *De credito*, 90.

Casaregis, disc. 126.

(2) Boniface, t. 4, liv. 8, t. 6, ch. 1.

(3) Horace, 1, epist. 18.

possit (1). Aussi Godefroy, pour bien préciser le sens de cette loi, l'a-t-il accompagnée de la note suivante: *Commendatitiae litteræ, in dubio non præsumuntur missæ animo obligandi, sed commendandi tantum* (2). C'est également ce qu'enseigne le président Favre (3).

51. Ce que nous venons de dire du passage de la recommandation au mandat a montré que le mandement donné dans les circonstances préindiquées ressemble beaucoup à la fidéjussion, de sorte que le mandant (*mandator*) paraît en quelque sorte n'être qu'une caution de celui qu'il recommande. *Neque enim multum refert, dit Julianus, præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandat* (4). Aussi voyons-nous les livres du droit romain rapprocher perpétuellement les mandants qui intercèdent pour autrui, et les fidéjusseurs (5).

52. Toutefois, les interprètes comptent cinq différences entre le mandat et la fidéjussion (6). Sans

(1) L. 13, C., *Quod cum eo*.

(2) Note (6).

(3) *Nec enim tam facit familiares epistolas in id trahere convenit, ut mandato æquipolleant contra mentem scribentis* (sur la loi 12, § 12, D., *Mandati*).

(4) L. 32 D., *Mandati*.

Junge Papin., l. 58, § 1, D., *Mandati*.

Scævola, l. 62, § 1, D., *Mandati*.

(5) V. les titres *De mandatoribus et fidejussoribus*, au Digeste et au Code, et la nouvelle 4, c. 1.

Puffendorf et Barbeyrac, t. 2, p. 117. Pothier, *Oblig.*, n° 447. Casaregis, disc. 197, n° 19.

(6) Favre sur la loi 32 D., *Mandati*.

les suivre dans ce détail, il en est en effet de graves que nous voulons faire ressortir.

C'est le mandant qui, par son intervention spontanée, a donné lieu au contrat. *Velut affirmator fuit et suator* (1). Il serait donc bien difficile qu'il réclamât le bénéfice de discussion attribué au simple fidéjusseur. Il faut considérer ensuite que l'obligation du mandant ne vient pas s'adjoindre à une autre obligation principale dont elle n'est que l'accessoire. Elle dérive d'un agissement principal qui a son existence propre, d'un mandat (2), et ce mandat doit produire ses conséquences naturelles et être traité, non pas en simple fidéjussion, en simple accessoire, mais comme un vrai mandat, soumis au droit commun (3).

D'après ces notions, on décidera, suivant les circonstances, si l'agissement incline plutôt vers le mandat que vers la fidéjussion. Quand il paraît que celui à qui la lettre a été adressée n'a pas entendu suivre la foi de l'emprunteur, et qu'il a pensé n'avoir affaire qu'à la personne qui lui écrivait, le mandat l'emporte sur la fidéjussion. Ainsi, Durand, propriétaire à Paris, donne à François, qui va faire un voyage en Italie, des lettres de crédit pour un de ses amis de Rome. Si François reçoit de l'argent de cet ami, croit-on que ce dernier l'ait accepté pour débiteur principal, lui François qui ne fait

(1) Ce sont les paroles d'Ulpien.

(2) Pothier, *Oblig.* n° 447.

(3) MM. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enreg.*, t. 2, n° 1567. Voyez mon com. du *Cautionnement*, n° 28.

que passer, qu'il ne reverra plus, qu'ils ne sauront où aller chercher? Évidemment non. Le débiteur principal, à ses yeux, c'est Durand, au mandat duquel il a obéi. Durand n'est pas un obligé accessoire, comme l'est nécessairement un fidéjusseur. Il est tenu directement et principalement par l'action *mandati contraria*, et rien ne pourrait le faire écouter s'il venait soutenir que son ami doit discuter avant tout François son recommandé.

Mais supposez que Durand, banquier connu à Paris, voulant favoriser l'établissement de son fils à Gènes, écrive à ses correspondants sur cette place : « Mon fils va créer dans votre ville une maison de banque; je vous prie de lui accorder votre confiance et d'avoir de bons rapports avec lui; mon crédit vous répondra du sien. » Il est évident qu'ici le but de Durand père a été de mettre son fils en rapport d'affaires avec ses correspondants de Gènes; que ceux-ci ont dû traiter avec Durand fils comme avec un négociant dûment établi, gouvernant lui-même sa maison, ayant un crédit propre; que cet individu a été accepté par eux comme obligé principal, et qu'ils n'ont dû regarder son père que comme un fidéjusseur (1).

Ces exemples feront toucher au doigt la nuance qui sépare les deux contrats. L'important est de voir si l'obligation de celui qui a écrit la lettre de crédit a été, dans l'intention des parties,

(1) Casaregis, disc. 33, n°s 20 et 21.

une obligation principale ou une obligation accessoire à une obligation principale.

Au surplus, la distinction du mandat et du cautionnement est surtout utile à raison du bénéfice de discussion attribué à la caution et refusé au mandant. Il est en effet d'un très grand intérêt de savoir si celui qu'on signale comme mandant, afin d'agir principalement contre lui, n'est pas plutôt une caution, qui a droit de se mettre à couvert en renvoyant le demandeur à discuter l'autre obligé. Remarquons toutefois que, dans les matières commerciales, où la solidarité existe toujours de plein droit, où le bénéfice de discussion est repoussé comme incompatible avec la rapidité du mouvement commercial (1), la distinction entre le mandat et le cautionnement n'a pas la même conséquence que dans les rapports civils.

53. J'ai fait voir ailleurs les points de contact du mandat et du contrat de société (2), du mandat et du dépôt (3). Je pense qu'il est inutile d'y revenir ici.

54. C'est surtout avec le louage d'ouvrages que le mandat a des analogies. Nous avons déjà traité ce point dans notre commentaire du *Louage* (4). Nous le reprendrons avec de nouveaux détails en nous occupant de l'art. 1986 du C. c.

(1) Casaregis, disc. 68, nos 12, 14. Mon com. de l'art. 2021 C. c., au titre du *Cautionnement*, n° 233.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 1, nos 34, 43.

(3) Mon com. du *Dépôt*, n° 29.

(4) T. 3, nos 805 et suiv.

55. Le mandat se présente à l'attention du jurisconsulte sous des faces fort variées et des combinaisons diverses. On le trouve dans les fonctions des tuteurs, des curateurs, des envoyés en possession provisoire, des arbitres, des gérants (1) et des liquidateurs de société (2), des syndics des faillites, des commissionnaires, des préposés, facteurs, commis-voyageurs, agents d'affaires, courtiers, etc., etc. — Il joue un grand rôle, soit dans les rapports qui existent entre la caution et le débiteur principal dont la dette a été payée (3), soit dans la lettre de change. Le contrat qui intervient entre le tireur d'une lettre de change et celui sur qui la lettre est tirée est un vrai contrat de mandat, *mandatum solvendæ pecuniæ* (4). Le tiré est un mandataire qui est obligé *actione mandati directæ* à accomplir le mandat dont il s'est chargé, c'est-à-dire à accepter la lettre de change et à la payer à l'échéance. Les endossements irréguliers sont aussi de véritables procurations (5).

Le mandat existe non-seulement dans certaines fonctions privées, mais encore dans les fonctions

(1) Mon com. de la *Société*, nos 834, 359, 381, 382, 452, 504, 601, 603, 663, 665, 666, 669, 670, 679, 680, 681, 682, 691, 709, 710, 712, 807, 808, 809, 817 et suiv., 900, 901.

Argt. art. 1856, 1859 C. c., 1862, 1864.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 1040 et suiv.

(3) Mon com. du *Cautionnement*, n° 17.

(4) Pothier, *Contrat de change*, n° 91.

Infrâ, n° 671.

(5) Pothier, *loc. cit.*, n° 82.

publiques, délégation d'une partie du pouvoir suprême, depuis le membre de la Chambre des députés, le ministre, l'ambassadeur, le juge, jusqu'au percepteur des contributions et à l'employé des douanes.

56. Mais suivre le mandat dans ces ramifications infinies serait hors de notre sujet. Nous voulons l'étudier ici à son état simple, abstraction faite des mélanges par lesquels il entre dans le droit public ou dans des parties spéciales du droit civil. Ce sujet est déjà très vaste. Il suffit à lui seul pour occuper le juriconsulte. Quant aux formes diverses que revêt le mandat dans le droit privé, elles n'affectent pas sensiblement le droit commun qui est la règle de ce contrat. Elles se réduisent à certains traits particuliers d'où découle une physiologie individuelle.

57. Ainsi, quelquefois ces mandats spéciaux sont irrévocables ; c'est l'irrévocabilité qui fait leur originalité. Quelquefois ce sont des mandats généraux *cum liberâ*. Tantôt ils s'appliquent à un certain ministère qui doit être rempli dans tous ses détails et dans toutes ses ramifications ; tantôt ils n'ont en vue que certains actes isolés. Ici, il tirent leur caractère de ce que le mandataire ne tient pas ses pouvoirs de celui qu'il est chargé de représenter, etc., etc. Là, le point saillant est que le même mandataire les a reçus des deux personnes opposées d'intérêt qui se mettent en rapport par son intermédiaire.

58. Il y a dans le commerce de très fréquents emplois du mandat. Mais le nom de mandataires ou de procureurs, quoique n'étant pas inconnu dans

le commerce (1), n'est pas le plus habituel, ce nom étant plus spécialement destiné au droit civil. Celui de préposé, ou de commissionnaire, est plus usuel dans le négoce et dans le style des marchands (2). On peut même dire que les commissionnaires sont les véritables mandataires commerciaux, attendu qu'il est rare que la préposition ne dégénère pas en louage de services, ainsi que nous le dirons plus tard.

59. Mais quelle différence y a-t-il entre la préposition et la commission ? En posant cette question, nous supposons que la préposition reste à l'état de mandat, et qu'elle ne se complique pas de l'élément du prix, qui en fait un louage (3).

60. La préposition (4) est un contrat par lequel on place une personne à la tête d'une certaine affaire de commerce pour la diriger, ou d'un certain ministère pour le remplir, au compte et sous les ordres du préposant. Le contrat fixe le rôle du préposé, lui assigne sa fonction, détermine le cercle dans lequel il peut agir, soit à la place du patron, soit

(1) Toubeau, p. 112.

(2) *Ex mandato privato quod hodiè, in foro mercatorum, commissio dicitur.* C'est la réflexion de Marquardus (lib. 2, c. XI, n^{os} 44 et suiv.).

(3) L. 1, § 18, D., *De exercit act.* (Ulpien.)

(4) Ce mot vient du droit romain.

Ulp., l. 1 D., *De inst act.*

Id., l. 3 D., *id.* : *tabernæ præpositus.*

Id. l. 5 D., *id.* Caus. IV, com. 71. Pau', l. 1 D., *De exercit act.*, et *Sent.*, lib. 2, t. 8, n^{os} 1 et 2. Justinien, *Inst.*, *Quod cum eo*, § 2.

pour le représenter au dehors. *Præpositio certam legem dat contrahentibus* (1). La préposition est un moyen commode d'activer les affaires du commerce par la division du travail. Elle distribue les rôles suivant l'aptitude des employés que le maître s'attache; elle crée des fonctions distinctes, qui concourent par un effort commun et constant au succès de l'entreprise.

61. Les cas de préposition sont très nombreux et très variés. Les lois romaines en ont donné une foule d'exemples. On avait des préposés pour l'exploitation d'un commerce ou pour la gestion d'un magasin (2); on en avait pour certaines fonctions spéciales, propres à tel ou tel genre de négoce (3); il en existait pour le commerce de terre (4) et pour le commerce de mer (5); pour l'agriculture (6) comme pour la marchandise; pour la haute banque (7) comme pour le métier de revendeur d'habits (8); pour la fabrique (9) comme pour la tenue d'une auberge (10); pour les entreprises de fournitures (11) et pour les entreprises de sé-

(1) Noodt, *De exercit. act.*

(2) Ulp., l. 3 et 5 D., *De inst. act.*

(3) Ulp., l. 5, § 4, D., *De inst. act.*

(4) V. le tit. du Dig., *De inst. act.*

(5) V. le tit. du Dig., *De exercit. act.*

(6) Ulp., l. 5, § 2, D., *De inst. act.*

(7) Ulp., l. 5, § 2 et 3, D., *De inst. act.*

(8) Ulp., l. 5, § 4, D., *De inst. act.*

(9) Ulp., l. 5, § 6, D., *De inst.*

(10) *Id.*

(11) L. 5, § 9, *De inst.*

pultures (1), etc., etc. Les préposés à une spéculation terrestre s'appelaient *institeurs* (2); ce mot signifiait qu'agents du maître pour l'ensemble des actes constituant l'entreprise, ils étaient ses représentants vis-à-vis des tiers, et l'engageaient par leurs agissements en même temps qu'ils s'engageaient eux-mêmes. Le préposé à l'exercice d'un bâtiment de mer avait le nom de *magister navis*, tandis que le préposant s'appelait *exercitor* (3).

62. Aujourd'hui, les diversités de préposition ne sont pas moins nombreuses. Dans le commerce, on voit les préposés aux écritures, aux tenues de livres, les caissiers, les gardes-magasin, les commis aux achats, aux ventes, aux courses du dehors, aux voyages, à la surveillance des ateliers, au contrôle de la fabrication; les facteurs, les commis nommés *complimentaires* (4), qui gèrent des comptoirs éloignés, avec de pleins pouvoirs, remplissent les mêmes fonctions que le maître, et signent pour lui les billets, lettres, comptes, promesses, etc. Il serait infini, il serait inutile d'entrer dans une plus longue énumération (5).

63. Mais ce qui est plus important à remarquer, c'est que la préposition se divise en deux branches distinctes, suivant le plus ou moins d'extension des pouvoirs délégués au préposé.

(1) L. 5, § 8, D., *De inst.*

(2) Ulp., l. 3 D., *De inst. act.*

(3) V. le Dig., *De exercit. act.*

(4) Casaregis, disc. 173, n° 4 et *passim*. Rogue, t. 2, p. 287.

(5) V. l'art. 634 du C. de com.

Ainsi, dans l'énumération que nous avons donnée, on a pu remarquer qu'il y a certains préposés, comme les caissiers, les teneurs de livres, etc., qui ont chacun une spécialité propre; ils secondent le patron dans certains détails précis, dans certaines parties distinctes et nettement individualisées de son commerce. Le commis aux écritures ne se mêlera pas des courses; le commis aux courses ne viendra pas s'immiscer dans la tenue de la caisse. Le département de chacun est un cercle, dont il ne peut et ne doit pas sortir, sans excéder les bornes de la préposition.

64. Mais il y a des préposés dont le mandat est plus étendu, et qui sont chargés de représenter le patron lui-même en qualité d'instituteurs, soit en tel lieu désigné (1), soit même sans distinction d'endroit (2), pour tout ce qui se rapporte à son industrie et à son négoce, ou à une branche de son industrie et de son négoce. Ces préposés ont une plus grande latitude d'action que les précédents. Le patron, qui ne saurait tout prévoir ni être présent partout, s'en rapporte, pour la série d'opérations qui constitue l'entreprise, à leur discrétion, à leur prudence, à leur habileté. Tandis que l'on dit à un commis aux écritures : *Copiez-moi cette lettre*; à un commis aux courses du dehors : *Portez à telle personne tel objet*; on dit au préposé dont nous parlons maintenant, à l'instituteur : *Voilà telle entreprise, conduisez-la à ma place en homme in-*

(1) Paul, l. 4 D., *De inst. act.*

(2) Paul, l. 18 D., *De inst. act.*

telligent; ou bien : *Voilà tel département à approvisionner, allez-y faire des offres, y chercher des placements, y passer tous les marchés convenables*. Ces préposés de la seconde espèce ont le droit de faire l'ensemble des actes commerciaux qui se rapportent à cette entreprise ou à cette délégation (1). L'un est le préposé ou instituteur sédentaire, *alter ego* du patron, dans tel lieu et à la tête de tel comptoir; l'autre est le préposé ou instituteur ambulant, le commis-voyageur qui multiplie, dans les localités diverses qu'il parcourt, la présence de la maison de commerce dont il a mandat (2).

65. La *commission* est autre chose. Tandis que la préposition indique un pouvoir permanent, embrassant un trait de temps plus ou moins long pendant lequel le préposé demeure lié aux affaires du patron, soit pour certains actes spéciaux, soit pour une ensemble d'opérations (3), la commission, au contraire, ne réveille à l'esprit qu'un pouvoir passager, confié pour un acte déterminé, et expirant avec cet acte. Le mot *commission*, emprunté à

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 14.

(2) Cujas en a donné la définition : « *Sunt et qui nullo certo loco consistunt, sed commeant per provincias, obeuntes honestorum virorum domos, cum cistâ mercium, ibique eas vendunt, ad hoc genus mercimonii sive quæstus inmissi à magno mercatore quodam.* » (Sur la loi 4 D., *De inst. act.*, dans le lib. 30, *Pauli ad edictum.*)

(3) L'art. 634 du C. de c. fait ressortir ce trait caractéristique par les mots : *Pour le fait du trafic du marchand ouquel ILS SONT ATTACHÉS.*

la langue du droit canonique (1), où la chancellerie de Rome l'employait pour signifier ces tribunaux passagers et exceptionnels ayant mission de juger certaines causes déterminées; le mot *commission*, disons-nous, a été transporté dans le droit commercial, et y désigne cet agissement fréquent par lequel un négociant se fait remplacer ou représenter pour certains actes précis, spéciaux et passagers.

66. Le commissionnaire diffère du courtier; car le courtier, simple entremetteur, se borne à mettre les clients en rapport, à constater leur convention; mais il ne s'engage pas envers eux; et comme il n'a rien géré, il n'a pas de compte à rendre (2). Au contraire, le commissionnaire gère l'affaire du commettant, et il lui en doit compte; il peut même s'engager personnellement à sa place (3).

67. Le commissionnaire a plus d'affinité avec le préposé; tous deux gèrent, tous deux sont comptables; tous deux ont des fonctions qui sont le résultat d'une délégation de pouvoir. Mais ils diffèrent l'un de l'autre en ce que le commissionnaire n'a de mandat que pour tel acte isolé et passager (*putà*, pour acheter tant de balles de coton), et que ce mandat expire aussitôt que l'acte est accom-

(1) *Commissio*, in capit. decret. de rescript., est quâ causa ad iudices delegatur, ad certam nempe causam constitutas, qui et commissarii appellantur (*Vocab. utriusque juris* Phil. Viscat). Junge MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 17.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, *id.*, 18.

(3) *Id.*, 18.

pli (1). Le préposé, au contraire, est revêtu d'une délégation qui embrasse un trait de temps et une série d'actes successifs (2). Et de là il suit qu'il est *attaché* au commerce du patron; l'expression se trouve dans l'art. 634 du C. de com. (3); elle est aussi vraie qu'énergique. Le commissionnaire, lui, est indépendant; auxiliaire volontaire du commettant, il lui prête sans doute son ministère dans certains cas donnés; mais il ne lui est pas attaché, il n'est pas son homme; l'autre n'est pas son patron. De plus, le mandat du commissionnaire est spécial *ad certum negotium gerendum*; le mandat du second est général *ad negotia gerenda*, relativement à la branche de commerce confiée à sa gestion (4). « Il ne lui faut pas (disent MM. Delamarre et Lepoitevin, qui ont porté une vive lumière sur ces distinctions), il ne lui faut pas, comme au commissionnaire, autant de mandats qu'il aura d'affaires à conclure; elles sont toutes autorisées, ou par son seul titre, ou par un seul mandat. Il y a des agissements divers et une seule préposition (5). » Tel n'est pas le commission-

(1) M. Vincens, t. 2, p. 123, n° 6.

(2) *Id.* Mais il faut voir surtout MM. Delamarre et Lepoitevin, *loc. cit.*

(3) *Addictus præponenti*, disent les docteurs. Bachovius s'exprime ainsi: *Operam suam pro mercede alicui addicit* (in Treull., disp. 29, th. 1, lettre G.).

(4) *Mandatarius*, INSTITOR, SEU COMPLIMENTARIUS, HABET GENERALE MANDATUM, quoad ea quæ conveniunt suæ administrationi (Casaregis, disc. 173, n° 4).

(5) *Loc. cit.*, n° 10. Junge n° 14.

naire. Il a autant de commissions distinctes qu'il a d'affaires commises, *totidem mandata quot negotia gerenda*. Ce point est capital; il a servi de boussole aux deux auteurs que j'ai cités, dans leur excellente monographie du *Contrat de commission*. Il n'a cependant pas été aperçu par tous les auteurs modernes qui, avant MM. Delamarre et Lepoitevin, se sont occupés de ce sujet. Ni M. Carré (1), ni les auteurs de la *jurisprudence générale* (2), n'ont exactement précisé ce trait caractéristique qui distingue la commission de la préposition, et MM. Delamarre et Lepoitevin ont très solidement réfuté leurs définitions. Je rappelle avec plaisir celle qu'ils leur ont substituée: « C'est un contrat par lequel l'un » des contractants donne le pouvoir de faire pour » lui une ou plusieurs opérations de commerce, in- » dividuellement déterminées, à l'autre contractant » qui s'engage à les traiter et conclure, soit sous un » nom social ou dans le sien propre, soit au nom » du commettant, et à en rendre compte (3). »

68. Je parlais tout-à-l'heure du courtier.

On s'est demandé si le courtier est un mandataire, et M. Carré paraît avoir conçu des doutes à cet égard (4). Je n'hésite pas à voir un mandat dans ses agissements (5). Si les Romains ne lui

(1) *De la compétence*, t. 7, n° 506, p. 185 (édit. de M. Victor Fouché).

(2) *V° Commissionnaire*.

(3) N° 32.

(4) *Compét.*, t. 7, p. 187, note (1).

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 12.

donnaient pas cette qualification, c'est parce que le courtier, appelé par eux proxénète, recevait un honoraire, et que les Romains (ainsi que nous le verrons dans notre commentaire de l'art. 1986) tenaient avec beaucoup de force au principe de la gratuité du mandat. Du reste, ils ne confondaient pas le courtier avec le locateur d'ouvrages (1); son agissement était un contrat sans nom.

Le courtier était appelé autrefois *courrattier*, du mot latin *cursitare*. M. Monteil a fait allusion à cette étymologie quand, mettant en action un courtier du xv^e siècle, il le représente faisant 6 lieues en un jour pour faire vendre à un fermier de Brie cent stères de blé; puis se remettant en course, parcourant 10 lieues de pays, allant de village en village pour le placement de 200 stères de seigle et autant d'avoine appartenant au même cultivateur (2).

69. La fonction du courtier est de mettre les parties en rapport, de les rapprocher, d'être le médiateur de la négociation (3). Les Romains lui donnaient le nom de *proxeneta* (4); ils avaient des proxénètes pour beaucoup d'affaires différentes, pour les achats et ventes, les placements de fonds, les rapports de commerce (5), les mariages (6).

(1) Ulp., l. 1 et 2 D., *De proxenet*.

Cujas, XI, *observ.* 18.

(2) *Hist. des Français des divers états*, t. 3, p. 186, 187.

(3) Turri, *De cambio*, disp. 1, q. 2, n° 8. Art. 77 C. de com. MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 13.

(4) Ulp., l. 3 D., *De proxenet*.

(5) Ulp., l. 3 D., *De proxenet*.

(6) Ulp., l. ult. D., *De sponsalib.*

Les proxénètes étaient surtout utiles aux étrangers qui, ne connaissant ni la langue de Rome, ni ses marchands, avaient besoin d'interprètes et de guides. Le ministère du courtier est défini brièvement et exactement dans l'art. 74 du C. de c., qui le représente comme un agent intermédiaire. Ainsi, par exemple, le courtier de marchandises conduit l'acheteur dans le magasin où se vendent les objets dont ce dernier a besoin, et lui prête son entremise pour en faire l'achat (1). Il n'est pas permis au courtier de sortir de son rôle de conseil, de médiateur; il ne peut être que l'instrument du traité (2). Ce sont les clients qui seuls contractent par lui.

Par-là on voit que le courtier est tout à la fois le mandataire du vendeur et de l'acheteur, auxquels il sert d'intermédiaire et prête simultanément son intervention (3).

70. Tels sont les divers mandats qui mettent en mouvement les affaires civiles et commerciales.

Du reste, on ne confondra pas le contrat de mandat avec la gestion d'affaires, *negotiorum gestio*, qui n'est qu'un quasi-contrat. Le mandat suppose un consentement, exprès ou tacite, donné réciproquement, et duquel découle un contrat synallagmatique. Dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, le consentement réciproque n'existe pas. Ce genre d'agissement n'a lieu que lorsqu'une personne

(1) Savary, t. 1, p. 622.

(2) Cujas, XI, *observat.* 18, Art. 86 C. de com.

(3) M. Carré, *loc. cit.*

obligante et de bon cœur, voyant qu'un tiers a intérêt à tel acte qui pourrait lui éviter du mal ou lui faire du bien, se décide à faire cet acte à l'insu de ce tiers (1) et sur l'assurance que la loi (2), la loi elle-même, organe et sanction de l'équité (3), approuvera le fait d'intervention, et y verra, d'après la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, la source d'une obligation aussi étroite que si la personne dont l'affaire a été gérée avait donné son consentement.

71. Ainsi, point de quasi-contrat *negotiorum gestorum* s'il y a consentement exprès ou tacite sur l'affaire faite; c'est alors un mandat.

Nous savons cependant que la plupart des auteurs, éblouis par quelques expressions des art. 1372 et 1985 combinés, ont prétendu que le droit moderne, différent en cela du droit romain, considère le consentement tacite comme incapable de former un vrai mandat, et laisse à l'agissement le caractère de quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Je déclare pour mon compte repousser cette opinion de toutes mes forces; elle est fautive; elle est démentie par les textes les plus formels, et particulièrement par les art. 1922 et 1578 du C. c.; elle bouleverse toutes les idées reçues, et porte le désordre dans les notions qu'on doit se faire des quasi-contrats, genre d'agissement où la réciprocité de consente-

(1) Art. 1372 C. c.

(2) Art. 1370 C. c.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 114, 192.

M. Treilhard, orat. du gouv. (Fenet, t. 13, p. 465).

ment ne saurait intervenir sans en faire sur-le-champ un contrat. Elle prête au C. c. un système formaliste, dont le résultat serait de n'admettre que le consentement expressément manifesté; système contraire à l'esprit des lois modernes, à l'ensemble de leurs dispositions, à leurs tendances vers le droit naturel, à leurs prédilections pour ce qui est vrai au fond, plutôt que pour ce qui est solennel en la forme. Enfin, elle fait rétrograder le C. c. par rapport au droit romain, qui avait parfaitement aperçu, malgré son formalisme habituel, qu'un consentement, bien que tacite, n'en est pas moins un consentement sérieux, qu'il faut en tenir compte, et qu'il y a contradiction dans les termes, disons plus, qu'il y a absurdité, à vouloir qu'un consentement certain n'engendre qu'un quasi-contrat!!! Mais, comme nous devons revenir sur ce point dans notre commentaire de l'art. 1985 (1), nous nous bornons ici à faire nos protestations.

72. Nous insistons donc sur cette vérité essentielle, c'est que l'affaire doit être entreprise à l'insu du maître. Il est vrai que, dans le cours de l'opération, la connaissance du maître peut intervenir; mais cette connaissance tardive, la seule dont s'occupe l'art. 1372, ne change pas la nature de l'agissement; il reste ce qu'il était *à priori*, un quasi-contrat, et ne devient pas pour cela convention de mandat. Je renvoie à mon commentaire de l'art. 1985 pour les preuves de cette proposition.

(1) *Infrà*, nos 118 et suiv.

73. Du reste, je n'adopte pas le sentiment de certains auteurs anciens (1) et modernes qui, dans leurs explications du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, veulent que la loi supplée, par l'effet d'une présomption, le consentement de la personne dont on fait l'affaire. Cette présomption une fois admise, ces auteurs en tirent un consentement fictif, dont la nécessité leur paraît indispensable pour lier le maître à son gérant. Puis enfin ils remarquent que ce consentement fictif est autre chose qu'un consentement tacite; car un consentement, quoique non exprimé par des écrits ou des paroles, n'en est pas moins réel, tandis que le consentement présumé, le consentement suppléé, le consentement fictif, n'existe pas. C'est la loi qui le donne à la place du maître ignorant de ce qui se passe.

Cette distinction a du vrai, mais elle est inutile; il n'est pas nécessaire de recourir à une fiction de la loi pour expliquer un rapport si conforme à l'équité et au droit naturel. L'obligation du maître dérive donc, non pas d'un consentement fictif, ouvrage de la loi, mais du fait même de la gestion (2), lequel met en mouvement une double obligation: la première qui impose au gérant le devoir de conduire à fin ce qu'il a commencé; la seconde qui impose au maître le devoir de rembourser les impenses faites dans son intérêt et dont il n'est pas juste qu'il s'enrichisse aux dépens du gérant.

(1) Pothier, par ex., *Mandat*, n° 181.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 121, 123.

74. Puisque la gestion d'affaires n'a lieu que lorsqu'il n'est pas intervenu de mandat exprès ou tacite, il faut dire que celui qui gère une affaire en vertu d'un mandat nul, ou en dehors du mandat spécial à lui donné, dont il excède les bornes (1), peut être considéré comme un *negotiorum gestor*, et avoir droit à la faveur que mérite cet agissement.

75. Etendrons-nous cette décision au cas où le mandataire dont le mandat est révoqué continue à gérer? MM. Delamarre et Lepoitevin énoncent l'affirmative (2), et cette solution rentre dans le système qu'ils développent avec beaucoup d'art et de force, et qui consiste à voir le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, non-seulement dans la gestion entreprise à l'insu du maître, mais encore dans la gestion entreprise contre sa défense expresse (3).

Voici leur raisonnement: La formation du quasi-contrat est indépendante du consentement de ceux qu'il oblige. Qu'importe dès lors le refus de consentir, ou, ce qui est la même chose, la prohibition d'agir? Aussi le Code civil ne fait-il pas de distinction entre la gestion soufferte, la gestion défendue, la gestion ignorée. Tout ce qu'il exige,

(1) Pothier, n° 177, d'après Papinien, l. 32 D., *De negot. gestis*.

Casaregis, disc. 179, n° 74, au sommaire: « *Si habens mandatum, ILLUD EXCEDIT, VEL CONTRA FACIT, de mandatorio, statim NEGOTIORUM GESTOR efficitur.* »

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 142.

(2) Contrat de commission, t. 1, n° 128.

(3) T. 1, n° 134.

c'est un fait purement volontaire de la part de celui qui gère, et ici ce fait se produit avec la plus grande énergie. Donc celui qui gère contre la défense du maître est tout aussi bien *negotiorum gestor* que si sa gestion était inconnue ou ignorée.

De là nos auteurs concluent, contre M. Toullier, que le gérant a droit à être indemnisé de ses impenses. Ils soutiennent que son action en indemnité est fondée en équité; car on peut faire du bien à quelqu'un malgré lui (1). En lui rendant service contre sa défense, on n'est pas censé avoir l'intention de lui sacrifier sa fortune ou une partie de sa fortune. Seulement, l'indemnité ne devra pas être de ce que le gérant a dépensé, mais de ce dont le maître a profité et s'est enrichi.

76. Cette question a été prévue par les lois romaines; elle divisait les jurisconsultes. Les uns, comme Caius (2) et Papinien (3), voulaient que, dans le cas de défense, le gérant eût, ou l'action *negotiorum gestorum*, ou du moins une action utile contre celui que sa gestion avait enrichi. Leur sentiment est rappelé par Paul dans la loi 40 D., *Man-*

(1) Pothier, n° 182.

(2) L. 39 D., *De negot. gestis*.

(3) L. 53 D., *Mandati*: Cujas, en commentant ce texte au liv. 9 des *Quæst. Papinian.*, dit: *Si quis mandato alterius, fidejusserit pro invito, vel ignorante, non habebit actionem mandati in eum pro quo fidejussit, sed habebit negotiorum gestorum. Nam ea etiam datur iis qui recusantium et contradicentium negotia gesserunt, modò ea utiliter gesserint.* (L. *Solvendo*, 39 D., *De negot. gest.*)

dati (1), et il s'explique de la manière suivante : Qu'est-ce que la gestion d'affaires? C'est un agissement exécuté sans mandat, et il est évident qu'il n'y en a pas ici. Qu'importe l'opposition du maître? Est-ce qu'on ne peut pas améliorer la condition d'une personne malgré elle? *Naturalis simul et civilis ratio suasit alienam conditionem meliorem quidem ignorantis et invito, nos facere posse* (2). Mais veut-on à la rigueur que l'action appelée du nom d'*actio negotiorum gestorum* soit refusée, puisqu'elle n'est accordée en général par le prêteur qu'à la personne qui gère les intérêts de celui qui est absent ou qui ignore, et qui, sans ce secours, resterait indéfendu (3)? Eh bien! à défaut de cette action, il faudra lui donner l'action utile pour le bénéfice que le maître aura retiré de cette intervention; car, encore une fois, il est permis de faire du bien à quelqu'un malgré lui. La raison naturelle et civile le conseille, le droit en donne le pouvoir (4); et il serait souverainement injuste de s'enrichir aux dépens de celui qui s'est ainsi dévoué et exposé pour vous. « *Jure naturæ æquum est neminem, cum alterius detrimento et injuriâ, fieri locupletiores* (5).

(1) Lib. 9, *Ad edict. V.* Cujas sur ce texte.

(2) Caius, l. 39 D., *De neg. gest.*

(3) *Indefensi* (Ulp., l. 1 D., *Negot. gest.*) : *Absentis, ignorantis*. (Caius, l. 2 D., *De negot. gest.*)

(4) Favre cite à ce propos (sur la loi 6, § 2, D., *Mandati*) le texte de Papimien contenu dans la loi 7 D., *De servis exportandis*. Mais il y en a un plus formel, c'est la loi 39 D., *De negot. gestis*, empruntée à Caius.

(5) L. 206 D., *De reg. juris*.

D'autres, au contraire, comme Paul (1), Pomponius (2) et Julien (3), soutenaient que le gérant n'avait ni l'action *negotiorum gestorum*, ni l'action utile, encore bien que l'affaire eût été bien gérée; leur sentiment est adopté par Justinien (4), qui veut que la défense de s'immiscer dans les affaires d'une personne rende absolument non recevable celui qui ne l'a pas suivie.

77. Cette décision de Justinien avait paru manquer d'équité à de nombreux interprètes du droit romain. Le glossateur Martin, Azon, et plus tard une foule de bons esprits, avaient réclamé contre cette rigueur injuste; tellement que l'on tenait à peu près pour certain que la constitution de Justinien était abrogée dans la jurisprudence moderne. C'était l'avis d'Automne (5), de Groenewegen (6) et autres cités par Voët (7), et du très judicieux Pothier (8). Toutefois Doneau défendait la règle de Justinien par des raisons que nous allons retrouver au numéro suivant (9).

78. Sous le C. civ., la controverse des jurisconsultes romains s'est reproduite. M. Toullier se range

(1) L. 40, D., *Mandati*.

(2) Cité par Paul.

(3) Cité par Justinien dans la loi fin. au C., *De negot. gestis*.

(4) L. fin., C., *De negot. gestis*.

(5) Sur la loi fin., C., *De negot. gest.*

(6) Sur la même loi.

(7) *De neg. gestis*, n° 11.

(8) *Mandat*, n° 182.

(9) Com., IV, p. 139, n° 2, d'après Bartole et Paul de Castro sur la loi 39, D., *De neg. gest.*

avec vivacité sous la bannière de Justinien (1). S'immiscer dans les affaires de quelqu'un est une première faute (2); mais s'immiscer dans les affaires de quelqu'un contre sa défense formelle est une faute qui n'a pas d'excuse. Tant pis, en conséquence, pour celui qui la commet. Ira-t-il poursuivre de ses réclamations le maître qui lui a signifié qu'il ne voulait ni faire de dépenses, ni le rembourser, ni avoir rien à démêler avec lui? Forcerez-vous, par exemple, un propriétaire à conserver un édifice qu'il veut laisser tomber (3)? Êtes-vous en droit de le gêner ainsi dans son administration? Non. Vous êtes censé avoir voulu le gratifier en faisant une dépense qu'il vous avait défendu de faire. C'est la seule intention que vous puissiez honnêtement avouer (4).

Au contraire, M. Favard de Langlade, repoussant cette présomption de don, veut qu'on rende à chacun ce qui lui appartient, et défend le système embrassé par Pothier (5). On a vu que MM. Delamarre et Lepoitevin sont également de cet avis auquel ils donnent pour appui l'autorité de Casaregis (6). Et, en effet, ce jurisconsulte enseigne qu'il faut venir au secours du *negotiorum gestor*, sinon

(1) T. 11, n° 55.

(2) L. 36, D., *De reg. juris*.

(3) *Junge Doneau, loc. cit.*

(4) *Junge Hilliger sur Doneau, loc. cit., note (2), et Gomez, 2, resol. 13, n° 11.*

(5) *Répert., v° Quasi-contrat.*

(6) *Disc. 30, nos 91, 92, 93.*

dans les matières civiles, qu'il abandonne à la rigueur du texte des Institutes, du moins dans les matières de commerce, où l'équité l'emporte sur le texte.

79. Dans cette controverse, comme dans beaucoup d'autres, il y a du vrai de part et d'autre, et le mal vient de ce que chaque opinion veut faire une règle générale là où il faudrait ne consulter que les circonstances et se soumettre à leur autorité. C'est surtout ce que l'on doit reprocher à Justinien, aujourd'hui que le droit romain n'est plus pour nous un guide infaillible, et que nous sommes libres d'user d'un éclectisme réfléchi pour y chercher ce qui est juste et rejeter ce qui contrarie l'équité. En effet, il est manifeste que la règle de Justinien est trop générale, et pèche par excès. Adoptons-la lorsqu'elle n'entraîne pas une injustice; mais, dans tous les cas où elle blesse la raison naturelle ou conduit à une iniquité, refusons-lui notre assentiment.

80. Et d'abord, à prendre la question au point de vue moral, peut-on dire avec M. Toullier, pour défendre Justinien, que s'immiscer dans les affaires d'autrui soit une faute? est-ce là une règle générale qui doit tout décider? Nullement. C'est sans doute une faute de se mêler des affaires d'autrui quand on y est poussé par la curiosité, l'indiscrétion, la légèreté!! Mais la faute devient un dévouement louable alors qu'on ne fait qu'obéir à un sentiment d'obligeance, et qu'on rend service à celui dont les intérêts sont compromis. Chacun chez soi, chacun pour soi, serait une maxime égoïste et antichrétienne si on l'appliquait sans distinction à

des situations qui obligent les hommes à se secourir et s'entr'aider.

Ceci posé, il faut se demander si on peut être bienfaisant envers quelqu'un malgré lui? et, suivant moi, la réponse n'est pas douteuse. Un homme, fatigué de la vie, se jette à l'eau : honneur à celui qui s'expose à la mort pour lui conserver l'existence!! Un de mes voisins, tourmenté par son caractère chagrin autant que par la maladie, refuse les secours de la médecine : serai-je un fâcheux digne de blâme si je fais adroitement pénétrer jusqu'à lui des remèdes et des conseils? Sénèque l'a dit : *Non est dubium quin beneficium sit, ETIAM INVITO, prodesse* (1)... *Nilil refert an bonam rem malo animo quis accepit* (2). Nous avons vu Caius appliquer cette sage maxime dans les rapports civils, et je le loue d'avoir mis le droit en harmonie avec la morale et la saine philosophie.

Tout aboutit donc à ceci : l'acte opéré par l'intervention d'autrui est-il bon? est-il profitable? a-t-il une juste cause? est-ce le *bona res* de Sénèque? Eh! qu'importe alors un refus capricieux? On a été humain, on a été utile, et l'on ne doit pas rester victime d'une si généreuse intervention (3).

81. Maintenant, voici ce que je dis : toutes les fois que la prohibition du maître est un acte d'imprudence et de mauvaise humeur, lorsqu'elle est le

(1) *De beneficiis*, lib. 5, c. 19.

(2) *Id.*, 20.

(3) V. mon com. du *Cautionnement*, nos 128 et 329.

fruit de l'ignorance, de l'erreur, d'une volonté irréfléchie, Justinien a tort de vouloir qu'on la respecte à tout prix; il faut, au contraire, se montrer facile envers celui qui a été assez humain et assez serviable pour la braver. Mais si la prohibition est sage, et que le gérant se soit immiscé avec imprudence dans des affaires qui ne le regardent pas, on doit accepter la règle de Justinien; elle est aussi sensée dans ce cas qu'elle l'était peu dans la précédente hypothèse.

82. Ainsi, par exemple, Pierre a une affaire qui lui est à charge et qu'il veut abandonner, parce qu'elle l'entraîne dans des dépenses au-dessus de ses forces; il révoque le mandat de celui qui la gère. Évidemment rien n'autorise le mandataire, bien instruit de cette intention, à se constituer *negotiorum gestor* pour la continuer, et faire réfléchir sur le maître les dépenses qu'il a voulu éviter (1).

83. Mais supposez que Pierre soit débiteur d'une somme de 40,000 fr.; qu'il s'obstine, en plaideur opiniâtre, à ne pas payer, et que par un cautionnement fait à propos, quoique contre sa volonté, je le sauve de l'expropriation forcée ou de la contrainte par corps!! est-ce qu'il y aura des tribunaux au monde qui me refuseront mon recours contre lui (2)? Diront-ils que j'ai voulu faire une libéralité? Mais si, par hasard, j'avais fait contre Pierre des réserves exclusives de toute pensée de donation, oseraient-ils me faire plus libéral que je n'ai voulu?

(1) Noodt, *De negot. gest.*, in fine.

(2) *Suprà*, Cujas à la note du n° 76, et Pothier.

Supposons, par exemple, que moi, fidéjusseur d'un obstiné qui nie ce qu'il doit, je paie son légitime créancier, en me faisant subroger aux droits de ce dernier (1), est-ce que je n'ai pas réduit au néant la pensée d'une donation? D'ailleurs, depuis quand suppose-t-on une donation?

On peut consulter, au surplus, d'autres exemples donnés par MM. Delamarre et Lepoitevin; ils sont de nature à faire toucher au doigt la seconde branche de notre distinction (2).

84. Je ne fais donc aucun doute d'admettre, dans certaines circonstances, la gestion d'affaires, alors même que le maître a fait connaître ses défenses et a révoqué son mandat (3).

85. Notez cependant qu'alors le gérant n'a pas d'action en répétition pour ce qu'il a déboursé, mais seulement pour ce dont il a enrichi le maître.

Ainsi, par exemple, informé que je suis des mauvais temps qui règnent dans certains parages, je fais assurer contre votre défense deux vaisseaux qui doivent aller y tenir la mer: il est certain que si aucun sinistre n'arrive, je ne pourrai réclamer contre vous le montant de la prime; vous n'avez rien gagné; ce remboursement ne serait motivé sur rien. Mais si un sinistre arrive, et que vous soyez indemnisé par suite de l'assurance que je vous ai procurée, il est de toute justice que vous me

(1) Art. 1250 C. c.

(2) N° 139.

(3) *Infrà*, n° 708, et mon com. du *Caut.*, n°s 128 et suiv., sur l'art. 2014; et n° 329.

rendiez indemne, moi dont la vigilance a fait que vous n'avez rien perdu (1).

86. En ceci, il y a une différence majeure entre la gestion d'affaires entreprise à l'insu du maître, et celle qui est entreprise contre son gré. Dans le cas de la première, le gérant doit être indemnisé de toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, alors même que l'affaire n'aurait pas réussi, pourvu qu'elle ait été bien administrée (2). Dans le second, au contraire, le gérant n'a d'action qu'à la condition du succès. Il faut que l'événement prouve qu'il a été plus sage que le maître; il faut que le résultat soit un profit pour ce dernier, et ce n'est que jusqu'à concurrence de ce profit que la répétition du gérant a lieu (3).

87. Mais revenons à la comparaison du mandat et de la gestion d'affaires; ces deux agissements ont chacun des caractères et des effets qu'il faut distinguer.

Et d'abord, le mandataire, par cela seul qu'il agit avec la volonté et l'assentiment du maître, n'a pas à s'inquiéter de l'utilité que ce dernier retirera de l'affaire; pourvu que l'acte auquel il coopère ne soit pas illicite, il peut être sûr que le mandant ne pourra se faire aucune objection contre lui de ce que l'affaire n'était pas nécessaire, qu'elle a été trop dispendieuse, qu'elle a été entreprise avec

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 140. V. *infrà*, n°s 562 et 625, ce que je dis de l'assurance prise sans mandat, mais ratifiée formellement ou virtuellement.

(2) Art. 1375 C. c.

(3) Pothier, n° 183. *Infrà*, n° 354.

légèreté. Le mandant l'a voulu ; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de son imprudence ; le mandataire n'était pas le juge de ses actions.

Mais il en est autrement dans la gestion d'affaires. Avant de commencer la gestion, le gérant doit examiner si l'affaire était nécessaire ou utile, et il ne doit en prendre l'initiative à la place du maître absent qu'autant qu'aux yeux de tout bon père de famille elle serait jugée nécessaire ou utile. Sans doute on n'exigera pas de lui qu'il réussisse (1) ; s'il administre bien, le succès ne sera pas plus exigé de lui que du mandataire (2) ; mais toujours est-il qu'il faut qu'il n'ait entrepris qu'une chose nécessaire ou utile, une chose que le maître n'aurait pas manqué de faire s'il eût été à portée d'agir (3).

Ainsi, il n'a pas d'action si la maison qu'il fait réparer était tellement vieille, et d'une réparation si coûteuse, que le maître eût mieux aimé la laisser tomber (4).

Ainsi encore, il n'a pas d'action quand il entreprend pour le maître un commerce que celui-ci n'avait pas coutume de faire ; et s'il échoue, le

(1) Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gest.*

Casaregis semble vouloir le succès (*disc.* 30, n° 85) :
Et hæc utilitas debet esse cum effectu. Mais c'est une erreur.

(2) Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gestis.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 148.

(3) Pothier, n° 220.

Ulp., l. 10, § 1, D., *De negot. gestis.*

(4) Ulp., *loc. cit.*

maître pourra laisser la perte à son compte (1).

Ainsi, il n'aura pas la répétition des dépenses purement voluptuaires qu'il s'est permis de faire à la chose en l'absence du maître (2).

88. En un mot, l'action n'est acquise au gérant qu'autant que son intervention est manifestement utile. *Absque dubio utilia*, dit Casaregis (3). Si elle ne porte pas le caractère évident d'utilité, point d'action résultant *ipso gestu, vel reipsa* (4). Le gérant n'est autorisé à réclamer alors ses impenses qu'autant que le consentement du maître est venu lui donner son approbation. Casaregis a exprimé avec beaucoup de force cette distinction, familière du reste aux auteurs du droit civil (5) : « *Altera species negotii gesti VOCATUR RATIHABITIONE, quia cum utilitas hujusmodi negotii CERTA et INDUBITATA non sit, ideò requiritur in hæc specie ratihabitio illius pro quo gestum fuit, ut ad hoc inducatur et oriatur reciprocè inter eos respectivè obligatio atque actio* (6).

Cette distinction, que MM. Delamarre et Lepoitevin (7) croient particulière aux affaires commerciales, est de droit commun. Casaregis le donne

(1) L. 11, D., *De neg. gest.*

Pothier, n° 210.

(2) L. 27, D., *De negot. gest.*

(3) *Disc.* 197, n°s 14, 15, 16.

(4) Expressions des docteurs cités par Casaregis, *disc.* 197, n° 14.

(5) Pothier, n°s 220, 221, 223. Il marque la nuance entre l'affaire indispensable et celle qui a besoin de l'approbation.

(6) *Loc. cit.*

(7) T. 1, n° 147.

à entendre, en s'appuyant sur l'autorité de la glose (1) et sur l'opinion commune des docteurs: *Communitèr approbata à nostris commentatoribus* (2); Pothier la tient pour certaine.

89. Du reste, MM. Delamarre et Lepoitevin ont grande raison de faire remarquer (3) que l'intervention spontanée d'un tiers dans les affaires d'autrui doit être plus réservée dans les affaires de commerce que dans les affaires civiles; car le commerce serait grandement troublé si l'on se permettait, sans une nécessité bien certaine, bien urgente, bien inopinée, de s'immiscer dans le négoce d'un absent.

90. Une seconde différence entre le mandat et la gestion d'affaires, c'est que le gérant n'est admis à recouvrer ses impenses qu'autant qu'il en prouve l'utilité et l'économie (4), tandis que le mandataire n'a à prouver ni l'utilité ni l'économie des siennes (5).

91. Une troisième différence, c'est que, dans la faillite du maître, la cause du *negotiorum gestor* est beaucoup moins favorable que celle du mandataire (6). On juge plus sévèrement celui qui s'est entremis spontanément dans les affaires d'une

(1) *Ex magistrati glossâ*, n° 15.

(2) *Loc. cit.*

(3) T. 1, n° 146, 149.

(4) Art. 1375.

(5) Art. 1999.

(6) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 424.

personne que celui qui les a administrées avec un pouvoir positif.

92. C'est pourquoi, dans les cas où la gestion d'affaires a besoin du consentement du maître (comme on l'a vu au n° 88), ce consentement, donné dans les 10 jours qui précèdent la faillite de ce maître, ne rétroagit pas au préjudice des tiers qui ont des droits acquis antérieurement (1).

93. Une quatrième différence, c'est que lorsque deux personnes ont géré les affaires d'une personne sans sa procuration, elles ne sont pas tenues solidairement (2), tandis que le mandat confié à deux personnes les charge du total de la gestion et les rend solidaires (3).

94. Une cinquième différence, c'est que si la gestion d'affaires soumet le gérant à toutes les obligations qui résultent d'un mandat exprès (art. 1372), il n'est dit nulle part que le maître soit soumis, par contre, à toutes les obligations du mandant (4). Et, en effet, nous avons vu au n° 90, et nous verrons par l'art. 1999, que la dette du maître, en ce qui concerne les impenses, n'est pas la même que celle du mandant.

On peut ajouter à l'appui de cette règle que le gérant n'a pas d'action solidaire contre les maîtres dont il a géré l'affaire commune, tandis que l'arti-

(1) *Id.*, t. 2, n° 424.

(2) Modest., l. 26, D., *De neg. gest.*

Pothier, n° 215.

(3) Pothier, *loc. cit.*

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 132.

cle 2002 accorde au mandataire une action solidaire.

95. Après avoir vu le mandat dans sa définition, dans ses branches diverses, dans ses rapports avec d'autres agissements, il ne nous reste que quelques courtes observations à faire pour compléter le commentaire de l'art. 1984.

Le mandat peut être donné sous condition (1).

Il peut être donné pour un certain temps, ou pour commencer d'ici à un certain temps (2).

Il peut être donné pour une affaire ou pour plusieurs (art. 1987); et les affaires peuvent être distinctes, ou connexes et subordonnées les unes aux autres (3).

De même l'acceptation peut être subordonnée à certaines conditions, à certains modes (4).

96. La procuration donnée sans assignation de temps ni de durée vaut tant qu'elle n'est pas révoquée par l'un des moyens dont nous parlerons aux art. 2003 et suiv. (5). Une telle procuration s'appelle *procuration perpétuelle* : *in perpetuum*. Nous y reviendrons au n° 111 pour examiner une question qui se rattache au principe que le mandant est censé persévérer dans sa volonté. « *Mandans, dit Casaregis, præsumitur in eadem voluntate perseverare*

(1) Paul, l. 4, § 3, D., *Mandati*.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 125 et suiv.

(2) Paul, l. 4, § 3, D., *Mandati*.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 140 et suiv.

(4) Pothier, n° 34; MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 134.

(5) L. 3 et 4, D., *De procuratoribus*. (Ulpien et Paul.)

» *et sic in eodem ordine et commissione alteri data* (1).»

Du reste, alors même que la procuration est sans assignation de durée, il est une foule de cas où, d'après les circonstances, elle contient un terme implicite et virtuel. Ainsi, je donne la commission de m'acheter du blé à Pierre, qui sait que c'est pour mes semailles; il est évident que mon mandat ne lui donne pas le pouvoir d'acheter du blé en décembre (2).

97. Le mandat peut être donné à un seul ou à plusieurs (3).

98. Le mandat peut se trouver coordonné avec d'autres contrats et agissements, sans pour cela que son existence en soit compromise ou effacée. Par exemple, je vous prie de porter à Pierre ce livre, et, s'il ne veut pas le recevoir, d'avoir l'obligance de me le garder jusqu'à ce que je me rende auprès de vous (4). On pourra peut-être dire qu'il y a ici deux contrats distincts : 1° un mandat caractérisé et pur et simple : porter ce livre à Pierre; 2° un dépôt soumis à une condition : si Pierre ne veut pas le recevoir, le garder en dépôt. Cependant il est plus vrai de décider qu'il n'y a qu'un mandat. Il ne faut pas multiplier les contrats sans nécessité (5). Ici, la garde n'est que secondaire, elle est la

(1) *Disc.* 119, n°s 32, 33.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 124.

(3) Pothier, n° 36.

(4) L. 5, § 4 D., *Præscriptis verbis*. (Paul.)

(5) Mon com. du *Dépôt*, n°s 25, 26.

conséquence du mandat et un de ses moyens d'exécution (1).

Réciproquement, le mandat doit céder la place à l'agissement principal, lorsqu'il n'entre dans l'affaire que comme partie secondaire, ou comme conséquence. Ainsi, dans le contrat de société, tous les associés sont mandataires les uns des autres pour l'affaire commune (2). Mais le mandat n'est que la suite de la qualité d'associé, et cette qualité prédomine et donne son nom à l'acte d'après la règle « *A potiori fit denominatio* (3). » C'est pourquoi, entre associés, nous ne voyons nulle part la qualité de mandataire natif et nécessaire donner naissance à l'action *mandati*; c'est l'action *pro socio*, seule, que le droit accorde (4).

99. Il n'en est pas tout-à-fait de même quand les associés ont constitué un gérant, ainsi que cela doit avoir lieu de toute nécessité dans la commandite, et que l'art. 1856 autorise à le faire dans les autres sociétés. L'associé dans la personne duquel l'administration a été concentrée par un mandat exprès est quelque chose de plus qu'un simple associé; il est associé mandataire (5), et, bien que

(1) Ulpian, l. 4, § 12, D., *Mandati*. Mon com. du *Depôt*, n° 29.

(2) Art. 1859 C. c. Mon com. de la *Société* sur cet article.

(3) *Infra*, n° 695.

(4) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 611, sur l'art. 1852. *Infra*, n° 695.

(5) On l'appelle *socius institor* (Casaregis, *passim*); ou bien *socius et administrator* (Casaregis, *disc.* 181, nos 29, 31, 39).

ce soit là un pacte de société, bien que la société soit l'objet capital de l'agissement, il n'en est pas moins vrai qu'il y a là deux qualités qu'il faut faire marcher d'accord en les conciliant et sans étouffer l'une par l'autre.

C'est pourquoi on a très bien décidé, en droit criminel, que le gérant d'une société en commandite, qui abuse de son mandat par l'un des actes énumérés par l'art. 408 du Code pénal, encourt la peine que prononce cet article contre le mandataire coupable de détournement. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (Ch. criminelle) du 8 août 1845 (1), contraire à un arrêt précédent du 13 janvier 1842 (2). J'approuve hautement l'arrêt de 1845. Il réunit, à l'utilité de mettre un frein aux désordres de certains gérants, un caractère de haute et louable moralité. Il est certain, d'ailleurs, que le gérant dont nous parlons a reçu un mandat qui amplifie ses droits d'associé; or l'existence de ce mandat suffit pour autoriser, pour réclamer même l'application sévère de l'art. 408. On ne conçoit pas facilement comment, le mandat étant reconnu et admis, on pourrait éluder l'art. 408, qui saisit ce contrat partout où la convention l'a placé, et sous quelque mélange qu'il puisse se mettre à couvert. Notons-le bien! le mandat n'est pas ici implicite; il n'est pas le corollaire forcé d'une qualité dominante, comme dans le second cas que nous avons étudié au numéro précédent. Il est

(1) *Gazette des tribunaux*, 4 septembre 1845. Dal., 45, 1, 363.

(2) Dal., 42, 1, 127.

exprès, il est formel; il découle d'une convention positive et spéciale; et la qualité d'associé, que le droit civil considère comme prépondérante, n'empêche pas la qualité de mandataire (1), dont le droit pénal se préoccupe surtout. Ce droit peut certainement résister, dans l'intérêt de la vindicte publique, à la maxime de pur intérêt civil: qu'il ne faut pas multiplier les contrats sans nécessité.

Je sais bien qu'en matière civile, où le jurisconsulte doit prendre l'agissement dans son ensemble, c'est le contrat de société qui l'emporte; car c'est en vue de la société, c'est pour lui procurer le mouvement et l'action, que le mandat est venu concentrer dans une seule personne les pouvoirs de tous. Aussi avons nous vu, dans notre commentaire de la *Société*, combien la coexistence des deux qualités d'associé et de mandataire modifie le mandat (2), combien le gérant se distingue des mandataires ordinaires précisément parce qu'il est associé (3)!! Il n'est pas moins vrai cependant que la qualité de mandataire est réelle (4), et que lorsqu'il devient nécessaire de la distinguer de la qualité d'associé, soit par des raisons de justice et d'équité, soit par des motifs d'intérêt public, il n'y a rien de forcé à rendre hommage à la vérité de cette situation.

(1) Mon com. de la *Société*, n° 665 *in fine*, et 681.

(2) T. 2, n° 681.

(3) n° 669, 681, 682, 611. *Infra*, n° 695.

(4) *Id.*, n° 665, *in fine*.

ARTICLE 1985.

Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettres. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*.

L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

SOMMAIRE.

400. Transition. Préjugés auxquels l'art. 1985 a donné lieu.
401. Le mandat ou *procuration* n'est pas soumis à des paroles sacramentelles. Le mandat prend sa source dans le consentement.
Il a lieu entre absents.
402. Aussi le droit civil ne l'a-t-il pas surchargé de formalités.
Le mandat est du droit des gens. Il n'est pas assujéti à des preuves particulières.
403. Du mandat par acte notarié. Des procurations délivrées *en brevet*.
404. Des procurations sous seing privé. Cas où des lois spéciales les rejettent.
405. La procuracion sous seing privé ne doit pas être faite double.
406. De l'acceptation de la procuracion et de sa forme.
407. *Quid* du cas où la procuracion et l'acceptation concourent? Faut-il que l'acte soit fait double?

exprès, il est formel; il découle d'une convention positive et spéciale; et la qualité d'associé, que le droit civil considère comme prépondérante, n'empêche pas la qualité de mandataire (1), dont le droit pénal se préoccupe surtout. Ce droit peut certainement résister, dans l'intérêt de la vindicte publique, à la maxime de pur intérêt civil: qu'il ne faut pas multiplier les contrats sans nécessité.

Je sais bien qu'en matière civile, où le jurisconsulte doit prendre l'agissement dans son ensemble, c'est le contrat de société qui l'emporte; car c'est en vue de la société, c'est pour lui procurer le mouvement et l'action, que le mandat est venu concentrer dans une seule personne les pouvoirs de tous. Aussi avons nous vu, dans notre commentaire de la *Société*, combien la coexistence des deux qualités d'associé et de mandataire modifie le mandat (2), combien le gérant se distingue des mandataires ordinaires précisément parce qu'il est associé (3)!! Il n'est pas moins vrai cependant que la qualité de mandataire est réelle (4), et que lorsqu'il devient nécessaire de la distinguer de la qualité d'associé, soit par des raisons de justice et d'équité, soit par des motifs d'intérêt public, il n'y a rien de forcé à rendre hommage à la vérité de cette situation.

(1) Mon com. de la *Société*, n° 665 *in fine*, et 681.

(2) T. 2, n° 681.

(3) n° 669, 681, 682, 611. *Infra*, n° 695.

(4) *Id.*, n° 665, *in fine*.

ARTICLE 1985.

Le mandat peut être donné ou par acte public, ou par écrit sous seing privé, même par lettres. Il peut aussi être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*.

L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

SOMMAIRE.

400. Transition. Préjugés auxquels l'art. 1985 a donné lieu.
401. Le mandat ou *procuration* n'est pas soumis à des paroles sacramentelles. Le mandat prend sa source dans le consentement.
Il a lieu entre absents.
402. Aussi le droit civil ne l'a-t-il pas surchargé de formalités.
Le mandat est du droit des gens. Il n'est pas assujéti à des preuves particulières.
403. Du mandat par acte notarié. Des procurations délivrées *en brevet*.
404. Des procurations sous seing privé. Cas où des lois spéciales les rejettent.
405. La procuracion sous seing privé ne doit pas être faite double.
406. De l'acceptation de la procuracion et de sa forme.
407. *Quid* du cas où la procuracion et l'acceptation concourent? Faut-il que l'acte soit fait double?

408. La négative est certaine et n'a pas besoin, pour apparaître avec évidence, d'une mauvaise raison donnée par quelques auteurs.
409. Du mandat donné par lettres. Quand et à quel moment la convention est-elle parfaite ?
Différence, sur ce point, entre le mandat d'une part, et la vente et le louage de l'autre.
410. Dans quel lieu le contrat est-il censé fait ?
411. Si l'ordre donné par lettres ne contient pas de terme préfix pour agir, et que le mandataire tarde à opérer, le mandant pourra-t-il répudier l'opération? n'est-ce pas au contraire le cas de dire que les ordres subsistent tant qu'ils ne sont pas révoqués ?
412. Dans le commerce, c'est souvent le commissionnaire qui vient offrir ses services. Il peut en être de même en droit civil. Il y en a des exemples. Le contrat n'est parfait que par la réception de la lettre qui annonce que les services sont acceptés.
413. Les offres sont comme les ordres : elles subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées.
Mais il faut entendre cette règle raisonnablement.
414. Du mandat tacite. Est-il vrai que le Code civil ait voulu le proscrire ?
415. Examen du droit romain. Le mandat tacite y était admis.
416. Et rien n'est plus rationnel.
417. Aussi l'ancien droit avait-il admis le mandat tacite.
418. Cependant MM. Toullier et Proudhon enseignent que le Code civil a supprimé le mandat tacite.
419. Et d'autres auteurs ont adopté cette opinion, tout en reconnaissant que le mandat tacite est aussi conforme à la raison que le mandat exprès, et que la force des choses oblige souvent à l'admettre.
Exemples de ces mandats tacites ainsi admis par la force des choses.
Embarras qui en résultent pour l'opinion de ces auteurs et pour celle de MM. Toullier et Proudhon.

420. Biais imaginé par M. Proudhon pour échapper à cet embarras. Il prétend que le mandat *re* n'est pas un mandat tacite.
Réfutation de ce système.
421. Le mandat tacite n'est pas proscrié par le Code. Il n'y a pas de différence à cet égard entre le droit ancien et le droit du Code civil.
En général, le Code n'est pas défavorable au consentement tacite.
Exemples saillants tirés du louage, du dépôt et autres cas.
422. Suite.
423. Argument tiré de l'art. 1578 du Code civil. Le système de M. Toullier est détruit par l'art. 1922 C. c. et par l'art. 1998.
424. Réponse à une objection tirée du texte de l'art. 1985.
Historique de la rédaction de cet article. Son véritable sens.
425. Réponse à une objection de M. Proudhon.
426. Suite. Argument tiré de l'acceptation tacite admise par l'art. 1985.
427. Autre tiré de la ratification tacite, admise par l'article 1998.
428. Réponse à l'interprétation que M. Toullier donne à l'article 1372 du Code civil. Cette interprétation est vicieuse. Elle renverse toutes les idées reçues, et raisonnables, sur la gestion d'affaires.
429. Suite.
430. Il n'est pas vrai que l'art. 1372 méconnaisse le mandat tacite.
431. Preuves à cet égard.
432. Objection résolue.
433. Examen détaillé et critique de la jurisprudence.
434. Suite.
435. Conclusion.
Exemples nombreux de mandats tacites.
436. Utilité de cette discussion.

137. Le mandat tacite doit surtout demeurer incontesté dans les matières commerciales.
138. L'existence du mandat tacite dépend de faits et circonstances que les tribunaux apprécient souverainement.
139. Le consentement peut se tirer du silence, même entre absents.
140. Il peut se tirer à plus forte raison des faits.
Espèce rapportée par Casaregis.
141. Même d'actes de gestion antérieurs.
142. Dans quels cas la preuve testimoniale du mandat tacite est-elle admissible ?
143. Suite.
144. Suite.
145. *Quid* à l'égard des tiers ?
146. Suite.
147. Suite.
148. De l'acceptation tacite du mandat.
149. Suite.
150. Suite.
151. Suite.
152. Suite, et application des règles ci-dessus au commissionnaire.

COMMENTAIRE.

100. L'art. 1985 s'occupe de la forme du mandat. Dans son premier § il traite de la forme de la procuration, et dans le second de la forme de l'acceptation. La rédaction n'en est pas aussi claire qu'elle pourrait l'être. Modifié dans sa pensée primitive par un amendement du Tribunat, l'art. 1985 se ressent de ce remaniement (1). Nous essaierons de le rétablir sous son véritable jour, et de dissiper quelques préjugés auxquels il a donné lieu.

(1) *Infrà*, n° 124.

101. Il n'y a pas de paroles sacramentelles pour exprimer la volonté du mandant (1). Comme le mandat prend sa force dans le seul consentement (2), il suffit que ce consentement soit certain pour que le mandat demeure ferme et assuré. Toute déclaration, par laquelle on manifeste l'intention qu'une personne entreprenne une affaire et la gère dans notre intérêt, est une procuration (3). Les Romains se servaient de préférence des mots : *rogo, volo, mando*. Mais toute formule quelconque équivalente pouvait les remplacer (4). Quelquefois la volonté du mandant prend la couleur d'un ordre. « Achetez-moi cet immeuble. » — « Je veux que vous alliez chez mon notaire (5). » Quelquefois aussi cette volonté prend la forme d'une prière. « Je vous prie de vous charger de tel soin. » — « J'ai recours à votre obligeance pour que vous me représentiez dans telle affaire (6). » — Enfin, la volonté du mandant peut même se présenter sous l'apparence d'un désir. « Si vous vouliez bien faire telle chose à ma place, j'en aurais beaucoup de reconnaissance (7). » Sous toutes ces formules diverses il y a une même pensée, celle de constituer un mandataire.

(1) Pothier, n° 30.

(2) Paul, l. 1, D. : *Mandati consensu contrahentium consistit*.

(3) Paul, l. 1, § 2, D., *Mandati*.

(4) *Id.*

(5) L. 25, § 1, D., *De acq. hæred.*

(6) Paul, l. 1, § 2, D., *Mandati*. Virgile a dit : *Orans mandata dabat* (Enéide, liv. 6, vers 116).

(7) L. 25, § 1 et dernier, D., *De acq. hæred.*

Cette pensée peut se communiquer entre personnes absentes autant qu'entre personnes présentes (1). Dans les rapports commerciaux qui unissent aujourd'hui les différentes parties d'un État et les différents peuples du monde, le mandat entre absents est d'une commodité extrême et d'un usage journalier. Le droit des gens le protège; il le considère comme un moyen de rapprochement qui facilite les affaires et en active le mouvement.

102. C'est pourquoi nous ne trouverons pas la loi civile exigeante et rigoureuse sur les formes d'un contrat si rapide et si commode; il ne fallait pas lui enlever, par des solennités extrinsèques, les avantages qu'il porte dans sa nature. Peu importe donc par quel mode s'exprime la volonté du mandant (2). La matière du mandat est du droit des gens; et la preuve de ce contrat n'est pas assujétie à des solennités sacramentelles (3). On la tire, soit des actes publics, soit des actes sous seing privé, soit de la correspondance (4). Le mandat peut même être exprimé verbalement, ainsi que le reconnaît notre article; ou par des gestes, qui sont

(1) Inst., *De oblig. ex consensu.*

Caius, III, *com.* 135, 136.

Infrà, n° 139.

(2) Casaregis, *disc.* 119, n° 3.

(3) *Neque scripturâ, neque presentia omnimodò opus est. Contrahitur veluti per epistolam vel per nuntium.* Inst., *De oblig. ex consensu.*

Caius, III, *com.* 137; Paul, l. 1, D., *Mandati.*

(4) Inst., *loc. cit.* Voyez aussi *Decis. rotæ Genuens.*, 49, n° 4.

un langage souvent aussi expressif que la parole. « *Annuens capite vel humeris*, dit Balde, *censetur mandare* (1). » Bien entendu, du reste, que, dans les matières qui excèdent 150 fr., les paroles et les gestes ne peuvent être pris en considération que lorsque la preuve de leur existence ne dépend pas d'une preuve testimoniale, défendue par la loi et qui serait de trop fâcheuse conséquence. Notre article fait, à ce sujet, des réserves qui démontrent que la matière du mandat n'est pas en dehors du droit commun (2).

103. Lorsque le mandat est donné par acte notarié, il n'est pas nécessaire qu'il en soit gardé minute. Il peut être délivré en brevet (3), et alors le notaire remet à la partie l'original de la procuration, sans en conserver d'autre titre que la mention sur son répertoire. Souvent même on laisse en blanc le nom du mandataire, afin de permettre au mandant un choix qu'il n'a pas encore fait, ou de procurer au mandataire la faculté de se substituer quelqu'un s'il y est autorisé conformément à l'art. 1994 ci-après (4).

104. Les procurations sous seing privé sont fort usuelles. Elles doivent être reçues comme suffisantes toutes les fois que la loi n'a pas exigé un

(1) Conseil 250.

(2) Boiceau et Danty, p. 215 et suiv., et 274, n° 4.

(3) L. du 25 ventôse an XI, art. 20. V. l'art. 2004, *infrà*, n° 766.

(4) M. Dalloz, *Mandat*, art. 4, n° 2.

mandat authentique(1). Ainsi, à part les cas rares et spéciaux où la loi demande formellement que le mandat ne soit pas sous seing privé, comme dans les art. 36, 66, 933, etc., du C. c., le mandat sous seing privé doit conserver sa valeur (2).

105. Quand on donne une procuration sous seing privé, il n'est pas nécessaire de l'écrire en double original; car la procuration n'est pas un acte synallagmatique(3); elle n'est que l'un des deux termes dont le concours forme le mandat (4). Elle est le simple *rogo* (5), qui transmet au mandataire le pouvoir d'agir, mais qui, tant que l'acceptation n'est pas intervenue, n'oblige pas encore ce dernier (6). Il est donc de toute évidence que la procuration n'est pas assujéti à la formalité du fait double. La pratique est ici parfaitement d'accord avec la théorie, et en confirme la justesse.

106. A côté de la procuration, du *rogo*, il y a l'acceptation du mandataire, le *recipio*, qui forme le second terme du contrat, et est nécessaire pour

(1) *Infrà*, art. 2004. Arrêt de Caen du 22 juin 1821, dans une espèce où l'on prétendait que le mandat, pour constituer hypothèque, doit être authentique (D., 25, 2, 412). J'ai examiné ce point de droit dans mon com. des *Hypothèques*, t. 2, n° 510.

(2) *Suprà*, n° 6.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 2, n° 509, 510. Arg. d'un arrêt de la Cour de cassat., ch. criminelle, 6 décembre 1834 (D., 35, 1, 350).

(4) *Suprà*, n° 6, art. 1984.

(5) *Suprà*, n° 5.

(6) *Suprà*, n° 6.

que le mandataire soit engagé. Cet acte d'acceptation n'est pas plus synallagmatique que ne l'est la procuration, et, dès lors, la nécessité du fait double ne lui est pas non plus applicable.

En un mot, le mandat se compose de deux éléments, qui (bien qu'ils doivent concourir pour faire naître le contrat de mandat) sont cependant susceptibles d'une existence distincte et successive, et peuvent être considérés et appréciés séparément; à peu près comme la donation et l'acceptation de la donation (1). Cette vérité est si évidente que le projet de C. c. avait assujéti la procuration à la forme nécessaire de l'écriture, tandis que l'acceptation en était exempte (2)!! C'est donc la procuration qui fait le titre du mandataire; et comme elle est unilatérale, elle n'a pas besoin du fait double. C'est donc aussi l'acceptation par le mandataire qui forme le titre du mandant, et comme elle n'a pas à un moindre degré le caractère unilatéral, on ne doit pas exiger qu'elle porte la mention qu'elle a été écrite en double original.

107. Lors même que les deux volontés du mandant et du mandataire concourent dans le même acte, il n'est pas nécessaire que le contrat sous seing privé contienne la mention du fait double. Cette mention minutieuse n'est exigée que dans les contrats parfaitement synallagmatiques, et le con-

(1) Art. 932 C. c.

(2) *Infrà*, n° 124.

trat de mandat n'est qu'un contrat bilatéral imparfait (1).

108. A ces raisons je n'ajoute pas, comme quelques auteurs l'ont fait (2), qu'il n'y a pas nécessité de déclarer que l'acte a été fait en double original, attendu que le C. c. déclare que le mandat peut être donné même par lettre missive. Ce motif n'a aucune valeur. La vente peut résulter de la correspondance des parties (3), et cependant quand on la rédige par un *instrumentum* sous seing privé, il faut qu'elle soit *faite double* (4). Il en est de même du louage (5), de la société, etc., etc. (6).

109. Je viens de parler du mandat contracté par lettres (7). A quel moment la convention est-elle parfaite? Nous avons dit ailleurs que la vente et le louage par lettres n'atteignent leur perfection que lorsque les volontés sont respectivement connues (8); et cette vérité, quoique contestée, nous paraît aussi évidente que possible. Mais dans le mandat il n'en est pas de même. Lorsqu'un négociant donne ordre à son commissionnaire de lui expédier des marchandises, de lui faire assurer

(1) *Suprà*, n° 11.

(2) M. Durantou, t. 18, n° 216.

(3) Mon. com. de la *Vente*, t. 1, n° 21.

(4) *Id.*

(5) Mon. com. du *Louage*, t. 1, n° 105.

(6) Mon. com. de la *Société*, t. 1, n°s 203 et 206.

(7) Art. 1985.

Decision. rota Genuens., 49, n° 1.

(8) *Vente*, t. 1, n° 25, et *Louage*, n° 105 (note). MM. Delamarre et Lepoitevin sont aussi de cet avis, t. 1, n° 97.

un bâtiment, le commissionnaire n'est pas tenu, avant d'agir, d'attendre que son correspondant ait reçu l'avis de son acceptation. Cette acceptation existe-t-elle de fait? Elle suffit et n'a pas besoin d'être connue du mandant pour que le mandat devienne parfait (1). Quelle est la raison de cette différence entre la vente ou le louage, et le mandat? Elle n'est pas difficile à trouver. Dans la vente (j'en dis autant du louage), deux intérêts sont en présence; et comme la consommation du contrat a pour résultat d'enlever au vendeur la propriété de sa chose, et de la faire passer sur la tête de l'acheteur, il est juste de ne pas donner cet avantage au second avant d'être sûr que le premier ne s'est pas repenti. Dans le mandat, autres sont les situations. Il ne s'agit pas d'enlever au mandant sa chose, ou partie de sa chose; le mandataire ne fait qu'obéir et se conformer à la volonté qui lui a été déclarée; il en seconde l'exécution; en agissant avec promptitude et sans délais compromettants, en prêtant son office avec toute la célérité désirable, il entre pleinement dans la pensée du mandant, qui, loin de se plaindre, doit se féliciter d'avoir rencontré un mandataire si actif, si dévoué, si empressé à profiter du bénéfice du temps. Cette explication découle du principe général donné par Grotius et que j'ai rappelé ailleurs (2). Elle repose sur une saine appréciation de la volonté tacite des

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 97.

(2) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. XI, n° 15.

Mon. com. du *Louage*, t. 1, n° 105 (note).

parties, et sur la nature si diverse de la vente, contrat bilatéral parfait, et du mandat qui n'est synallagmatique qu'imparfaitement (1). Ainsi donc, dans les exemples que nous avons posés, il est certain que l'expédition des marchandises faite par le commissionnaire avant que le commettant n'ait eu connaissance de son acceptation, que l'assurance prise par le mandataire antérieurement à l'avis qu'il donne au mandant de ses diligences, restent pour le compte du donneur d'ordre, quand même il aurait révoqué le mandat entre l'époque de l'envoi de sa procuration et l'époque de l'accusé de réception par son correspondant.

110. Mais dans quel lieu sera censé avoir été contracté le mandat envoyé et accepté par lettres? Dans le lieu où celui qui parle le dernier donne son assentiment. « *Eo loci quo ultimus in contrahendo assentitur... Et sic mandat contractus dicitur initus in loco, quo diriguntur litteræ missivæ alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur, eas recipit et acceptat mandatum* (2). »

111. Nous venons de parler de la prompte exécution des ordres donnés par lettre, comme d'une chose qui rentre nécessairement dans les vues du mandant. Mais cette prompte exécution est-elle une condition si étroite du mandat, que la procuration se trouve virtuellement révoquée et que la lettre reste non avenue si le commission-

(1) *Jung* MM. Delamarre et Lepoitevin (t. 1, n° 96, 98).

(2) Casaregis, *disc.* 179, n°s 1, 2, d'après la décis. 161, n° 4, de la rote de Gênes, et Deluca, *De jurisd.*, *disc.* 71, n° 4.

naire tarde à agir? Point de difficulté quand la lettre assigne au mandataire un délai qu'il a laissé écouler. Mais *quid juris* si la lettre ne contenait pas de terme, et que le commissionnaire ne se mit à l'œuvre que dans un délai assez éloigné? Par exemple, je vous prie de m'acheter tant de pièces de vin de Bordeaux, sans vous fixer d'époque; vous, vous n'opérez cet achat et ne m'en faites l'expédition qu'assez tard, et lorsque je n'ai plus besoin de ces vins. Pourrai-je dire que ma demande était tombée en péremption lorsque vous l'avez exécutée, et qu'il n'y a pas eu entre nous de contrat de mandat?

Non! je ne le pourrai pas, par la raison que les demandes subsistent tant qu'elles ne sont pas révoquées (1). Mais, suivant les circonstances, j'aurai action contre vous qui, par votre retard à faire la commission, m'avez causé un notable préjudice. J'aurai surtout l'action de dol si, à l'instant où vous avez opéré l'achat et l'expédition, vous saviez que ces vins ne m'étaient plus nécessaires (2).

112. Dans le commerce, il arrive très fréquemment que le mandat se donne par suite d'une pro-

(1) *Id.*, n° 100. *Suprà*, n° 96.

Pothier, n° 34.

Casaregis, *disc.* 119, n°s 32 et 33.

« Mandans sive mercator præsumitur in eadem voluntate perseverare, et sic in eodem ordine et commissione alteri datâ. »

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 100.

vocation du commissionnaire, qui vient faire ses offres de services, et annonce telle opération avantageuse, dont il propose de se charger. Le droit civil offre également des exemples de cette manière de lier le mandat (1). En pareil cas, le commissionnaire doit attendre la réponse de son correspondant, et la réception seule de cette réponse donne naissance au contrat de mandat et en fixe l'époque précise (2).

113. De même que les demandes subsistent tant qu'elle ne sont pas révoquées, de même les offres faites par lettres restent entières tant que le commissionnaire n'a pas déclaré qu'il n'y persévérerait pas; celui à qui elles ont été faites peut toujours répondre qu'il les accepte (3). Ceci doit cependant s'entendre d'une manière raisonnable. Si l'offre que je vous ai faite concernait une affaire subordonnée à telle occasion passagère, et que cette occasion soit passée sans que vous vous soyez prononcé, vous ne pourrez vous prévaloir de votre acceptation tardive pour m'obliger à faire ce que le temps a emporté et ne rend plus faisable.

114. L'art. 1985 ne parle en termes exprès que du mandat formé par écrit ou verbalement. Nous avons déjà vu qu'il faut élargir son texte et y faire entrer le mandat donné par gestion (4).

(1) *Infrá*, n° 130, l'affaire du notaire Becq.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 98.

(3) *Id.*, n° 101.

(4) *Suprà*, n° 102.

Mais un pas de plus n'est-il pas nécessaire? N'y a-t-il pas dans le droit des mandats tacites, comme il y a des louages tacites? Ou bien la législation nouvelle a-t-elle entendu proscrire le mandat tacite, au même titre qu'elle a voulu proscrire les anciennes sociétés tacites (1) et les fidéicommiss tacites? En d'autres termes, lorsque le mandat ne résulte ni d'un acte public, ni d'un écrit sous seing privé, ni de lettres missives, ni de paroles de part et d'autre avouées, ni de gestes équivalant à des paroles et reconnus constants; lorsqu'on se fonde sur des faits, circonstances et agissements, pour en tirer, par voie d'induction nécessaire, la preuve de l'existence du mandat, est-on recevable en justice à argumenter de ces faits et agissements, et à mettre à la place d'un mandat écrit ou verbal un mandat tacite?

115. Les Romains n'en faisaient pas le moindre doute. Écoutons Ulpien :

« *Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel
» aliàs intervenire, mandati teneor; et nisi pro invito quis
» intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens,
» erit mandati actio* (2). »

Le même jurisconsulte reproduit cette idée dans un autre texte :

« *Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur,* »

(1) Com. de la *Société*, t. 1, n° 198, art. 1834 C. c.

(2) L. 6, § 2, D., *Mandati*.

» *mandare intelligitur* (1). » Et ailleurs encore, parlant en termes plus généraux, il dit :

« *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (2). »

Partant de là, si le possesseur d'un fonds a souffert, en connaissance de cause, que celui qui lui a vendu ce fonds défende seul sur une action en revendication intentée par un tiers, ce possesseur sera censé partie au jugement intervenu entre le demandeur et son auteur. Et s'il veut remettre en question ce qui a été décidé, il sera repoussé par l'exception de chose jugée, parce que, pouvant empêcher la défense de son auteur, et l'ayant au contraire acceptée par un consentement tacite, mais sérieux, il reste lié par une décision à laquelle il est censé avoir été partie (3).

116. Rien n'est plus raisonnable et plus juste. Vous avez sous vos yeux une personne qui prend la gestion de vos intérêts; vous pouvez l'empêcher, exprimer un dissentiment, mettre une opposition, et vous ne le faites pas. Qu'y a-t-il de plus certain que votre adhésion à ce que fait cette personne? Et cette adhésion n'équivaut-elle pas à un consentement exprès? Qu'est-il besoin de paroles ou

(1) L. 18, D., *Mandati*.

(2) L. 60, D., *De regul. juris*.

Junge l. 16, D., *ad senatuscons. maced.*; l. 63, D., *De re judicatâ*. V. M. Merlin, Q. de droit, v° *Compte courant*, § 4, p. 455.

(3) L. 63, D., *De re judicatâ* (Macer); Cujas a parlé de cette loi (12, *observ.* 25).

d'écrits pour attester ce qui ressort nécessairement de votre manière d'agir? *Quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declarasses* (1)? Sommes-nous donc asservis à la solennité des formes dans une matière gouvernée par le droit des gens et par la bonne foi? Est-ce qu'aux yeux de la pure équité, c'est-à-dire du bon sens appliqué au droit, une telle adhésion, quoique tacite, ne doit pas avoir la même puissance qu'une adhésion déclarée? *Aut verbis, aut re contrahitur* (2).

117. C'est pourquoi les interprètes du droit étaient d'accord sur cette maxime : *Sola patientia inducit mandatum* (3). Et Pothier n'hésite pas à donner au mandat tacite la même créance et la même autorité qu'au mandat exprès (4).

Dans l'ancien droit, en un mot, toutes les fois qu'une personne laissait commencer et poursuivre par une autre un acte qui la concernait, et que, pouvant l'empêcher, elle gardait le silence, il y avait là un mandat tacite, tout aussi sérieux, tout aussi valable qu'un mandat exprès (5).

Je dis : *pouvant l'empêcher*; car si la personne

(1) Favre, *Code*, lib. 4, t. 26, def. 6.

(2) Arg. de la loi 4, D., *Pro socio*.

(3) Le président Favre sur la loi 4, D., *Mandati*; Danty, ch. XII, p. 268, d'après Accurse sur la loi *Si fidejuss.*, C., *Mandati*; MM. Delamarre et Lepoitevin citent d'autres autorités, t. 1, n° 74. Il faut voir surtout Menochius, *De præsumpt.*, lib. 1, q. 23, et, en particulier, lib. 6, *præsumpt.* 99, n° 18.

(4) N° 29.

(5) Arrêt de la Cour de cassat. du 3 novembre 1813. Dal., *Mandat*, p. 964, note (1).



dont l'affaire était faite avait été dans l'impossibilité d'exprimer son opposition, on ne pourrait se faire une objection contre elle de son silence (1).

118. Ces principes sont-ils passés dans le C. c.? Nous avons déjà touché ce point ci-dessus (2) ; le moment est arrivé de le traiter à fond.

• MM. Toullier et Proudhon se prononcent énergiquement pour la négative. L'art. 1985, dit le premier, ne porte pas que le mandat peut se former tacitement (3). On voit bien, dans la disposition finale de cet article, que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite; mais autre chose est l'ordre, la procuration, autre chose l'acceptation. Dire que l'acceptation peut n'être que tacite, c'est dire, par cela même, que la procuration doit toujours être expresse, surtout lorsque le législateur vient de passer en revue les moyens de preuve de la procuration, et que son énumération ne renferme que des manifestations expresses (4). Le rapprochement du dernier § de l'art. 1985 avec le premier prouve que celui-ci est limitatif. Ceci devient plus clair encore si l'on combine l'art. 1985 avec l'art. 1372; on aperçoit, en effet, que l'art. 1372 s'empare du mandat tacite pour le réduire à la condition de simple *quasi-contrat*; à ses yeux, le fait de la personne qui connaît la gestion de son affaire par autrui n'est pas suffisant pour faire supposer

(1) Favre, d'après Accurse, sur la loi 18, D., *Mandati*.

(2) N° 72.

(3) T. 11, n° 25, 26.

(4) *Junge* M. Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1327.

ce consentement formel et positif sans lequel le contrat de mandat n'existe pas, etc., etc. Comment d'ailleurs, ajoute M. Proudhon, admettre indéfiniment la supposition d'un mandat tacite tiré du seul silence de quelqu'un, là où la loi rejette même la preuve du mandat verbal, lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de 150 fr. ?

119. MM. Duranton (1) et Delamarre et Lepoitevin (2) pensent aussi que le C. c. a entendu abroger le mandat tacite. Seulement, ils reconnaissent que; quoique aboli en général, le mandat tacite, tout aussi conforme à la raison que le mandat exprès, est admis dans beaucoup de cas par la force des choses, plus puissante qu'une prohibition sans motifs.

Ainsi, disent ces auteurs, la remise de la grosse d'un acte notarié ou d'un arrêt à un huissier implique virtuellement un mandat pour exécuter et recevoir paiement.

Il en est de même de la remise d'un dossier à un avoué, remise qui fait supposer le mandat tacite d'agir en justice pour la partie (3).

De même encore, disent les mêmes auteurs, la jurisprudence de la Cour de cassation décide qu'une femme qui a l'habitude de faire les affaires de son mari a le pouvoir tacite de l'obliger (4).

Ces décisions sont approuvées par les auteurs que je viens de citer. Mais cette adhésion de leur

(1) T. 18, n° 218.

(2) N° 70 et suiv.

(3) *Junge* Danty, p. 269.

(4) Cassat., 25 janvier 1821; 2 avril 1822.

part me paraît difficile à concilier avec le sens qu'ils prêtent à la loi; car si le Code a voulu défendre en général le mandat tacite, ce mandat ne saurait être reçu dans les cas particuliers dont il vient d'être question sans une contravention flagrante à des dispositions abrogatoires et respectables.

120. A moins qu'on ne prenne le biais de dire avec M. Proudhon que le mandat de l'avoué et de l'huissier n'est pas un *mandat tacite*, et qu'il doit être qualifié de *mandat exprès, par le fait* (1). Mais je ne sais si les jurisconsultes qui voudront bien se rappeler ce que, par exemple, on appelle en droit reconduction *tacite* (2), ne trouveront pas que M. Proudhon abuse un peu de l'élasticité des mots. Un mandat qui n'est exprès que par le fait est précisément le mandat tacite; comme un louage qui ne résulte que du fait de possession toléré par le bailleur est un louage tacite. Si ce mandat n'est exprès que par le fait (*re*, ainsi que le dit quelque part Modestin (3)), c'est donc qu'il n'est pas exprès par la parole et l'écriture; c'est donc qu'il est tacite. Car on appelle, particulièrement, consentement tacite celui qui n'est pas déclaré par la parole et l'écriture (4) et qui ressort virtuellement de certains

(1) *Loc. cit.*, n° 1328.

(2) Art. 1738 et 1759. Il y a le *fait* du preneur qui continue sa jouissance sans opposition du bailleur (mon *com. du Louage*, t. 2, n° 443, 444 et suiv., 453, 606, etc.). Celle possession, disait M. Berlier, *est un fait*. On y aperçoit un bail sans écrit.

(3) L. 4, D., *Pro socio*.

(4) Furgole, *Test.*, t. 3, p. 52, n° 61.

faits, de certains actes, de certaines positions, de certaines circonstances (1). Qu'est-ce, par exemple, qu'un fidéicommis tacite, *tacitum fideicommissum* (2), si ce n'est celui qui n'est pas déclaré dans le testament ou le codicille (3), formes adoptées par la loi pour l'expression d'une dernière volonté? Par la même raison, n'est-il pas clair que le mandat tacite est celui qui ne ressort pas des actes écrits ou des paroles qui servent habituellement à exprimer la pensée d'un mandat? Au surplus, M. Proudhon est le seul des auteurs auxquels je m'adresse qui se soit avisé d'un tel faux-fuyant. MM. Duranton, Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à voir franchement le mandat tacite dans les espèces précitées; et ce mandat tacite, ils en approuvent l'usage malgré l'interprétation qu'ils donnent en général à l'art. 1985. Mais interpréter l'art. 1985 dans un sens, et l'appliquer dans un autre, est un procédé que je n'admets ni ne comprends.

121. Faut-il le dire? c'est qu'il n'est pas vrai que l'art 1985 ait proscrit le mandat tacite (4); c'est que si la jurisprudence juge tous les jours qu'il y a des mandats tacites liant les parties par un lien contractuel, c'est parce qu'elle ne voit pas de différence entre le droit moderne et le droit ancien. Et, en effet, il n'en existe pas.

(1) V. Mantica, *De tacitis et ambiguis contract.*

(2) Papin., l. 3, D., *De probat.*

(3) Julianus, l. 103, *De legat.*, 1°.

(4) M. Delvincourt, t. 3, p. 238 (notes).

M. Zachariæ, t. 3, p. 123, § 411, et la note (2).

Pour donner à l'argument *à contrario* que M. Toullier tire du dernier § de l'art. 1985 la puissance d'opérer dans le droit une si grande innovation, il faudrait d'abord s'informer si le système général de ce Code est défavorable au consentement tacite. Or, la plus simple recherche établit que le législateur moderne, tout aussi ami de la vérité que le législateur ancien, ne s'inquiète que d'une chose, c'est de savoir si le consentement existe (1). Quand il le découvre certain, positif, indubitable, il l'accepte comme bon, sans faire dépendre sa légitimité de certaines manifestations privilégiées. On sait ce que le C. c. a décidé sur les reconductions tacites, contre lesquelles s'élevaient plusieurs réclamations (2); on sait qu'il ne s'est pas arrêté à de vains scrupules, et que le louage tacite a reçu accès dans les dispositions des art. 1738 et 1759 du C. c. Lisez- ensuite l'art. 1922 qui, dans le titre du dépôt, met le consentement tacite sur la même ligne que le consentement exprès. Ajoutez-y les art. 1578 et 1998, qui tiennent tant de compte du consentement tacite! C'est là l'esprit général du C. c., législation de droit naturel et d'équité, qui place le fonds avant la forme et ne s'arrête qu'au vrai.

122. Je sais que cette règle n'est pas absolue; elle a des exceptions. Il y a certains cas où la volonté n'est prise en considération que lorsqu'elle revêt certaines formes extérieures. Mais quand il est question d'un contrat tel que le mandat, où do-

(1) Art. 1738 et 1759 C. c., 1922, 1578, 1998.

(2) Mon com. du *Louage*, t. 2, n° 443 et suiv.

mine le droit des gens, il faudrait autre chose qu'un argument *à contrario* pour prouver que le mandat est assujéti à une manifestation sacramentelle. *Quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declarasses* (1)?

123. Ce n'est pas tout. Cet argument *à contrario* est tout d'abord détruit et par l'art. 1578 C. civ., qui puise dans le défaut d'opposition de la femme la preuve d'un mandat tacite donné à son mari pour l'administration de ses paraphernaux, et surtout par l'art. 1922 du C. civ., qui, à propos d'un dépôt fait par procuration, se contente du *consentement tacite* de celui dont la chose est déposée. Dira-t-on, pour défendre M. Toullier, que l'art. 1922 fait exception à l'art. 1985? L'expédient ne serait pas bon. Pourquoi, en effet, une telle exception? Quel fondement raisonnable pourrait-on lui donner? Quelle nécessité spéciale l'aurait fait introduire? L'art. 1998, qui admet la ratification tacite dans un cas équivalant à mandat, est donc aussi une exception? Non. L'art. 1922 se lie à l'art. 1985; il l'éclaire et le complète; il le montre tel qu'il est, c'est-à-dire démonstratif et non pas limitatif, et assujéti à cette règle de bons sens qui ne met pas de différence entre la volonté exprimée et la volonté tacite: *Eadem vis est taciti ac expressi* (2); ou, comme

(1) Favre, Code, lib. 4, t. 26, def. 6.

(2) Arg. de la loi 3, D., *De reb. credit.*

Menoch., *De præsumpt.*, lib. 4, præ. 89, n° 140, et l. 4, quæst. 49, n° 2, etc.

on ne saurait trop le répéter, *quid interest an verbis, an facto, voluntatem tuam declares!!*

124. Mais pourquoi donc, dira-t-on dans le système de M. Toullier et de M. Proudhon, pourquoi donc l'art. 1985 fait-il une distinction entre la procuration et l'acceptation? Pourquoi, après avoir passé en revue les modes par lesquels la procuration peut être donnée, et au nombre desquels le consentement tacite n'est pas compris, ajoute-t-il avec une sorte d'affectation : « L'acceptation du » mandat peut n'être que tacite et résulter de » l'exécution? »

Voici ma réponse :

Le projet de Code voulait que la procuration fût toujours écrite (1), ainsi que cela est pratiqué dans quelques pays étrangers (2). Elle ne pouvait être ni verbale, ni, à plus forte raison, tacite. L'acceptation seule pouvait résulter d'actes non écrits et de faits d'exécution.

Le Tribunal s'éleva contre cette disposition. Il représenta que, dans les matières au-dessous de 150 fr., il y avait un principe général autorisant la preuve testimoniale; principe qui devait gouverner le mandat (3). Cette observation amena la rédaction qui forme aujourd'hui l'art. 1985. Le Tribunal y fit insérer des réserves en faveur du

(1) Art. 2 : *Le mandat doit être écrit.*

Fenet, t. 14, p. 568.

(2) Danty sur Boiceau, p. 280, nos 18 et 19, cite l'édit perpétuel des Pays-Bas et le statut de Milan.

(3) Fenet, t. 14, p. 575.

mandat verbal et de la preuve testimoniale. On oublia de mentionner nominativement le mandat résultant des faits, ou mandat tacite. Mais cette omission est insignifiante; le droit commun comble la lacune. D'ailleurs, l'admission du mandat purement verbal entraîne nécessairement l'admission du mandat qui ressort des faits. Les faits ont la même énergie que les simples paroles; ils contiennent des manifestations tout aussi éloqu岸tes. Si, outre les mots, on fait acception des gestes qui sont un langage en action; si la force des choses oblige à leur donner accès, quoique l'art. 1985 ne les nomme pas; pourquoi voudrait-on que ce même article fût plus inexorable et plus limitatif en ce qui concerne les faits dont la signification n'est pas douteuse? Ce qu'il y a de sûr, c'est que, lors de la préparation de l'art. 1985, il fut déclaré et entendu, dans les discours officiels des commissaires du gouvernement et du Tribunal, « que le mandat n'est assujéti à aucune » forme particulière *qui soit essentielle à sa validité* (1). » Que ferait-on cependant si on repoussait le consentement tacite? on mettrait ce mandat dans la classe des contrats exceptionnels; on exigerait une manifestation particulière de la volonté; on s'écarterait « de la nature des contrats consentuels qui veut que le consentement puisse être » donné *dans toute forme propre à le manifester* (2). » Respectons donc le vœu du législateur; ce vœu est

(1) M. Bertrand de Greuille, tribun.

Fenet, t. 14, p. 606.

(2) M. Tarrible, tribun (Fenet, t. 14, p. 591).

trop clairement exprimé par ses organes pour qu'on l'anéantisse par une rédaction incomplète et atteinte des imperfections si fréquentes dans les articles éclos sous le tiraillement des amendements.

125. Suivant M. Proudhon, il ne doit pas en être ainsi, parce que la loi, en rejetant la preuve d'un mandat verbal lorsqu'il s'agit de plus de 150 fr., est censée avoir rejeté par-là la supposition d'un mandat tiré du seul silence. Mais qu'est-ce à dire? le mandat verbal qui n'est pas avoué est un inconnu; et comment pourrait-on tirer une preuve de ce qui ne paraît pas? « *Ex his quæ non apparent nulla præsumptio colligitur* (1). » Mais le silence, joint à la connaissance de celui qui pouvant agir est resté inactif, ce silence est quelque chose de certain, de positif, qui a une signification, et que l'on ne saurait comparer à ce qui n'existe pas (2). Et puis, M. Proudhon ne fait pas attention que son assimilation se retourne contre lui dans tous les cas où la preuve testimoniale du mandat verbal est admise. Pourquoi, dans ce cas, repousserait-on cette supposition du mandat tacite que notre auteur paraît mettre sur la même ligne que la preuve testimoniale du mandat verbal?

126. Mais ajoutons une réflexion plus importante.

Le paragraphe final de l'art. 1985 admet l'acceptation tacite du mandat; il permet de rechercher

(1) Menochius, lib. 1, q. 23, n° 2.

(2) Menoch., lib. 1, *præsumpt.* 99, n° 40. V. d'ailleurs l'art. 1578 du C. c.; il tranche la question.

dans les faits d'exécution la preuve de cette acceptation. Or, dans combien de cas les faits d'acceptation tacite et les actes d'exécution ne forceront-ils pas à remonter à leur cause première, et ne démontreront-ils pas nécessairement l'antécédent par le conséquent? Quoi! voilà des actes d'exécution qui sont prouvés avoir été faits au nom d'une personne, avec sa présence, son concours, dans des circonstances d'où ressort la preuve évidente, quoique virtuelle, d'un ordre émané d'elle; et, de ces faits d'exécution, il sera défendu à un esprit logique de conclure qu'il y a eu mandat tacite dont ils sont la conséquence!!!

127. Ce n'est pas tout: l'art. 1998 reconnaît la légitimité de la ratification tacite et la met à côté de la ratification expresse; il permet de rechercher dans les faits la preuve non écrite, non expresse, de l'adhésion du mandant. Et l'on voudrait que cette preuve, ainsi autorisée dans le cas d'un consentement postérieur aux actes du mandataire, restât dépourvue d'efficacité lorsqu'elle met en lumière un consentement contemporain de ces mêmes faits!!!

128. Quant à l'art. 1372, invoqué par M. Toullier au secours de l'art. 1985 pour l'abolition du mandat tacite, je n'ai jamais pu admettre les conséquences qu'il en tire. A ses yeux, l'art. 1372 a changé toute la théorie du droit romain et de l'ancien droit français. Tandis qu'autrefois il était de principe fondamental que la gestion d'affaires ne pouvait avoir lieu qu'à la condition essentielle que cette gestion fût ignorée de celui dont on fai-

sait l'affaire, aujourd'hui, et d'après l'art. 1372, le quasi-contrat *negotiorum gestorum* existe alors même que le propriétaire a connu la gestion. Cette connaissance, que les lois romaines et tout l'ancien droit assimilaient à un mandat, ou, pour mieux dire, dans laquelle on voyait un mandat tacite, cette connaissance n'est aujourd'hui d'aucune importance. Le C. c. n'aperçoit pas en elle le mandat tacite; il laisse l'agissement auquel elle vient se mêler dans la classe des quasi-contrats. N'est-ce pas une nouvelle preuve du retranchement du mandat tacite par le C. c. ?

Voici ma réponse :

129. D'abord, de ce que l'art. 1372 du C. c. aurait refusé de voir un mandat tacite dans la simple connaissance du propriétaire qui ne s'oppose pas à la gestion de ses affaires par autrui, en conclure que le Code a supprimé tous les mandats tacites, ce serait fort mal raisonner. Il y a une foule de mandats tacites qui résultent de faits autres que la connaissance et la souffrance. On ne voit pas comment ils seraient atteints par une disposition dont le but unique aurait été de ne pas attacher au silence de la personne dont on fait l'affaire la même importance que le droit romain. La seule conclusion logiquement admissible serait que le C. c. a aboli la présomption de mandat tacite érigée, dans ce cas, par les lois romaines et par l'ancienne jurisprudence. Mais il ne faudrait pas généraliser la suppression et l'étendre à tous les cas de mandats tacites, à ceux-là même où se rencontrent non-seulement la connaissance de ce silence du maître,

mais encore des faits positifs, des actes extérieurs, des témoignages muets qui laissent sa volonté sans équivoque. C'est ce que fait, d'après M. Delvincourt(1), un jurisconsulte étranger dont l'ouvrage élémentaire jouit en France d'une juste estime, M. Zachariæ (2). Partisan (comme je le suis) du mandat tacite, il se borne à ne pas considérer comme emportant un mandat tacite le seul silence de la personne qui connaît la gestion de ses affaires par un tiers et ne s'y oppose pas.

130. Mais il faut aller plus loin; et l'on ne doit même pas faire cette concession à des interprétations qui méconnaissent le véritable esprit de l'art. 1372. Non! il n'est pas vrai que cet article repousse le mandat tacite résultant de la connaissance et du silence du maître (3). Il n'est pas vrai que, sur ce point, le C. c. ait voulu abroger la maxime romaine, ou, pour mieux dire, la règle de bon sens, « *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* » Si l'art. 1372 avait voulu que la gestion des affaires d'autrui, avec la connaissance de ce dernier, fût, dans tous les cas et d'une manière générale, un quasi-contrat et non un vrai contrat de mandat, la législation du quasi-contrat *negotiorum gestorum* présenterait un chaos indigeste; elle serait à refaire.

131. D'abord, ni les discussions du conseil d'É-

(1) T. 3, p. 238 (notes).

(2) T. 3, p. 123.

(3) L'art. 1578 C. c. en est la preuve.

tat, ni les discours officiels, n'ont exprimé la volonté de s'écarter des principes du droit romain professés par Pothier. Aurait-on tenté d'opérer un si grand changement dans les notions universellement reçues, sans en avertir les jurisconsultes et en se ménageant une sorte de surprise?

Quel est le système des lois romaines? C'est que la gestion d'affaires doit être entreprise à l'insu du propriétaire. Et pourquoi? parce que cet agissement ne peut être caractérisé du titre de quasi-contrat qu'autant qu'il n'y a pas de mandat exprès ou tacite, et que si l'affaire est entreprise au vu et su du maître qui souffre la gestion, il y a un mandat tacite.

Mais est-ce à dire pour cela que l'ignorance du maître doit durer jusqu'à la consommation de l'affaire? Non. Et plusieurs textes prévoient positivement le cas de cette connaissance, qui survient après coup, sans enlever à l'agissement la nature de quasi-contrat.

Ulpien nous en donne un exemple dans la loi 6, § 2, D., *Mandati* : *Si passus sim aliquem pro me fidejuberé, vel aliàs intervenire, mandati teneor; et nisi quis intercesserit... negotium gerens, erit mandati actio.*

Ulpien suppose que le maître a souffert un fait d'intervention dans ses affaires; *passus sum*. Il reconnaît cependant que cette position n'est pas incompatible avec la gestion d'affaires: *nisi negotium gerens*.

Et dans quel cas cette souffrance se concilie-t-elle avec la gestion d'affaires? Un texte de Paul

jette la lumière sur cette question (1). C'est lorsque cette connaissance intervient après coup, parce qu'alors il n'y a pas de mandat qui ait présidé au commencement de l'entreprise, et que la gestion a été saisie sans le concours du maître. *Nam mandati actio non potest competere cum non ANTECESSERIT mandatum*. Puisqu'à l'origine il n'y a pas eu de mandat, comment voulez-vous que l'action de mandat soit accordée? Ce qui est à considérer, c'est l'absence du maître (*utilitas absentium*) (2), ou son ignorance, à l'origine de la gestion. Quand l'affaire a été commencée sans lui, à son insu, il importe peu que plus tard il vienne à avoir connaissance de la gestion.

Je dis que cette connaissance tardive ne change pas la nature de l'agissement; et c'est en effet ce que décide très expressément le jurisconsulte Scævola dans la loi 9 au D., *De negot. gest.*; car il va jusqu'à poser en règle que la ratification du maître ne donne pas lieu à l'action de mandat, et qu'elle laisse subsister l'action *negotiorum gestorum*. « *Nam utique mandatum non est; erit igitur, et post ratihabitionem, negotiorum gestorum actio.* » Et ce n'est pas là une décision isolée; elle est reproduite dans la loi 9, au Code de Justinien, *De negot. gestis*, aussi bien que dans la loi 6, § 9 et 10, D., *negot. gestis*, empruntée aux écrits de Julianus (3).

(1) L. 20, § 4, D., *Mandat.*

(2) Ulp., l. 1, D., *Negot. gest.*

Caius, l. 2, D., *loc. cit.*

(3) Junge, l. 25, C., *De donat. inter vir. et ux.*

Casaregis, *disc.* 197, nos 14, 15, 16.

La raison en est que, dans cette matière autant et plus que dans toute autre, on s'attache à la règle *Initium est inspiciendum*. Le jurisconsulte Paul en donne le conseil (1). Il veut qu'on recherche avec quelle volonté le gérant a pris l'initiative de l'affaire. Or, le gérant n'était pas *ab initio* un véritable mandataire, et l'approbation qui lui est donnée après coup ne peut lui conférer ce caractère.

A la vérité, la ratification produit un effet rétroactif qui la fait comparer au mandat (2). C'est pourquoi Accurse a soutenu que lorsque le gérant est approuvé, l'action est l'action de mandat et non pas celle de gestion d'affaire. Mais Cujas a signalé son erreur, en s'étonnant qu'un esprit si exercé se soit trompé en un sujet si facile, *in re facillimâ* (3). Que veut-on en effet que fasse la ratification dans des agissements où elle est entièrement inutile et où elle n'ajoute rien à l'obligation résultant du fait officieux? Est-ce que le gérant a besoin d'une approbation que lui donnent le droit naturel et la loi écrite? Et comment, dès lors, peut-

(1) L. 15, D., *Negot. gest.* (lib. 9, *ad edict.*).

(2) Ulp., l. 60, D., *De reg. juris.*

(3) Sur la loi 6, § 10, D., *De neg. gestis*, dans son com. du 3^e livre du Dig. de Julien. Quoi que dise Cujas de la facilité de cette question, elle a beaucoup exercé les interprètes. V. Hiliger sur Doneau, t. 4, p. 129, notes; Huber, sur le Digeste, *De negot. gestis*, n^o 5; Voët, *De neg. gest.*, 14, et autres auteurs cités par eux.

MM. Delamarre et Lepoitevin ont une opinion qui reproduit celle d'Accurse (t. 1, n^o 187, p. 296, note (1)).

Infra, n^o 619.

on supposer que le maître, en approuvant ce qui se fait, a voulu et pu changer le caractère de l'agissement et le transformer en mandat? Une telle hypothèse n'est pas admissible. Il faut donc laisser la maxime que *la ratification est un vrai mandat* pour les cas où la ratification est nécessaire pour la décharge de l'agent. Mais elle n'est d'aucune considération alors que la ratification est sans utilité; dans ce cas, la connaissance des faits de gestion, acquise après coup par le maître, n'empêche pas l'agissement de rester ce qu'il était *ab initio*, c'est-à-dire une simple gestion d'affaires.

Eh bien! c'est à une connaissance pareille à celle dont nous venons de parler que fait allusion l'art. 1372 du C. c.; il ne s'en occupe que dans le sens des lois romaines, c'est-à-dire dans le sens d'une connaissance acquise après coup, d'une connaissance qui se porte sur des faits gérés *ab initio* sans mandat; et l'on renverserait tous les principes de la matière si l'on donnait à la phrase incidente qui la mentionne par forme énonciative une portée plus grande. Quelle est en soi la pensée dominante de l'art. 1372? C'est de faire bien entendre que le gérant doit continuer et parachever l'affaire jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même; et, pour rendre cette obligation aussi formelle que possible, l'art. 1372 déclare qu'elle a lieu soit que le propriétaire ait connu la gestion, soit qu'il l'ait ignorée; précaution sage, car le gérant aurait pu prendre prétexte de cette connaissance pour désertir prématurément son entreprise, et il ne faut pas que son obli-

gation soit subordonnée à la connaissance ou à l'ignorance du propriétaire (1). Mais cette connaissance, que l'art. 1372 suppose possible, est celle que les lois romaines nous montrent compatible avec le quasi-contrat *negotiorum gestorum*; c'est évidemment celle qui arrive après coup et tardivement, et laisse à l'agissement son caractère initial; et l'on ne peut, sans abus d'interprétation, l'étendre à la connaissance qui précède ou accompagne le commencement de la gestion, qui l'autorise à son début par un silence approbateur, et équivaut à un mandat (art. 1578). Les orateurs du gouvernement et du Tribunal ne laissent pas de doute à cet égard. M. Treilhard, par exemple, suppose l'absence ou l'ignorance du maître au moment où le gérant a pris son affaire en main (2). M. Bertrand de Greuille sous-entend d'une façon non moins positive que la connaissance du maître est celle qui arrive lorsque les choses ne sont plus entières (3).

Je dis donc qu'il n'y a rien de changé dans notre législation moderne ni sur le mandat tacite, ni sur la gestion d'affaires; nos textes doivent s'interpréter par les respectables enseignements de la loi

(1) M. Tarrille sur l'art. 1372. (Fenet, t. 13, p. 483.)

(2) Fenet, t. 14, p. 466, « Si c'est une action louable de prendre en main l'affaire d'un absent, etc. »

(3) Le propriétaire de la chose, s'il ignore la gestion, ne peut éclairer celui qui s'en est librement chargé, et s'il vient à le connaître, etc.

Fenet, t. 14, p. 471.

romaine et par les sages applications de notre ancienne jurisprudence. Toutes ces modifications dont nous parlent certains livres modernes ne sont que des illusions; la vérité est que le mandat tacite a dans notre Code civil la même place que dans l'ancien droit. J'ai cité les art. 1578, 1922, 1998, d'où il ressort solennellement. On le trouve admis à chaque instant dans la matière des sociétés (1), du cautionnement (2); et la pratique des plus nombreux arrêts, se mettant au-dessus des erreurs de la théorie, lui attribue les mêmes droits et la même autorité qu'au mandat exprès.

132. Je prévois cependant une objection et je me hâte d'y répondre. J'ai dit, dans mon commentaire des *Sociétés* (3), que l'art. 1834 du C. c., expression du droit commun en matière de preuve des conventions, entraîne la chute des anciennes sociétés *tacibles* ou tacites, si fréquentes au moyen âge. S'il en est ainsi, pourquoi l'art. 1985, qui n'est pas moins conforme au droit commun, qui ne reproduit pas avec moins de force les principes généraux relatifs à la preuve des conventions, n'aurait-il pas aboli également, et par identité de motifs, le mandat tacite des lois romaines et de notre ancienne jurisprudence?

(1) Arg. de l'art. 1850, et mon com. des *Sociétés*, t. 2, nos 712, 714; arg. des art. 1862, 1864, et mon com. de ces articles: *Société*, t. 2, nos 807, 808.

(2) Mon com. du *Cautionnement*, n° 17, et Pothier, *Oblig.*, n° 367.

(3) T. 1, n° 198.

Voici la solution de ce doute : les sociétés tacites étaient une institution coutumière qui jouissait du privilège, inhérent à son essence, d'être dispensée de la preuve écrite, et de se manifester juridiquement par la preuve testimoniale. Si on appelait ces sociétés du nom de taisibles, c'est parce qu'elles découlaient de certains faits auxquels la loi attribuait de plein droit le caractère de société (1), de certains faits, dis-je, que la loi, la loi seule, la loi elle-même, qualifiait du nom de société. Le C. c. a étendu et généralisé l'abolition de ces sociétés légales (si je peux parler ainsi), commencée par l'ordonnance de Moulins. Il a refusé à ces sociétés coutumières le privilège de se soustraire au droit commun et de se déclarer juridiquement par la preuve testimoniale. Il a voulu qu'elles subissent l'influence des dispositions édictées sur la preuve des conventions. Mais de là il ne suit pas que le C. c. ait défendu aux juges de prendre en considération les faits avoués, constants, palpables, indépendamment de toute preuve orale, desquels ressort virtuellement la preuve d'une société réelle, quoique non écrite. En ce sens, les sociétés tacites n'ont pas été plus atteintes par la loi moderne que les reconductions tacites et les mandats tacites. Ce que l'art. 1834 du C. c. a entendu faire, c'est d'effacer des associations qui revendiquaient en quelque sorte le caractère de la communauté légale entre époux, qui résultaient de plein droit de certains

(1) V. les coutumes rapportées dans mon com. de la *Société*, t. 1, n° 197.

faits précisés par les coutumes et toujours susceptibles d'être établis par la preuve testimoniale (1).

133. Venons maintenant à la jurisprudence sur le mandat tacite. On a parlé de quelques arrêts (2), mais on ne les a pas cités avec exactitude. L'arrêt de la chambre des requêtes du 25 janvier 1821, au rapport de M. Lasagni, est rendu en matière commerciale, et non pas en matière civile. De plus, la Cour établit que, d'après la déclaration des juges de la cause, le mandat en question n'était pas tacite, qu'il était exprès et résultait autant des aveux que des faits du mandant (3).

C'est aussi en matière commerciale qu'est rendu l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 avril 1822; et, en lisant avec attention les faits de la cause, on voit que la preuve du mandat avait été tirée par la Cour royale d'Amiens, non pas seulement des faits, mais encore d'un interrogatoire subi par le mandant (4).

Ces arrêts ne sont donc pas ceux que l'on peut invoquer pour déterminer le sens exact de l'article 1985.

Mais voici ceux qui règlent ce point de droit dans le sens de notre opinion :

(1) Si j'ai dit, au n° 207 de mon com. de *Société*, quelques paroles de nature à ne pas présenter cette vérité dans tout son jour, je les explique ici.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 219.

M. Zachariæ, t. 3, p. 123, note (2).

(3) Devill., 6, 1, 372.

(4) Devill., 7, 1, 48.

Un notaire reçoit une somme de 84,000 fr. des mains de quelqu'un qui veut la prêter à intérêt; le prêt est contracté quelques jours après dans l'étude du notaire: le notaire a-t-il été dépositaire ou mandataire? Si on soutient qu'il est mandataire, où est la preuve écrite ou verbale de ce mandat? Il n'y en a pas. Mais du moins ne pourra-t-on pas s'emparer des faits reconnus constants pour en tirer la preuve d'un mandat tacite? Oui! et c'est ce qu'a décidé un arrêt de la chambre des requêtes du 3 décembre 1835, sur les conclusions du très savant et très regrettable M. Nicod, avocat général (1). Le fait qui, dans l'espèce, avait servi de point de départ aux inductions de la Cour royale, était la réception des 84,000 fr. par le notaire avant que les parties ne fussent en présence, avant que le prêt ne fût stipulé; et la Cour de cassation déclare que la Cour royale n'a pu violer aucune loi en voyant dans ce fait la preuve d'un mandat.

Cet arrêt est d'autant plus important qu'il décide ponctuellement une question qu'un arrêt de la même chambre, du 2 décembre 1824, n'avait pas abordée aussi franchement, car elle avait cru devoir mêler au mandat tacite une gestion d'affaires (2). Voici le fait: on prétendait que le notaire Gaume, de Besançon, avait donné à ses deux clercs un mandat tacite pour recevoir les versements qui

(1) Dalloz, 36, 1, 17, 48.

Suprà, n° 24.

(2) D., 25, 1, 20. Devill., 7, 1, 576.

seraient faits par plusieurs individus associés entre eux contre les chances du recrutement, et présider à cette assurance mutuelle. Des versements avaient été opérés entre les mains des clercs, et l'un d'eux les avait dissipés. Gaume soutint que cette affaire ne le concernait pas, qu'on ne représentait aucun mandat émané de lui, que ses clercs étaient seuls responsables. La Cour royale de Besançon ne le comprit pas ainsi: elle consulta les faits et les antécédents; elle établit que les quittances avaient été données, *au nom de Gaume*, par ses deux clercs; que, d'après la confiance donnée par Gaume à ses deux clercs, d'après la manière dont les paiements avaient été effectués et l'association organisée, il était évident que les deux clercs étaient *mandataires suffisamment autorisés, quoique tacitement*, pour une affaire à laquelle *des affiches publiques avaient invité les tiers au nom de Gaume*;... qu'il y avait eu *mandat tacite* donné par Gaume à ses clercs.

Cet arrêt (1), qui pose avec tant de précision et d'énergie la doctrine du mandat tacite, fut déféré à la Cour de cassation. On soutint qu'il devait être cassé, parce que la Cour royale avait admis un *mandat tacite* d'après de *simples présomptions inadmissibles* dans une matière où la preuve testimoniale n'était pas recevable d'après les articles 1341, 1347, 1358 C. c. combinés.

La chambre des requêtes rejeta le pourvoi; et, tout en admettant le mandat tacite, dont la Cour

(1) M. Devilleneuve lui donne la date du 20 août 1823.

royale s'était occupée exclusivement, elle crut devoir ajouter que Gaume avait été *gérant des intérêts des sociétaires* et responsable du déficit occasionné par le *fait des gens préposés par lui*. Je dis qu'elle admit le mandat tacite, puisque, sans s'arrêter au système de Gaume qui soutenait que les clerks de son étude n'étaient pas ses mandataires pour l'opération en question; sans attacher aucune importance à la théorie de droit par laquelle Gaume cherchait à leur enlever la qualité de mandataires, elle déclara, ainsi que la Cour l'avait fait, qu'ils étaient *gens préposés par lui*; donc ils étaient ses mandataires tacites; donc il y avait un mandat particulier qui leur avait été donné pour cette affaire spéciale. Car, en thèse ordinaire, si un clerc est préposé de droit du notaire pour recevoir les pièces et les frais d'enregistrement, il ne l'est pas pour les dépôts d'argent sans une autorisation (1).

Un arrêt de rejet de la chambre civile, du 19 mars 1845 (2), offre la même absence de netteté dans sa rédaction, à côté d'une signification non moins décisive dans le fond.

Le notaire Becq avait été déclaré, par arrêt de la Cour royale de Douai, du 2 décembre 1840, responsable d'un prêt imprudemment conclu par lui en qualité de mandataire des prêteurs. D'où la Cour royale avait-elle fait résulter cette qualité de man-

(1) *Id.*

(2) Devill., 45, 1, 262.

dataire? Elle l'avait tirée *des faits de la cause*; et je n'ai pas besoin de dire quel était le champ de bataille du pourvoi. Sur le premier plan de son attaque il mettait la violation des principes du Code civil sur la preuve des obligations, et la création d'un mandat tacite, démenti par les qualités que Becq avait prises et contraire aux énonciations des actes. Puis, il essayait de prouver que, même en fait, les circonstances repoussaient l'idée d'un mandat. Le prêt avait été stipulé par le prêteur en personne; ce prêteur avait comparu *nomine proprio*; Becq ne pouvait donc avoir été qu'un simple conseil.

Malgré ces raisons, le pourvoi fut rejeté. Il est utile d'étudier les motifs de cet arrêt.

Dans son premier considérant, il cite l'art. 1372 du C. c. relatif à la gestion d'affaires; il rappelle que la gestion volontaire des affaires d'autrui est entièrement du ressort de la preuve testimoniale, et par-là il paraît tourner, plutôt qu'aborder de front, la thèse de la Cour royale; il fait une concession à la théorie de M. Toullier. Mais bientôt il se replie d'un autre côté; le mandat proprement dit revient en scène; Becq est qualifié du nom de *mandataire*, et l'arrêt déclare en toutes lettres que la Cour royale a pu, en appréciant les faits, en tirer la conséquence que *Becq s'était constitué lui-même le mandataire de Petitbon*. Mais qu'est-ce à dire? Si Becq a été un mandataire, il n'était donc pas un *negotiorum gestor*; car le mandataire tient ses pouvoirs d'un contrat, et le *negotiorum gestor* n'agit qu'en vertu d'un quasi-contrat. Pourquoi donc citer en commençant l'art. 1372 du C. c.? Pourquoi cette digression sur

la gestion d'affaires dans une espèce où l'agissement est celui d'un *mandataire* ?

Mais allons plus loin.

Il y a des mandats dans lesquels on s'interpose spontanément ; il y en a d'autres qu'on ne fait qu'accepter après que le mandant a pris l'initiative du *rogo*. Dans le premier cas, l'offre de service précède la procuration ; dans le second, c'est la procuration qui ouvre la négociation. Là, la procuration est le conséquent ; ici, elle est l'antécédent (1).

Or, le notaire Becq était l'un de ces mandataires qui s'interposent spontanément. Ce n'était pas la procuration de Petitbon qui était venue le trouver, les choses étant encore entières, et le solliciter d'agir ; c'était lui qui avait pris l'initiative et offert sa médiation. Il avait *indiqué à Petitbon les emprunteurs* ; il avait *donné l'assurance qu'ils étaient solvables* ; en un mot, il s'était *spontanément interposé* ; et, finalement, c'était par son intermédiaire que le prêt hypothécaire s'était réalisé.

Ajoutons que si Becq avait été le promoteur de l'affaire, Petitbon, son client, n'était pas resté étranger aux agissements intervenus ; car Becq avait communiqué avec lui pour tout ce qui avait été fait ; il lui avait *indiqué les emprunteurs* ; il lui avait *donné l'assurance qu'ils étaient solvables*. Par suite, Petitbon avait consenti à tout ; il avait été présent à l'acte de prêt ; il avait stipulé en son nom ;

(1) *Suprà*, n° 112.

il avait livré les fonds. De telle sorte que, bien que le prêt eût été réalisé par l'intermédiaire de Becq, il n'en est pas moins vrai que Petitbon avait tout ratifié par sa présence et son acceptation formelle.

Ainsi, l'agissement offrait la réunion de deux termes nécessaires pour constituer le contrat de mandat : consentement du mandant, consentement du mandataire ; bien plus, exécution par ce dernier, approbation par l'autre. Seulement, l'affaire, au lieu d'avoir été entamée par le mandant, comme cela a lieu le plus souvent, avait été entamée par le mandataire, en ce sens que le notaire en avait fait la proposition à son client, dont l'acceptation avait autorisé ses actes.

Eh bien ! entre ces deux manières de conclure un mandat, l'une qui commence par la procuration, l'autre qui finit par elle, la Cour de cassation fait une distinction. Lorsque le pouvoir d'agir vient trouver le mandataire qui l'accepte, c'est le cas précis de l'art. 1985 du C. c., et là s'appliquent les prohibitions de l'art. 1341. Mais lorsque le mandataire s'interpose spontanément et qu'il se constitue lui-même mandataire, alors admissibilité de toutes les présomptions humaines qui résultent des faits reconnus constants.

Bien des observations peuvent être faites sur cette distinction.

Où en est d'abord l'utilité ? Dans tous les mandats tacites, c'est-à-dire dans tous les cas où la procuration n'est pas représentée, les faits peuvent être ramenés à la seconde branche de la distinction

de l'arrêt du 19 mars 1845 ; il y aura toujours un mandataire qui se sera lui-même constitué tel. La preuve par induction sera donc toujours admissible.

Où en est le fondement ? Est-elle dans la différence qui existe entre le mandat proprement dit et la gestion d'affaires ? L'arrêt a-t-il voulu dire que la première branche de la distinction offre seule le type du vrai mandat, tandis que la seconde rentre dans le cas de la *negotiorum gestio* ? Mais, s'il en était ainsi, l'arrêt aurait-il donné à Becq la qualification positive de *mandataire* ? Et puis, comment réduire au simple rôle de *negotiorum gestor* celui qui agit, non pas seulement au vu et su du maître, mais en lui communiquant tous ses actes, en le tenant au courant de tout ce qui se passe, en procédant de concert avec lui, en le faisant comparaître personnellement pour ratifier ce qu'il a fait (1), continuer ce qu'il a commencé, conclure l'œuvre qu'il a conçue et conseillée ?

Notez ensuite que l'affaire entreprise par Becq n'était pas de celles dans lesquelles on peut s'entremettre sans avoir besoin de ratification (2). Il s'agissait d'un prêt hypothécaire qui ne pouvait se soutenir que par le consentement du maître, et qui sans sa ratification aurait été un énorme abus de pouvoir. Or, en pareil cas, la ratification a un effet rétroactif (3) ; elle équivaut à un mandat :

(1) *Infrà*, n° 780.

(2) *Suprà*, n° 124.

(3) *Suprà*, n° 124.

Infrà, nos 617 et 619.

ratihabitio mandato equiparatur. Donc, en supposant que Becq se fût immiscé sans mandat préalable dans les affaires de Petitbon, la ratification de ce dernier (si claire, du reste, et si positive) avait transformé la gestion d'affaires en mandat.

La *negotiorum gestio* disparaissait donc de tout côté dans cette cause ; le mandat, au contraire, en dominait tous les aspects. Et comme la ratification, qui, en définitive, était la plus grande preuve de ce mandat, peut toujours être tacite (1), il est évident que la question posée devant la Cour de cassation, et tendant à faire décider que le mandat ne peut résulter des faits, était frivole et insoutenable. On regrette que l'arrêt de rejet, trouvant sur son chemin la doctrine de M. Toullier, qui faisait l'appui du pourvoi, ait eu pour elle tant de courtoisie, au lieu d'en faire la justice qu'elle mérite.

Je le répète donc : peu importait que Petitbon n'eût pas donné *ab initio* un mandat à Becq ; peu importait que Becq se fût, spontanément et de lui-même, constitué le mandataire de Petitbon ; Becq était devenu un mandataire approuvé et consenti. Le fait de Petitbon avait nécessairement retiré l'agissement du cercle des quasi-contrats ; il l'avait placé sous l'égide d'un consentement réciproque ; il en avait fait un vrai contrat : *duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Il n'y a pas d'autorité au monde qui puisse ébranler des vérités si palpables, et je n'oserais dire ce que je pense de l'erreur de ceux qui n'en apercevraient pas l'éclat.

(1) Art. 1998. *Infrà*, n° 618.

Becq était donc mandataire; le mot est écrit dans l'arrêt du 19 mars 1845; et, quelles que soient les observations critiques dont cet arrêt peut être l'objet dans quelques-unes de ses parties, il n'en juge pas moins (et c'est en cela que nous l'approuvons) que tout mandat de la nature de celui dont Becq était investi peut résulter des faits. Gardons-nous de croire surtout que, dans cet agissement pour autrui, Becq était plutôt un *negotiorum gestor* qu'un vrai mandataire. Les savants auteurs du Code civil n'auraient pas compris le premier mot de la gestion d'affaires s'ils eussent rédigé dans ce sens leur art. 1372!! Et quant à l'arrêt du 19 mars 1845, bien que, par une condescendance trop grande pour un préjugé répandu dans quelques livres modernes, il flotte avec une sorte d'indécision entre la gestion d'affaires et le mandat, c'est le mot de *mandataire* qui est le bon; c'est lui qui doit prévaloir; c'est lui qui explique rationnellement une solution incompréhensible sans son secours.

Quoi qu'il en soit, tous les doutes disparaissent quand on lit un arrêt de la chambre des requêtes, du 24 mars 1830, dans lequel le *mandat tacite* se trouve expressément dénommé et approuvé (1), et un autre arrêt du 23 mars 1831 (2) qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour royale de Paris qui avait déclaré, par voie d'induction, l'existence d'un mandat tacite, attesté soit par la *silence*

(1) D., 31, 1, 29.

(2) D., 31, 1, 169.

et l'inaction des prétendus mandants, soit par d'autres faits reconnus constants, indépendamment de toute représentation d'un mandat écrit. J'insiste encore sur un arrêt de la même chambre, du 10 juin 1841, au rapport de M. Jaubert, qui déclare que le mandat peut s'induire de certaines circonstances (1); sur un autre arrêt, au rapport du même magistrat, du 20 juin 1842, qui assimile au mandat tacite, l'acte par lequel on approuve *expressément* ou *tacitement* ce qui a été fait en son nom (2).

A l'appui de cette jurisprudence, je cite un arrêt de la Cour de Toulouse, du 30 mai 1829, qui mérite d'être consulté. Il s'agissait aussi d'un notaire et d'un cas de responsabilité pour prêt. Le prêteur voulait établir que le notaire n'était pas seulement le rédacteur de la volonté des parties, mais qu'il avait reçu un mandat pour faire le prêt, mandat qui faisait retomber sur lui les conséquences funestes d'un défaut de solidité dans le placement. Aucun mandat écrit n'était représenté, et la somme était trop considérable pour que la preuve d'un mandat verbal fût admissible. Mais le prêteur articulait des faits desquels résultait pour lui la preuve évidente d'un mandat tacite. Si la Cour royale eût pensé que le mandat tacite était rayé de nos lois, elle aurait repoussé de pareilles prétentions; mais son arrêt les accueille, et l'on va voir comment elle met à la place du mandat

(1) D., 41, 1, 281.

(2) V. les arrêts rapportés par Dev., 45, 1, 262 (note.)

écrit ou verbal le mandat tacite, qui n'a pas moins de vertu.

« Attendu que des faits divers constants dans la cause, et notamment des qualités respectives des parties, de la circonstance que la dame Chrestien était étrangère à la ville de Toulouse, de l'avis inséré dans un journal, des détails convenus par Ollier (le notaire), de ses entrevues avec la dame Chrestien, de l'absence de tous rapports entre celle-ci et le sieur Suau (l'emprunteur), du choix fait du domicile d'Ollier pour les paiements à faire à la dame Chrestien, du soin pris par Ollier de faire procéder aux inscriptions, de l'élection de domicile faite chez lui, il résulte que la dame Chrestien avait donné et que le sieur Ollier avait accepté le mandat de placer par bonne hypothèque une somme de 20,000 francs (1). »

Ces décisions sont suffisantes pour faire connaître l'esprit de la jurisprudence; elles démontrent que le mandat tacite est loin de lui répugner, et qu'elle n'hésite pas à en admettre l'existence tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.

134. On ne doit pas considérer comme infirmant leur autorité quelques arrêts qui, dans certains cas où des domestiques avaient acheté pour leurs maîtres, n'ont pas voulu que ceux-ci fussent responsables.

Je vois, par exemple, un arrêt de la Cour de cas-

(1) Dal., 30, 2, 181.

Suprà, n° 22.

sation, du 22 janvier 1813 (1), dans l'espèce duquel la nommée Catherine Spagner, cuisinière chez de Cressac, avait l'habitude d'acheter les provisions auprès des fournisseurs; mais, au lieu d'employer l'argent que son maître lui donnait à payer les marchands, elle l'appliquait à son profit et achetait à crédit. Les vendeurs, victimes de cette tromperie, avaient-ils action contre de Cressac qui avait profité des fournitures? Non, dit l'arrêt; car le mandat donné par de Cressac à sa domestique était un mandat d'acheter au comptant, et non pas un mandat d'acheter à crédit.

Ainsi, la Cour de cassation ne nie pas l'existence du mandat. Ce mandat était avoué et admis; elle ne fait qu'en apprécier l'étendue et en rechercher les conditions à l'égard des tiers.

C'est également dans cet ordre d'idées qu'a été rendu un arrêt de la Cour royale de Paris du 13 septembre 1828. Loin que cet arrêt conteste l'existence du mandat tacite, il reconnaît au contraire que les domestiques sont constitués mandataires tacites de leurs maîtres, pour acheter les objets nécessaires à l'entretien de leurs maisons. Seulement, la Cour décide que ce mandat n'a de valeur que pour acheter au comptant, et non pas pour acheter à crédit (2). Même solution dans un arrêt de la même Cour du

(1) Devill., 4, 1, 264 (ch. criminelle). C'est à tort que l'on a quelquefois donné à cet arrêt la date de 1812.

(2) Devill., 9, 2, 148.

28 avril 1838 (1). Telle est aussi l'opinion des auteurs (2).

135. Nous répétons donc avec la jurisprudence, avec les textes (art. 1922 et 1578), avec le droit commun, avec le bon sens, que le mandat tacite a, dans notre droit moderne, une existence tout aussi légale que dans le droit ancien. S'il est vrai que le mandat tacite soit dans la nature des choses, ainsi que le reconnaissent MM. Delamarre et Lepoitevin, il ne faut pas croire que le Code civ., qui est la raison écrite, ait voulu se mettre en opposition avec la nature des choses. Il y a une foule de cas où le mandat tacite est admis sans contestation, même dans des cas autres que ceux qui tombent sous la prévision des art. 1578 et 1992. Un clerc est le mandataire tacite de l'avoué, du notaire dans l'étude duquel il travaille. Il est instituteur patent : il est mandataire de fait ; *negotio gerendo instat* (3). Il en est de même de l'agent d'une compagnie d'assurance mutuelle, qui est préposé à un arrondissement, et est dépositaire des plaques qui doivent être délivrées aux assurés (4). L'usufruitier a le mandat tacite, c'est M. Prou-

(1) Devill., 38. 2, 218. — Dal., 38, 2, 423.

(2) Merlin, Répert., *Fol.*, sect. 2, § 3. Legraverend, t. 2, p. 136. Faustin Hélie et Chauveau (*Théorie du C. p.*, t. 7, p. 33). M. Mitre (*Des domestiques en France*, p. 88).

(3) L. 3, D., *De inst. act.* M. Rolland de Villarg., *Répert. du notariat*, v° *Clerc*, n°s 13 et 14. Arrêt de la Cour de cassat. du 2 décembre 1824 (Dev., 7, 1, 576; D., 25, 1, 20).

(4) *Infrà*, n° 145.

dhon lui-même qui l'enseigne (1), de conserver la chose pour le propriétaire du fonds. Remettre à un huissier la grosse d'un arrêt, remettre à un avoué un exploit dans lequel on est assigné devant un tribunal (2), remettre à quelqu'un une procuration en blanc (3), tous ces faits constituent autant de mandats tacites qui autorisent l'huissier à faire les poursuites, l'avoué à défendre en justice, le porteur du blanc-seing à choisir tel procureur qu'il voudra (4). Et il n'y a pas de texte qui puisse prévaloir contre l'évidence et la force de tels mandats. Mandat tacite, ratification tacite, révocation tacite (5), tout combine dans cette matière, tout converge vers le même principe.

136. Cette discussion n'est pas aussi inutile qu'on pourrait le croire, si l'on s'attachait à une observation de M. Toullier, qui croit qu'il est assez indifférent que l'exécution des engagements, résultant de la gestion des affaires d'autrui, soit poursuivie par l'action *negotiorum gestorum*, ou par l'action de mandat. Il ne faut pas confondre, en effet, ces deux actions ; car, leurs résultats diffèrent

(1) Usufruit, t. 1, n° 38.

Dumoulin sur Paris, t. 1, § 1. Glose, 1, n° 15.

(2) Boiceau, p. 268, et Danty, p. 274, 275, n°s 2, 7.

(3) Boerius, *decis.* 271.

Autonne, sur la loi 2, D., *De procurat.*

Despeisses, t. 1, p. 469, n° 9.

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

(5) *Infrà*, n° 777.

en des points importants (1). Par exemple, les impenses faites par le *negotiorum gestor*, et celles qu'a avancées le mandataire, ne sont pas accordées avec une égale facilité. On exige que le premier en justifie la nécessité ou l'utilité (art. 1375), tandis que le mandataire n'a à prouver ni l'utilité, ni l'économie des siennes (art. 1999), etc.

137. Si le mandat tacite est reçu en matière civile, combien à plus forte raison est-il dans les usages du droit commercial, lequel est plus dégagé des formes extérieures, et donne plus de confiance que la loi civile aux présomptions humaines, aux témoignages oraux, et autres moyens semblables de prouver les engagements (2). Aussi rien n'est-il plus constant que ce point de droit (3).

Il est, en conséquence, reconnu par tous les auteurs que le mandat commercial peut s'induire du silence (4), et la jurisprudence des arrêts ratifie cette doctrine.

Un arrêt de la chambre des requêtes, du 25 janvier 1821, l'a décidé ponctuellement dans une es-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 70. *Suprà*, n° 87.

(2) *Id.*, n°s 72, 75, 77.

M. Merlin, Q. de droit, v° *Compte courant*.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, *loc. cit.*

Pardessus, t. 1, n° 65 ; t. 2, n° 561.

Toullier, t. 12, n° 253.

(4) Arg. de l'art. 1598. MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n°s 75, 76, 77. M. Merlin, Q. de droit, v° *Compte courant*, § 1.

pèce où une femme, sans mandat écrit de son mari, avait géré pendant de longues années le commerce de ce dernier à son vu et su ; le mari fut déclaré débiteur des lettres de change souscrites par sa femme pour le fait de ce commerce (1).

Cette jurisprudence trouve sa confirmation dans un arrêt de la chambre des requêtes du 1^{er} mars 1826, dans lequel on lit ce considérant : « Que, dans l'espèce, il s'agit d'un commerce de détail qui se faisait au domicile conjugal ; que, *loin de réclamer* contre ce commerce et de l'empêcher, le sieur Lejudec l'a constamment toléré ; que cette tolérance, à cet égard, équivaut à une autorisation expresse ; qu'en effet, la bonne foi qui doit régner dans le commerce ne permet pas de supposer que le mari commerçant n'approuve pas et ne fasse pas faire pour son compte le commerce qui se fait à *ses vu et su...* ; que, dans ce cas, les principes comme l'équité veulent que la femme soit considérée comme la mandataire, l'institutrice du mari (2). »

Un arrêt de Bourges, du 24 brumaire an ix, est rendu dans le même sens ; il porte qu'en droit, la femme d'un marchand qui, *au vu et su* de son mari, vend, achète, signe des billets, oblige ce dernier envers les tiers (3).

Même solution dans un arrêt de la Cour royale d'Angers, du 27 février 1819 : il s'agit d'une fem-

(1) Devill., 6, 1, 372.

(2) Devill., 8, 1, 288, 289.

(3) Devill., 1, 2, 9.

me qui, *au vu et su* de son mari, commerçant, signait tous les billets nécessaires pour son négoce (1).

Il serait superflu de multiplier les exemples (2).

138. Au surplus, les tribunaux sont autorisés à consulter les faits, et à voir si celui que l'on prétend avoir agi en vertu d'un mandat tacite s'est trouvé dans des circonstances de nature à faire supposer nécessairement l'existence de ce mandat.

Ainsi la Cour de Bruxelles a décidé, par arrêt du 12 ventôse an XII, que, dans une hypothèse donnée, une femme n'était pas censée avoir reçu mandat tacite de son mari pour affréter un bateau (3).

La même Cour a aussi décidé, par arrêt du 27 février 1809, qu'une femme, employée par son mari dans un commerce de chaux et de plâtre, n'était pas censée avoir été autorisée à créer des lettres de change qui ne concernaient pas ce commerce (4).

139. Ce consentement tiré du silence peut avoir lieu non-seulement entre présents, mais encore entre absents (5). Par exemple, lorsqu'un négociant du Havre, avec lequel vous êtes en rap-

(1) Devill., 6, 2, 32.

(2) Arg. d'un arrêt de la Cour de cassat. du 27 avril 1841. Devill., 41, 1, 385. Paris, 5 mars 1835 (Devill., 35, 2, 437).

(3) Devill., 1, 2, 180.

(4) Devill., 3, 2, 36.

(5) *Suprà*, n° 101.

port d'affaires, vous fait dire, ou vous écrit, qu'il se dispose à faire assurer votre bâtiment et vos marchandises, et que vous ne lui répondez rien qui l'empêche de réaliser cette offre (1), il y a dans ce concours de circonstances un mandat tacite.

140. A plus forte raison, le mandat tacite serait-il évident si, au lieu d'un simple silence, il y a de la part du mandant un fait qui dévoile sa volonté. Par exemple, vous êtes averti que je dois acheter pour vous, à la foire aux chevaux de Bernay, 10 chevaux qui vous sont nécessaires pour votre entreprise de transports, et vous envoyez chez moi, après la foire, pour prendre livraison. Par quels actes authentiques un mandat pourrait-il être mieux prouvé que par ces faits combinés (2)?

Écoutons au surplus le récit d'une espèce rapportée par Casaregis (3).

Medina voulait s'exonérer du paiement du prix de six charges de cuirs, ledit prix à lui réclamé par J. Pieri.

Il disait que la vente de ces cuirs n'était pas prouvée; et surtout qu'il ne constait pas de la tradition faite à lui ou à son représentant.

Une des questions capitales du procès était de savoir si un certain Segni, à qui la marchandise avait été livrée, était le mandataire de Medina (4).

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, n°s 76 et 102. M. Merlin, Q. de droit, v° *Compte courant*, § 1.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 78.

(3) *Disc.* 140.

(4) N° 10.

Voici sur quels faits on s'appuyait pour établir l'existence d'un mandat tacite de nature à suppléer à un mandat écrit.

1° Segni, ami et familier de Medina, était employé par lui dans ses affaires (1).

2° Segni s'était présenté, immédiatement après la vente conclue avec Medina, pour recevoir les cuirs. S'il n'avait pas eu de mandat, comment aurait-il pu deviner l'heure, le moment où la vente venait d'être arrêtée (2).

3° Il faudrait donc supposer que Segni, négociant honnête et connu pour tel, se serait rendu coupable du vol le plus audacieux (3).

4° Medina n'a jamais demandé à Pieri de livraison; il ne s'est jamais plaint de n'avoir pas reçu la chose (4).

5° Comment serait-il possible que Pieri, homme prudent, qui n'avait pas voulu faire crédit à Medina sans caution, eût confié une si grande quantité de cuirs à quelqu'un qu'il n'aurait pas su être le mandataire de Medina, à quelqu'un qui, à cette époque, ne passait pas pour solvable et avait beaucoup de dettes?

6° Après la tradition faite à Segni, le courtier avait envoyé à Medina la note du poids et du prix, et Medina l'avait approuvée.

7° Comme la vente avait été faite par courtier,

(1) N° 11.

(2) N° 12.

(3) N° 14.

(4) N° 16.

l'entremetteur de l'opération, le nommé Cittadelli, avait envoyé son commis chez Medina, en lui recommandant de prendre livraison le plus tôt possible. — Medina avait répondu qu'il n'y manquerait pas. Et c'est quelques instants après que Segni s'était présenté!

Cittadelli ayant rencontré Medina, ce dernier lui dit qu'il avait reçu les cuirs (1).

8° Les livres de Pieri portaient: *Livré à Medina*. N'est-ce pas une grave présomption de l'existence du mandat (2)?

9° Sur les livres de la douane de Livourne, Medina fut inscrit comme ayant reçu tant de cuirs de tel poids, ce qui n'aurait pas eu lieu si Segni n'avait pas reçu pour lui (3).

10° Medina avait payé le droit de douane (4).

Dans ces circonstances, le jugement ne pouvait qu'être défavorable à Medina; il fut jugé qu'il avait reçu livraison par Segni, son mandataire.

141. Il y a même des cas où le mandat s'induit tacitement et virtuellement de certains actes de gestion antérieurs, qui, par leur fréquence, leur périodicité, etc., etc., font supposer que le pouvoir s'étend à des actes ultérieurs de même nature.

Par exemple, nous sommes, vous et moi, propriétaires d'un navire, que nous exploitons en com-

(1) N° 19.

(2) N° 20. Deluca, *Decambio*, disc. 13, n° 4.

(3) N° 21.

(4) N° 22.

mun. Avant chaque départ, vous avez eu l'habitude de le faire assurer. Mais il arrive qu'au dernier départ vous avez négligé ce soin, et que le navire s'est perdu. Aurai-je action contre vous pour cette négligence? Oui, suivant un arrêt de la Cour de Rennes du 9 juillet 1834 (1^{re} ch.) (1). Vous aviez un mandat tacite pour pourvoir à la sûreté de la chose commune : la preuve de ce mandat résulte des faits antérieurs, de la gestion dont vous avez été chargé jusqu'au dernier voyage, du soin que vous avez mis à la bien diriger, de mon approbation pour tout ce que vous avez fait. Rien n'ayant annoncé de ma part un changement de volonté, il est clair que vous avez dû penser que je me reposais sur vous du soin de continuer à pourvoir à l'intérêt commun; que vous avez manqué à ce mandat tacite, et que vous êtes tenu, par l'action *mandati*, de m'indemniser jusqu'à concurrence de mon intérêt dans le navire.

142. Maintenant, il faut nous poser une question. La preuve testimoniale du mandat tacite sera-t-elle admissible? En matière commerciale, l'affirmative est si certaine qu'elle a à peine besoin d'être mentionnée.

En est-il de même dans les matières civiles?

Dans le sens de la preuve orale, on peut dire, avec Boiceau, que ce qui est tacite ne se rédige pas par écrit, et ne peut se prouver que par témoins. « *Probatio taciti mandati, non nisi testibus.* »

(1) Rapporté par MM. Delamarre et Lepoitevin, n° 80.

fieri potest; cum in tacitis intervenire non soleat scriptura, sed magis legis præsumptione et indicis perspicuis concludi soleat, ex vulgatâ pactorum tacitorum doctrinâ (1).

Mais la négative est seule exacte (art. 1985). Le mandat tacite ne saurait être plus privilégié que le mandat verbal; il faut donc que les faits et les circonstances dont on prétend induire le mandat tacite résultent, entre parties, d'une source autre que la preuve testimoniale, et qu'ils soient constatés, soit par des aveux, soit par des actes écrits. Ainsi, l'on ne serait pas reçu à établir par la preuve testimoniale que l'on a donné à une personne les pièces d'une affaire, afin d'arriver par-là à la preuve d'un mandat (2).

Dans les espèces que nous avons citées ci-dessus, et dans lesquelles il s'agissait de notaires que leurs clercs voulaient rendre responsables par l'action *mandati*, on n'aurait pas été recevable à faire une enquête pour démontrer aux juges l'existence des faits dont on faisait virtuellement ressortir un mandat tacite (3). Ces faits étaient prouvés *a priori* et non contestés en eux-mêmes; ils résultaient d'actes écrits, d'interrogatoires, de circonstances non déniées.

143. Il est vrai que, ces faits étant donnés, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour en apprécier la portée, et qu'alors ils peuvent avoir

(1) P. 269, *in fine*.

(2) Danty sur Boiceau, p. 279, n° 16.

(3) Caen, 6 juillet 1835 (D., 40, 2, 103).

égard à des présomptions humaines, à de simples indices. Mais autre chose est la preuve des faits en eux-mêmes, et la preuve de l'intention qui a déterminé ces faits. Est-ce que, lorsqu'un contrat écrit est représenté, les magistrats n'ont pas la faculté d'interpréter suivant leur conscience les clauses qu'il renferme et la volonté qui y a présidé? A-t-on jamais pu dire que cette recherche est une violation de la loi qui repousse, soit la preuve testimoniale, soit les présomptions de l'homme pour l'établissement des conventions? Eh bien! il en est de même dans notre cas. Si les faits doivent arriver à la connaissance du juge par des moyens autres que la preuve testimoniale et les présomptions humaines, le juge, une fois instruit légalement de ces faits, peut et doit les interpréter par tous les moyens quelconques qui éclairent sa conscience et sa raison (1); sans quoi il faudrait dire que les art. 1922 et 1998 du C. c. seraient incompatibles avec l'art. 1353.

Ajoutons encore un mot.

144. J'ai souvent entendu qualifier de présomption humaine, vague et hasardée, celle que l'on tire de l'exécution de certains faits, au vu et su de la personne intéressée, et sans opposition de sa part. J'ai vu des esprits, timorés jusqu'au scrupule, s'imaginer qu'en donnant créance à cette présomption, ils se mettent en opposition avec l'art. 1353. Pour moi, je suis si loin de partager leur opinion, que

(1) *Facti quæstio est in arbitrio judicantis* (l. 15, D., *Ad municip.*).

je place cette présomption au nombre des preuves les plus certaines, et l'art. 1578 est, à cet égard, une autorité qui dispense de beaucoup d'autres.

Je donne une égale certitude à la circonstance que le mandant a profité des actes du mandataire et les a approuvés tacitement ou expressément. Que vient-on parler dans ce cas de présomptions humaines? Est-ce qu'il n'y a pas une preuve irréfutable qui établit nécessairement la préexistence du mandat (1)?

145. Nous venons de nous occuper des parties contractantes. Quant aux tiers, personnes étrangères au mandat intervenu entre le mandant et le mandataire, doit-il leur être permis d'établir par la preuve testimoniale que la personne avec laquelle ils ont traité, et qui s'est présentée à eux *procuratorio nomine*, était véritablement mandataire de celui qu'ils actionnent et qui nie le mandat?

Nous avons dit, dans notre commentaire de la Société (2), que les tiers, qui ont accepté ou dû accepter la société sur la foi de sa parole, sont toujours reçus à établir, par la preuve testimoniale, l'existence de cette société. En est-il de même dans le cas du mandat? — Cette question n'est pas sans importance. Nous ne pouvons la résoudre qu'à l'aide de quelques distinctions.

D'abord, si le mandataire n'a pas agi avec les tiers *procuratorio nomine*, s'il ne s'est présenté qu'en

(1) Cass., 23 mars 1831 (D., 31, 1, 149).

(2) T. 1, n° 211.

son nom, la preuve testimoniale du mandat serait irrecevable et inutile ; car, quand bien même elle établirait qu'un mandat a été donné réellement, il ne s'ensuivrait pas que les tiers eussent action contre le mandant qui ne s'est pas fait connaître et a voulu garder l'*incognito* (1).

Mais si le mandataire a agi au nom du mandant, *quid juris* ? Je crois que le tiers pourra prouver l'existence du mandat par la preuve testimoniale. Par exemple, les tiers pourront justifier par tous les moyens de preuve, même par la preuve orale, qu'un tel était clerc dans telle étude d'avoué et de notaire, qu'il recevait habituellement le dépôt des titres et les frais d'enregistrement, et qu'il jouissait de la confiance du patron, etc. Les tiers pourront aussi prouver de la même manière qu'un tel était préposé de telle compagnie d'assurances mutuelles dans telle localité, qu'il donnait des quittances, avait le dépôt des plaques, en délivrait aux assurés, etc. (2).

Dira-t-on que les tiers ont pu se procurer la preuve écrite du mandat, en exigeant que celui qui se présentait à eux comme mandataire justifiât de sa procuration ? Mais puisque le mandat peut être verbal, et qu'il est constant que, dans la pratique de la vie civile, les mandats oraux sont extrême-

(1) Arg. de ce que je dis, *Société*, t. 2, n° 779.

(2) Arg. d'un arrêt du 2 mars 1825, rendu par la Cour royale de Colmar, et confirmé en cassation par arrêt de la ch. des req. du 15 février 1826 (D., 26, 1, 138, 139). Mais cet arrêt est rendu en matière commerciale.

ment fréquents, est-ce que ce ne serait pas nuire au mouvement des affaires que de mettre les tiers dans la nécessité d'exiger la représentation d'un mandat écrit ? Faudra-t-il qu'un tiers se refuse à traiter avec le mandataire qui vient à lui avec un simple mandat verbal ? Que deviendraient une foule de rapports civils qui exigent rapidité et confiance ? Dans la matière des sociétés, nous avons vu qu'il est de principe que les tiers peuvent établir, par la preuve testimoniale, l'existence de la société avec laquelle ils ont contracté par le ministère d'un associé, se disant tel (1). Pourquoi en serait-il autrement dans le cas de mandat, lorsque les tiers de bonne foi ont accepté dans celui avec lequel ils ont traité la qualité de mandataire qu'il s'est attribuée ?

Au surplus, on ne voit pas trop ce qu'on gagnerait à tant de rigueur contre la preuve testimoniale ; car les tiers pourraient toujours faire la preuve orale d'une simple gestion d'affaires, approuvée par le maître et ayant tourné à son profit. Et, dans ce cas, quelle serait la différence pour les tiers entre la preuve de cette gestion et la preuve du mandat ?

Dans une espèce agitée devant le tribunal de la Seine, il s'agissait de savoir si la ville de Paris, dont l'entrepôt avait fait des remises d'esprits à un sieur Massot jeune, en qui elle avait vu le représentant légal de la maison Oppermann, ayant

(1) Mon com. de la *Société*, t. 1, n° 210, 239, et t. 2, n° 807, 808.

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. Admettrons-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. *Infra*, 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'Ulpien (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) *Infra*, n° 344.

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'Ulpien (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) *Infra*, n° 344.

160. Cas où les Romains voyaient un contrat innomé, et que nous rapportons à la classe du mandat.
161. Autre cas où l'on voit l'exagération des Romains sur la gratuité du mandat.
162. Suite.
163. Conclusion. Le mandat n'est gratuit en France que par sa nature, et non par son essence.
164. Pour quelle raison, alors même qu'il n'est pas gratuit, ne devient-il pas un contrat de louage d'ouvrages? La réponse à cette question est dans la différence de l'honoraire, qui est propre au mandat, et du prix, qui est propre au louage.
D'autres auteurs ont soutenu que la différence des deux contrats git tout entière dans le rôle représentatif, ou non, de la personne rétribuée.
Réfutation de cette solution.
165. En effet, la différence est si peu dans le rôle, que le même fait qui tombe en louage s'il est salarié, tombe en mandat s'il est gratuit.
166. Suite.
167. Suite.
168. Règle donnée par le jurisc. Paul. Tout ce qui est louage devient mandat quand il n'y a pas de prix. Et réciproquement, tout ce qui est mandat devient louage si l'on stipule un prix. Ces deux règles sont fondamentales.
169. Elles ont servi de guide à tous les interprètes.
170. Et il faut rejeter avec eux l'idée que le mandat ne diffère du louage qu'en ce que le mandataire représente le mandant à l'égard des tiers, tandis que celui qui loue son travail n'a pas de fonctions représentatives. Celui qui loue son travail peut avoir un rôle représentatif; le mandataire peut n'en avoir pas.
La différence des deux contrats n'est donc pas là.
171. Elle est dans le prix et, par suite, dans la qualité des faits, les uns susceptibles de prix, les autres qui ne comportent qu'un honoraire.

172. Le prix est de l'essence du louage, et ce prix est l'équivalent de l'ouvrage payé.
Au contraire, l'honoraire est propre au mandat, et il se distingue du prix en ce qu'il n'est pas et ne peut être l'équivalent du fait récompensé.
173. Suite.
174. Les Romains avaient très bien aperçu cette différence entre l'honoraire et le prix.
175. Elle est profonde dans le droit français. Le Code a entendu la maintenir.
176. Il suit de là qu'il y a des faits qui n'entrent pas en louage d'ouvrage.
177. Quels sont ces faits.
Bartole n'a pas donné une bonne règle pour les discerner.
178. Et Jason en a donné une qui manque également d'exactitude et de précision.
179. La seule vraie est de distinguer les faits de nature à être payés, et les faits de nature à être récompensés.
Examen de quelques textes.
180. Suite.
181. Conclusion. Le véritable obstacle à ce qu'un fait tombe en louage est dans la dignité, l'honneur de ce fait.
182. Application de ces idées aux professions diverses, les unes libérales, les autres mercantiles.
Réflexions générales sur la hiérarchie des professions.
183. Il y a entre elles inégalité de mérite et d'honneur.
184. Coup d'œil jeté sur les professions inférieures.
185. Coup d'œil jeté sur le degré immédiatement supérieur, où l'on ne fait le bien d'autrui que parce que c'est le seul moyen de faire le sien propre.
186. Autres professions qui, en faisant le bien de celui qui les exerce, ont aussi en vue le bien de ceux à qui elles s'adressent.

Ces professions donnent lieu au contrat de mandat, les autres au contrat de louage.

187. Accord de la philosophie et du droit dans cette matière. Les jurisc. romains ont marché sur les mêmes idées que Sénèque.

188. Exemples de ces distinctions entre les diverses professions.

Le pilote ne fait qu'un contrat de louage avec ses passagers. Sénèque en donne la raison, et Ulpien est de son avis.

189. *Quid* de l'architecte et du constructeur? Même concordance à cet égard entre Sénèque et Paul.

190. Mais le médecin, le précepteur, qui se transforment en amis, ne sont pas des locateurs d'ouvrages. C'est ce qui résulte de la doctrine de Sénèque ratifiée par les jurisc. romains.

191. Voilà donc le principe de la différence entre le louage et le mandat rétribué.

192. Saumaise a nié cependant cet accord de la jurisprudence romaine avec la morale des bienfaits développée par Sénèque.

Erreur de ce savant.

193. Résumé de son argumentation.

194. Suite.

195. Suite.

196. Suite.

197. Suite.

198. Suite.

199. Par cette argumentation, Saumaise a prétendu réfuter Grotius et ses interprétations des lois romaines.

Réponse d'Heralduis à Saumaise.

Texte qui prouve que la théorie du droit romain sur l'honoraire et le prix est, quoi qu'en dise Saumaise, empruntée à la morale des bienfaits. Toutes les fois qu'une profession est inspirée par des vues bienfaisantes, ses actes ne tombent pas en louage.

200. C'est là le résumé du droit romain sur cette matière; c'est aussi le résumé de la philosophie de Sénèque.

201. Suite et preuve.

202. Saumaise n'a pas bien compris le titre du Digeste, *De extraordinariis cognitionibus*.

203. Il n'a pas bien compris Sénèque. Preuve.

204. Suite.

205. De ce qu'il y a des hommes mercenaires dans les professions libérales, la profession n'en est pas moins libérale. C'est le caractère général de la profession qu'il faut considérer, et non les écarts de certains hommes.

206. Réponse à une objection de Saumaise.

207. Saumaise n'aurait pas dû confondre le prix et l'honoraire, ainsi qu'il le fait.

208. Saumaise a méconnu la portée du titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*.

Vrai caractère de ce titre.

209. Sous l'apparence d'un point de compétence, on y trouve un point de philosophie, de morale et de haute jurisprudence.

210. Suite et résumé.

211. Le professeur contracte-t-il un louage ou un mandat?

212. Réfutation de l'opinion favorable au louage.

213. Suite.

214. Suite. Explication d'une assertion de Cujas.

215. De l'avocat.

216. Du procureur *ad lites*.

217. Des notaires.

218. Des huissiers.

219. Des médecins.

220. Du prêtre.

221. De l'*agrimensor*; de l'arpenteur.

222. Du peintre et du compositeur de musique.

223. Conclusion. Critique des législations étrangères qui ont adopté d'autres principes et ont fait dégénérer en louage les conventions passées avec ceux qui exercent les arts et les professions libérales.

224. Réponse à une objection.
225. Suite. Différence entre la vente d'un livre, d'un tableau, et l'engagement que l'homme contracte pour accomplir certains faits.
226. Ces distinctions ne sont pas de pure théorie; elles ont une utilité pratique. Exemples.
227. Suite.
228. Application de cette théorie aux matières commerciales, et difficulté de la concilier avec la fin du commerce, qui est le lucre.
Cependant elle y trouve son application,
229. bien que, de droit, le mandat soit salarié dans le commerce;
230. Ce qui est le contre-pied du droit civil, où le mandat est censé gratuit. Du reste, le commerce a plus d'avantage à ce que le mandat soit salarié qu'à ce qu'il soit gratuit.
231. Néanmoins, il y a aussi dans le commerce des mandats gratuits.
232. Examen de quelques cas de mandat, afin de voir s'ils deviennent louage ou restent à l'état de mandat.
233. De la *préposition*. Elle est louage quand elle n'est pas gratuite.
Textes à l'appui de cette vérité.
234. Suite. Mais quand la *préposition* est gratuite, elle est un vrai mandat.
235. Suite.
236. Application de ceci aux facteurs, préposés, commis aux écritures, etc.
237. Au capitaine de navire, bien qu'à l'égard des tiers le capitaine représente le propriétaire.
Et à d'autres agents, qui, quoique ayant un rôle représentatif, n'en sont pas moins des locataires d'ouvrages.
238. Suite.
239. Des *commissionnaires*.
Le commissionnaire agit quelquefois gratuitement. Alors la commission est un mandat évident.

240. La commission est aussi un mandat alors qu'il y a salaire ou provision.
241. Preuves de ce point de droit.
242. Sentiment de Marquardus. Vrai caractère de la provision.
243. Sentiment de Scaccia.
244. La provision n'est qu'une prime légère; elle ne peut dépasser certaines bornes. Elle n'est donc pas un prix.
245. Du *courtier*.
246. De l'*agent d'affaires*.
247. Son salaire est toujours sujet à règlement par les tribunaux. C'est pourquoi ce n'est pas un vrai prix.
248. Conclusion sur la conciliation du salaire avec la gratuité du mandat.
249. Des conventions qui règlent le salaire.
De l'usage.
250. En quoi consiste le salaire.
251. En général, le salaire ne dépend pas du succès.
252. Néanmoins, la convention peut faire du succès une condition du salaire.
253. L'action pour le salaire est chez nous une suite du mandat, une branche de l'action *mandati*. En cela, il y a une différence entre notre droit et le droit romain.

COMMENTAIRE.

153. La nature du mandat est d'être gratuit.
« C'est un office de l'amitié, disait M. Berlier dans son exposé des motifs (1). Ainsi le définit le droit romain, et notre projet lui conserve ce noble caractère. »

(1) Fenet, t. 14, p. 584.

En effet, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (1), ce contrat se présente aux yeux de la jurisprudence comme prenant son origine dans des rapports d'amitié. « *Mandatum nisi gratuitum nullum est. Nam originem ex officio atque amicitia trahit.* » Ce sont les paroles de Paul (2); et j'aime à leur donner pour commentaire celles de M. Tarrible dans son rapport au Tribunat: « Le projet proclame que le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. Il impose ainsi à ce contrat le beau caractère du désintéressement et de la générosité. La loi civile, toujours respectable, semble devenir plus touchante lorsqu'on la voit féconder dans le cœur des citoyens les sentiments officieux qui les portent à se rendre mutuellement des services gratuits, et les ennobler en traçant les règles qui doivent les diriger (3). »

154. J'ai dit que le mandat est gratuit par sa nature; mais je ne dis pas qu'il le soit par son essence, comme le dépôt et le commodat. La convention des parties peut assurer au mandataire une récompense, et rien n'est plus légitime. « Certaines affaires n'exigent-elles pas des soins si prolongés et si assidus (disait M. Bertrand de Greuille (4)),

(1) Nos 1 et 2, où je cite les paroles importantes de Cicéron et d'Ulpien.

(2) L. 1, § 4, D., *Mandati*.

(3) Fenet, t. 14, p. 592.

(4) Disc. devant le Corps législatif.

Fenet, t. 14, p. 606.

Junge M. Tarrible, p. 592.

» et un développement de moyens tels que l'ami
 » le plus désintéressé ne puisse s'en charger sans
 » rétribution? Et lorsque l'affection est encore la
 » cause première et déterminante du bon office
 » qu'il consent à rendre, voudrait-on humilier sa
 » personne, dégrader ses services, en les rangeant
 » dans la classe de ceux qu'on reçoit des merce-
 » naires ou d'autres salariés? Non sans doute! Le
 » dévouement, le zèle de l'amitié, sont quelque
 » chose d'inappréciable, et c'est le cœur et non
 » l'argent qui peut acquitter la dette de la recon-
 » naissance. » Ce langage est excellent; tout cela
 est aussi bien dit que bien pensé.

155. A Rome cependant, des idées plus absolues poussèrent plus loin les conséquences de la gratuité du mandat. Non-seulement le mandat était gratuit par sa nature, il l'était encore par son essence. Toute stipulation d'une récompense le faisait dégénérer en un autre contrat (1). On considérait le mandat comme incompatible avec l'idée de bénéfice et de spéculation intéressée.

156. Et néanmoins, nous voyons dans les livres du droit romain que l'on permettait, à la suite du mandat, des récompenses de nature à témoigner au mandataire la reconnaissance du mandant. On admettait l'honoraire *ex post facto*; on le laissait venir après coup comme gage de gratitude ou à titre d'indemnité. C'est ce qu'Ulpien nous apprend en ces termes: *Si, remunerandi gratia, honor intervenit,*

(1) Paul, l. 1, § 4, D., *Mandati*.

erit mandati actio (1); et Papinien (2), ainsi que les rescrits impériaux, sont d'accord sur ce point avec lui (3). Mais les interprètes du droit romain (4) ont grand soin de faire remarquer, et nous ferons remarquer avec eux, que, pour que le mandat conserve son vrai caractère et qu'il ne dégénère pas en un autre agissement, il faut que cet honoraire ne soit promis et donné qu'après coup. Car si le mandat n'est pas gratuit *ab initio*, si le mandataire n'entreprend pas la gestion confiée à ses soins dans une vue tout-à-fait gracieuse et désintéressée, le contrat ne peut plus mériter le nom de mandat. L'agissement sera un louage d'ouvrages si le fait est de nature à être loué (5); s'il n'est pas de nature à tomber en louage, ce sera un contrat sans nom qui donnera ouverture à l'action *præscriptis verbis* ou *in factum* (6).

Ainsi, par exemple, l'agrimenseur salarié (7), le proxénète qui reçoit un honoraire (8), ne sont pas des mandataires, parce qu'ils sont récompensés *ab initio*, ce qui répugne au mandat romain.

(1) L. 6, D., *Mandati*. Junge l. 40, § 7, D., *Mandati*.

(2) L. 7, D., *Mandati*, et l. 56, § 3, D., *Mandati*.

(3) L. 1, C., *Mandati*: «*De salario autem quod promisit, apud præsidem provinciæ cognitio præbebitur* (Sever. et Anton.).

(4) Doneau, lib. XIII, com. 10, 8. Noodt, *Mandati*. Favre, *Rationalia*, sur les lois 6 et 7, D., *Mandati*.

(5) Doneau, *loc. cit.* Noodt, *loc. cit.*

(6) Doneau et Noodt.

(7) L. 1, D., *Si mensor* (Ulp.).

(8) L. 1, D., *De proxenet.*

Mais ils ne sont pas pour cela locateurs d'ouvrages, parce que leur ministère ne roule pas sur des faits susceptibles de location. Il en est de même de l'avocat; l'honoraire donné *ab initio* l'éloigne du mandat; mais la dignité de son ministère l'éloigne du louage (1).

En cette matière donc, comme en toute autre, on applique avec un soin particulier la maxime: *Initium inspiciendum est* (2). Si dans l'origine le mandat a été accepté sans arrière-pensée et avec le pur désir de rendre service, il reste vrai mandat, malgré la promesse faite plus tard d'un honoraire. Cet honoraire ne change pas la nature de l'agissement. Mais aussi, si dans l'origine le mandataire a stipulé un honoraire, il n'y a plus de mandat proprement dit: c'est, ou un louage, ou un contrat sans nom. Telle est la doctrine résumée par les commentateurs du droit romain. Dans ce système, ce serait à tort que Wissembach aurait pensé qu'à Rome il y avait deux espèces de mandat: le mandat gratuit, et le mandat salarié (3). Suivant les explications que nous reproduisons ici, et qui sont les vraies, il n'y a qu'une espèce de mandat, le mandat gratuit, qui ne cesse pas d'être tel quand *ex post facto* un honoraire vient le récompenser (4). C'est en ce sens qu'Ulpien a parlé d'un procureur salarié, *procurator sala-*

(1) Bartole sur la loi 1, D., *Si mensor*.

Balde sur la loi 1, C., *De suffragiis*.

(2) L. 8, D., *Mandati*.

(3) Sur le Digeste, *Mandati*, n° 3.

(4) Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, note (7).

riarius (1); salarié après coup, pour qu'il soit vrai mandataire, mais étant autre chose qu'un mandataire pur, si la convention de salaire accompagne le contrat.

157. Du reste, dès l'instant que le mandant s'était engagé après coup à donner au mandataire un honoraire, ce dernier avait une action en justice pour se faire payer si le mandant manquait à sa parole. Mais cette action n'était pas l'action *mandati* (2), bien que les parties fussent entre elles dans les termes d'un mandat. Comment en effet le mandat, gratuit par son essence, aurait-il pu engendrer une action tendant à obtenir une récompense (3)? L'action admise dans ce cas était en dehors du mandat; elle différait de l'action *mandati*. C'était ce qu'on appelait, non pas proprement une action, mais une poursuite extraordinaire (*persecutio extraordinaria*) (4), dont le préteur ou le président de la province était le juge au fond (5).

On reconnaît ici le formalisme rigoureux du droit romain, et en même temps cependant l'esprit progressif de ses jurisconsultes, qui, tout en

(1) L. 10, § 7, D., *Mandati*.

(2) Cujas sur la loi 7, D., *Mandati*, dans son com. du 2^e livre des Réponses de Papinien.

(3) *Causa salarii*, dit Cujas, *nihil commune habet cum causâ mandati*. (*Loc. cit.*)

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) Papinien, l. 7, D., *Mandati*.

Sévère et Antonin, l. 1, C., *Mandati*.

Ulp., l. 1, D., *De extraord. cognit.*

restant enfermés dans le cercle du vieux droit, trouvent moyen d'y adapter leurs vues d'amélioration et les innovations réclamées par les mœurs.

158. En France, nous ne nous sommes pas attachés à la distinction entre l'honoraire promis *ab initio*, et l'honoraire promis *ex post facto*. Nous ne croyons pas que le mandat soit altéré par une stipulation d'honoraire contemporaine du contrat (1). Non pas que notre jurisprudence admette que le mandat puisse devenir un contrat intéressé de part et d'autre, à l'égal du louage d'ouvrages. Ce n'est pas pour tomber dans une confusion si grande que nous repoussons les distinctions trop subtiles du droit romain. Entre le mandat absolument gratuit, et le louage de services, nous admettons un intermédiaire, à savoir, le mandat salarié, qui est fort différent du louage de services, et qui ne cesse pas d'être un mandat (2), quoiqu'il se sépare du mandat purement gratuit par quelques nuances remarquables.

159. Par l'effet de ce changement de jurisprudence, beaucoup d'agissements que le droit romain n'osait pas ranger dans la classe du mandat, à cause de la stipulation d'honoraires expresse ou sous-entendue au moment du contrat, et qu'il ne pouvait rapporter au louage de services, à cause de la nature des faits, sont rentrés chez nous

(1) Poilrier le laisse entendre, no 23.

(2) M. Berlier (Fenet, t. 14, p. 584, 585).

M. Tarrible (*id.*, p. 592).

M. Bertrand de Greuille (*id.* p. 606).

dans le domaine du mandat, auquel ils auraient appartenu chez les Romains si la stipulation d'honoraires avait été postérieure au contrat. Laissant à l'écart la subtilité des classifications et la rigueur des actions, nous ne faisons pas de difficulté de reconnaître l'action *mandati* là où les Romains croyaient ne pouvoir accorder que l'action *in factum* ou *præscriptis verbis*.

160. Ulpien, par exemple, pose l'espèce suivante qui est à noter :

Je vous charge de vendre pour 1000 fr. tel bijou qui m'appartient ; si vous le vendez plus cher, le surplus sera pour vous. Sera-ce un mandat ? Non, dit-il ; car le mandat doit être gratuit : *Mandata gratuita esse debent* ; et ici il y a une récompense pour le mandataire. Que sera-ce donc ? Ce sera un contrat innomé qui produira l'action *in factum* (1). Mais dans nos principes le mandat est évident (2).

161. Autre exemple qui présente des combinaisons plus délicates :

Je vous mande de recouvrer 100 fr. de mon débiteur qui est à Carthage, pendant que je recouvrerai 100 fr. de votre débiteur à Rome. Peut-on dire qu'il y a là un double mandat ? Quelque certaine que paraisse l'affirmative, et bien que vous et moi nous nous rendions un service réciproque par cette délégation de pouvoirs, le droit romain, poussant à l'excès les scrupules sur la gratuité du mandat, voulait que l'agissement en question ne fût pas

(1) L. 13, D., *De præscript. verbis*.

(2) V. mon com. de la *Société*, t. 1, n° 34.

qualifié de vrai mandat, parce que chacun des contractants est mû par l'unique désir d'être utile à soi-même et non pas de faire plaisir à l'autre partie (1). Mais c'est là une exagération que repoussent nos idées : le mandat est évident.

162. En serait-il de même si nous étions convenus de faire ce recouvrement à nos dépens, dit Paul, à la condition toutefois que ces dépens seront égaux de part et d'autre (2) ? Oui. Mais s'ils ne le sont pas, si l'un de nous est exposé à être en perte, ne peut-on pas dire qu'il répugne à la nature du mandat que le mandataire puisse supporter un dommage pour l'affaire dont il est chargé (3) ? Ou bien ne faut-il pas répondre, au contraire, que certains pactes peuvent altérer la nature du mandat, et que celui-ci est du nombre (4) ; que c'est ainsi que tout le monde reconnaît que si je vous dis : « Faites-vous payer 1000 fr. » qui me sont dus ; je vous alloue 10 fr. pour vos frais de recouvrement ; mais si vous dépensez davantage, ce sera à votre charge (5), » tout le

(1) Favre sur la loi 5, § 4, D., *Præscript. verbis*.

(2) Paul, l. 5, § 4, *De præscript. verbis*, et Cujas sur ce texte (*lib. 5, Quæst. Pauli*).

(3) Voyez Cujas sur la loi 5, § 4, D., *De præscript. verbis* (l. 5, *Quæst. Pauli*). Commentant ce doute de Paul, il dit : *Abhorret à NATURA mandati ut mandatarius, sine procurator, oneretur impensis, et ex administratione alieni negotii in damno versetur.* (R)

(4) Paul, *loc. cit.*, et Pothier (*Pandectæ Just.*), sur cette loi, *De præscript. verbis*, n° 20, d'après Cujas, *loc. cit.*

(5) Paul, l. 5, § 4, D., *De præscript. verbis*, et Cujas, *loc. cit.*

monde, dis-je, reconnaît que ce sera un mandat ?

Toutefois, Paul, après avoir donné les meilleures raisons pour prouver que les caractères du mandat se rencontrent dans notre hypothèse, conclut qu'il sera plus prudent (*tutius*) d'agir par l'action *præscriptis verbis*. Mais c'est là un excès de précaution commandé par la rigueur des idées romaines sur la différence des actions !! Quant à nous, nous pouvons heureusement nous en passer, et l'hypothèse de Paul doit se résoudre chez nous par la qualification de mandat.

163. Ainsi donc le mandat est, chez nous, gratuit par sa nature, mais non pas par son essence, comme il l'était à Rome. La convention peut assurer au mandataire une récompense. Le Code a embrassé la doctrine reçue par Pothier et par notre ancienne jurisprudence. Il suffit de lire les discours officiels prononcés par MM. Berlier, Tarrible et Bertrand de Greuille, pour demeurer convaincu que la loi actuelle se lie avec les précédents de l'ancien droit par les nœuds les plus intimes.

164. Mais ici se présente une difficulté :

Puisque le mandat roule sur une obligation de faire, et que cette obligation de faire peut n'être pas absolument gratuite, en quoi donc le mandat salarié se distingue-t-il du louage de services, qui, lui aussi, est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose moyennant un prix (1) ?

Pour répondre à cette objection, nous ferons re-

(1) Art. 1710 C. civ.

marquer d'abord que la différence entre le louage et le mandat ne se tire pas, comme on l'a cru quelquefois (1), de ce que, dans le mandat, le mandataire agit au nom et en représentant du mandant à l'égard des tiers, tandis que, dans le louage, le travail se fait par l'ouvrier, non pas au nom et à la place du maître, mais seulement pour son compte et sans représentation à l'égard des tiers (2). Il est certain qu'il y a une foule de cas où la jurisprudence a toujours vu des locations de travaux, bien que ces travaux fussent faits au nom du maître par quelqu'un qui le représentait; et que, réciproquement, d'autres travaux ont été rattachés au mandat, bien que le mandataire ne fût pas chargé d'agir sous le nom du mandant et en le représentant au regard des tiers.

165. Par exemple : je donne mes habits à un dégraisseur (c'est Caius qui parle) pour qu'il les raccommode et les mette en état. Évidemment ce dégraisseur n'est pas chargé de me représenter à l'égard des tiers; je ne lui ai pas transmis un pouvoir d'agir en mon nom au dehors. Je ne fais que demander à son industrie un acte que mon inhabileté, ou celle de mes gens, m'empêche de me procurer à moi-même. Ce dégraisseur ne travaillera donc pas à ma place; si c'est pour mon compte qu'il fera ce que je lui demande, ce ne sera pas en mon nom, par suite d'une capacité que je lui aurais transmise.

(1) Mon com. du Louage, t. 3, n^o 805 et 809.

(2) Mon com. du Louage, t. 3, n^o 805 et 809, contient quelques détails propres à réfuter cette distinction.

Eh bien! que dit Caius? Ce dégraisseur sera un mandataire s'il nettoie mes habits gratis; ce n'est qu'autant qu'il recevra un prix qu'il faudra voir en lui un locateur d'ouvrages. Cette décision est répétée deux fois dans les livres de Caius (1), et Justinien l'a trouvée si bonne qu'il l'a érigée en loi dans ses *Institutes* (2).

166. Paul s'occupe, dans le livre XXXII de son commentaire sur l'édit du préteur, d'un ouvrier qui enseignait son métier gratis à l'esclave d'un de ses amis; il ne voit qu'un mandat dans cet agissement (3).

167. Ces exemples roulent sur des espèces où le travailleur est considéré au point de vue d'un mandataire, quoiqu'il ne soit pas appelé à remplir au regard des tiers un rôle de représentant. En voici un où le caractère de locateur d'ouvrages lui est attribué, bien que sa fonction le constitue le représentant, à l'égard des tiers, de celui qui lui a communiqué ses pouvoirs. C'est le cas d'un propriétaire de navire qui prépose à l'exercice de son bâtiment un patron marin, ayant charge d'agir à sa place, en son nom et pour son compte. Si ce patron marin reçoit un salaire du préposant (*exercitor*) qu'il représente, il n'est pas autre chose qu'un locateur d'ou-

(1) III, com. 162, et l. 22, D., *De præscript. verbis*.

Sur quoi le président Favre dit : *Quis enim dubitat quin, hoc casu, mandatum inter nos contractum sit?*

(2) *De mandato*, § 13.

(3) L. 26, § 8, D., *Mandati*.

vrages (1). Mais si son ministère est gratuit, alors et seulement alors, il faudra voir un mandataire dans sa personne (2).

168. De là cette double règle, l'une donnée par Caius, l'autre donnée par Paul : Ce qui est louage d'ouvrages parce qu'il y a un prix stipulé devient mandat quand il n'y a pas de prix : « *Quoties facien- dum aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuerem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem* (3). » Cette règle de Caius est reproduite par Justinien dans ses *Institutes* (4).

Réciproquement, ce qui était mandat parce qu'un sentiment officieux présidait à l'agissement peut devenir louage quand ce sentiment s'efface et est remplacé par la stipulation d'un prix. C'est l'autre règle empruntée à Paul (5).

169. Ces deux axiomes sont fondamentaux. Les interprètes du droit romain les ont eus sans cesse présents à l'esprit. Tous reconnaissent que le mandat n'est pas caractérisé par la fonction représentative du mandataire; tous s'accordent à enseigner que le louage d'ouvrages peut se rencontrer dans le pouvoir de représenter une personne à l'é-

(1) Art. 234 du Code de com.

Infrà, n° 237.

(2) L. 4, § 18, D., *De exercit. act.* Ulpien.

(3) III, com. 162.

(4) *De mandato*, § 13.

(5) L. 4, § 4, D., *Mandati* (lib. 32, *ad edict.*) :

« *Interveniente enim pecuniâ, res ad locationem et conductio- nem potius respicit.* »

gard des tiers et d'agir au dehors en son nom. Un tel louage, disent-ils, n'empêche pas les tiers de traiter avec le locateur d'ouvrages comme ils traiteraient avec un mandataire ayant pouvoir de représenter; ils ont les mêmes sûretés, les mêmes garanties, les mêmes recours. Si le contrat est un vrai louage entre le locateur d'ouvrages et le maître, il produit à l'égard des tiers des effets pareils au mandat, et ceux-ci n'ont aucun intérêt à s'enquérir si celui avec qui ils traitent procède gratuitement et par conséquent comme mandataire, ou moyennant un prix et par conséquent comme locateur d'ouvrages. Bartole (1), Paul de Castro (2), Jason (3), Favre (4) et cent autres ont fait cette remarque judicieuse. C'est la confirmation de cette

(1) Sur les lois 1, D., *De procurat.*, et 5, § *Sed si facio*, D., *De præscript. verbis*.

Infrà, n° 237.

(2) Sur la loi 5, § *Sed si facio*, D., *Præscript. verbis*. Après avoir posé l'espèce d'un mandat salarié qui dégénère en louage, il dit, n° 5 :

« Nihilominus adversarius (le tiers avec lequel le madataire » a contracté) non poterit opponere : *Tu non habes mandatum exigendi contra me quia mandatum debet esse gratuitum, et tu præstas officium non gratuito, sed pro mercede. Quia poterit respondere : Licet inter me et dominum sit contractus locationis, tamen quantum ad te, videor habere mandatum domini, cum appareat de voluntate sua, et resultat mandatum ex illo.* »

(3) Sur la loi 5, § *Sed si facio*, n° 2.

(4) *Rationalia*, ad Pand, sur la loi 5, § 4, D., *De præscript. verbis*.

vérité perpétuelle et incontestable; savoir, que le louage d'ouvrages peut renfermer un pouvoir de représenter le maître, sans pour cela empiéter sur le domaine du mandat.

170. Nous disons donc que ce n'est pas dans le rôle du mandataire et de l'ouvrier que se trouve la différence entre le mandat et le louage d'ouvrages. Il est évident que puisque le mandat peut devenir louage et le louage devenir mandat sans rien changer au rôle créé par le contrat, ce rôle est indifférent en soi sur la question qui nous occupe. C'est ailleurs, et non pas là, que réside la différence entre les deux contrats.

171. Or, la jurisprudence s'est attachée (et nous nous attachons avec elle), pour les distinguer, à deux circonstances importantes et qui découlent l'une de l'autre. La première, c'est le prix; la seconde, c'est la qualité des faits que l'une des parties doit accomplir. Je le répète, ces deux circonstances s'enchaînent et se lient. Mais, pour procéder analytiquement, il faut s'arrêter séparément sur chacune d'elles.

172. Le prix est essentiel dans le louage. Point de prix, point de louage d'ouvrages (1). Et non-seulement le louage doit avoir un prix; mais il

(1) Art. 1710 C. c.
Mon com. du Louage, t. 3, n° 814.

Paul, l. 1, § 4, D., *Mandati*.

Caius, III, com. 162.

Justinien, Inst., *De mandato*, § 13.

faut encore que ce prix soit en rapport avec la valeur de l'ouvrage (1).

Dans le mandat, il en est autrement. La gratuité est le caractère naturel de ce contrat (2); et si, dans certains cas, la loi autorise le mandant à reconnaître par une récompense le service qui lui a été rendu, si même elle donne action au mandataire pour obtenir la juste indemnité que la convention lui a promise pour ses fatigues, elle entend que cette récompense et cette indemnité ne soient pas assimilées au prix vénal d'une chose qui s'achète (3). Par cela même que le mandataire rend un service, et qu'il y a dans son ministère quelque chose d'officieux, la loi résiste à trouver entre le fait et la récompense un équivalent. Le fait du mandataire lui paraît influencé par un mobile qui ne se paie pas, savoir : l'idée de rendre service, le dévouement aux intérêts d'autrui, etc.

173. Ainsi, sous ce premier rapport, il y a une grande différence entre le prix du louage d'ouvrages, et l'honoraire du mandat. Le premier correspond à la valeur du fait; il en est l'estimation exacte; il le traduit but à but en argent; et c'est le cas de dire avec Ovide :

- (1) Pothier, *Louage*, n° 399.
 Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 814.
 (2) Paul, Caius, Justinien, *loc. cit.*
Suprà, n° 163.
 (3) M. Bertrand de Greuille (*Fenet*, t. 14, p. 606).

« *Omnia conductor solvit. Mercede solutá,*
 » *Non manet officio debitor ille tuo* (1). »

Le second, au contraire, laisse une inégalité entre la récompense et le fait; il n'a pas la prétention d'être le juste équivalent du service rendu; il laisse une place pour la gratitude qui seule peut compléter le prix : *Mercedem non meriti, sed occupationis suæ ferunt* (2).

Partant de là, plus le prix du louage s'écarte de la valeur réelle de l'ouvrage, plus on s'écarte de la nature du louage de services, qui veut l'égalité entre la chose et le prix. Plus, au contraire, l'honoraire est faible, eu égard au service rendu par le mandataire, plus on se rapproche de la nature normale du mandat, qui est la gratuité.

174. On se gardera donc bien de prendre les mêmes règles pour guide dans les jugements relatifs au prix du louage et dans les jugements relatifs à l'honoraire du mandat. La parité manquant, les règles ne sauraient être semblables.

C'est ce que les Romains avaient parfaitement aperçu; le prix du louage s'appelait chez eux *merces* (3), et ils donnaient à ceux qui louaient leurs services le nom de *mercenarii* (4). Ce prix (*merces*)

- (1) Lib. 1 *Amor.*, eleg. 10, vers. 45.
 (2) Sénèque, *De benef.*, 6, 15.
 (3) Brisson, *De verb. signif.*, v° *Merces*.
 (4) *Id.* Il cite un grand nombre de textes. Il faut voir surtout la loi 11, § 1, D., *De pœnis*, dans laquelle Ulpien dit : *Mercenarius ab eo qui operas suas locaverat.*

était considéré comme l'équivalent de l'ouvrage (1), et il emportait avec lui une idée de vénalité incompatible avec tout mélange de sentiment officieux (2). *Contraria officio, contraria amicitiae merces* : ce sont les paroles de Cujas (3); elles expriment avec énergie la nuance de ce mot.

Mais la récompense du mandataire ne portait que rarement et improprement ce nom mercantile (4); on lui donnait plus volontiers le titre relevé d'honoraire (5) ou même de salaire (6), ce dernier mot n'ayant pas chez les Romains la signification basse à laquelle il est descendu chez nous, et indiquant la récompense due aux arts libéraux, à des services publics, à des offices privés ayant une certaine noblesse (7). Du reste, rien n'est plus

(1) Contius sur la loi *Contractus*, D., *De diversis regulis juris* : « *Æquamentum est operæ merces.* »

(2) Cicér., *De officiis*, 1, 45. « *Merces est auctoramentum servitutis.* »

(3) Sur la loi 7, D., *Mandati* (lib. 3 *Resp. Papin.*).

(4) On le trouve dans ce sens impropre dans la loi 1 D., *De ext. cognit.*; dans la loi 1, C. Theod., *De medicis*, etc.; dans Cicér., *Philippiq.*, 2, 17; dans Juvénal, *satir.* 7.

(5) Ulp., l. 6, D., *Mandati*.

(6) Papinien, l. 7, D., *Mandati*. Ulp., l. 10, § 9, D., *Mandati*. Sévère et Antonin, l. 4, C., *Mandati*.

(7) Brisson, v° *Salarium*. Les textes sont nombreux.

J'y joins ici ces paroles de Contius : « *Salarium est mercedula, non merces; nec æquamentum operæ est ut merces; nec animo æquandæ aut compensandæ datur, sed duntaxat remunerandæ.* »

Sur la loi *Contractus*, D., *De reg. juris*.

connu que ces distinctions (1). Je les ai exposées dans mon commentaire du *Louage* avec détail, à l'aide de Cujas (2) et des plus importantes autorités (3).

175. Et comme elles sont fondées sur une appréciation exacte des divers mobiles qui président à nos actions; comme elles tiennent compte de certains sentiments honorables qui ont toujours exercé une si grande influence sur le caractère français, notre jurisprudence s'en est fortement emparée. J'ose même dire qu'elles sont entrées dans notre droit plus profondément encore que dans le droit romain. Notre fierté se révolterait à la pensée de compenser matériellement par une indemnité pécuniaire le mérite de services que l'honneur ou la reconnaissance peuvent seuls reconnaître (4). Entre la journée de travail de l'ouvrier et l'honoraire de l'avocat, il n'y a pas seulement différence de quotité; il y a surtout différence dans la nature des choses. Si le prix dû à l'ouvrier ne s'appelle pas honoraire, si l'honoraire

(1) *Hæc sunt notissima*, dit Cujas, sur la loi 1, D., *Mandati* (l. b. 32, *Pauli ad edict.*).

(2) Sur la loi précitée, et de plus sur la loi 7, *Mandati*, (lib. 3 *Resp. Papin.*).

(3) V. t. 3 de mon com. du *Louage*, n° 792 et suiv.

Junge Nooit, Mandati;

Voël, Mandati, n° 2.

(4) C'est ce que fait observer l'organe du Tribunal devant le Corps législatif, M. Bertrand de Greuille (*Fenet*, t. 14, p. 606).

dû à l'avocat ne s'appelle pas prix, ce n'est pas pour entretenir de vaines susceptibilités; c'est pour caractériser des rapports profondément distincts, c'est pour maintenir à chacun d'eux sa physionomie, sa cause et son objet (1).

Je le répète :

L'ancien droit français a cent fois proclamé ces notions. Les discours officiels prononcés sur le Code civil s'en sont inspirés, et ils montrent que tel est l'esprit de la loi qui nous régit (2).

176. Mais ce n'est pas seulement le prix qui fait une différence entre le mandat et le louage; il y a aussi, et par suite, la qualité même des faits à considérer. Tous les faits de l'homme peuvent faire l'objet d'un mandat, quand ils sont licites. Mais il y a des faits qui, bien que licites, n'entrent pas en louage (3). Le jurisconsulte Paul en a fait la remarque (4), et

(1) Bachovius, *Ad disput. Treutleri*, disp. 27, thèse 1, l. E, *De mandato*, lettre E: « Aliud esse mercedem, quæ pro exæquatione et compensatione operæ constituitur et faciat esse locationem; aliud honorarium quod ex gratitudine, remunerationis causâ, promittitur. Quam differentiam mercedis et honorarii tradunt glossa, Angelus et Joh. Faber in § ult. h. tit., adjecto etiam hoc: *Quòd locatio et merces dicatur de factis locari solitis, honorarium de factis locari non solitis.* »

(2) V. MM. Berlier, Tarrille et Bertrand de Greuille.

(3) Doneau, XIII, com. 6, n° 4.

(4) L. 5, § 2, D., *De præscript. verbis.*

Voici le texte de Paul: « At cum do, ut facias: Si tale sit factum, quod locari soleat, putà, ut tabulam pingas, pecuniâ datâ; locatio erit, sicut superiore casu, emptio. Si res; non

le sentiment général, depuis le droit romain jusqu'à nous, a tracé une ligne de démarcation entre certains faits qui tombent dans le domaine du louage, et d'autres qui n'y sauraient entrer.

177. Mais quels sont ces faits qui peuvent entrer en louage? A quels signes les reconnaîtra-t-on? Ici commence la difficulté.

Bartole a examiné cette question (1). D'abord, dit-il, il y a des actes de pur fait (*merè facti*), comme aller à Rome, porter des livres et autres semblables; ces faits peuvent être loués. Il y a d'autres faits auxquels le droit se trouve mêlé, comme affranchir votre esclave, vendre une maison; ces faits, mêlés de droit, sont ou momentanés ou successifs. S'ils sont momentanés, comme affranchir, vendre, etc., ils ne peuvent pas tomber

erit locatio, sed nasceretur vel civilis actio in hoc, quod meâ interest vel ad repetendum condictio. Quòd si tale sit factum, quod locari non posset, putà, ut servum manumittas: sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo, transierit; sive finitum non fuerit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit, debueritque manumitti, condici ei potest, vel præscriptis verbis agi.

Il faut voir le commentaire de cette loi dans Cujas (in lib. 5, *Quæst. Pauli*).

« Do tibi pecuniam vel rem ut Stychem manumittas. Quæ conventio non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod locari non possit. *Opera locari potest, non liberale officium. Quia nec pro liberali officio datur merces, sed datur honor aut salarium.* » Consultez aussi Pothier, *Pand.* (*Præscript. verb.*, n° 16).

(1) Sur la loi 5, § *At cum do*, D., *De præscript. verb.*

en louage, ainsi que le prouve la loi 5, § 2, D., *De præscript. verbis*. Mais s'ils sont successifs (*si habent factum successivum*), comme agir pour moi en justice, ils sont susceptibles de location.

Sur cette explication, les esprits se sont partagés: les uns l'ont déclarée satisfaisante (1), d'autres insuffisante et arbitraire. Jason la trouve périlleuse, *multum periculosa* (2). Que signifie, en effet, dit-il, cette distinction entre les faits purs et les faits mêlés de droit, les premiers pouvant s'accommoder au louage, les seconds ne s'y prêtant point? Les textes la démentent, et on peut opposer à Bartole, avec beaucoup d'à-propos (3), la loi 19, § 1, D., *De præscript. verbis*, dans laquelle Ulpie attribue le caractère de louage à un contrat par lequel l'une des parties avait engagé son immeuble à un tiers dans l'intérêt de l'autre partie qui lui avait promis le prix de cette garantie (4). Il y a certainement un mélange de droit dans ce fait d'hypothéquer, et cependant Ulpie ne décide-t-il pas qu'il tombe en louage (5)? Et par-là l'on aperçoit l'erreur de Bartole qui, lorsqu'il applique sa doctrine à des exemples, prétend qu'on ne peut louer le fait de vendre sa propre chose. Quelle différence y a-t-il

(1) Favre, *Ration.*, sur cette loi: « Respondet autem Bartolus, nec malè, etc. »

(2) Sur la loi 5, § *At cum do*, D., *De præscript. verbis*.

(3) « In contrarium stringit fortissimè textus in lege ROGASTI, § 1, D., PRÆSCRIPT. VERBIS. »

(4) Jason, *loc. cit.*: « Pignorare rem meam per te est actus » facti habens mixturam juris. »

(5) *Si merces intervenit*, dit Ulpie, *ex locato esse actionem*.

entre le fait de vendre sa maison et le fait de l'engager? Si ce dernier fait peut être la matière d'un louage, pourquoi pas le premier (1)?

De plus, l'autre distinction de Bartole entre les faits momentanés et les faits successifs n'est pas meilleure, suivant la remarque de notre interprète. Hypothéquer son immeuble pour cautionner autrui est un fait tout aussi momentané qu'affranchir un esclave; ce qui n'empêche pas qu'Ulpie ne le rapporte au contrat de louage, quand il est payé par un prix (2).

Ces objections ont paru insurmontables à Bachovius, qui pense que cette théorie de Bartole doit être abandonnée (3), et Hilliger cite d'au-

(1) Nous verrons tout-à-l'heure que Jason fait dire à cette loi ce qu'elle ne dit pas.

(2) J'avertis encore que Jason fait dire à Ulpie autre chose que ce qu'il dit.

(3) Bachovius a reproduit les arguments de Jason dans le passage suivant qu'on sera peut-être bien aise de trouver ici. Je ferai seulement remarquer que les contrariétés d'opinions dont Bachovius nie l'existence sont positives, comme le prouve déjà ce que j'ai dit de Bartole et de Favre. Dissimuler les difficultés réelles, pour mieux les amoindrir, n'est pas, ce me semble, le moyen d'en avoir plus promptement raison (in Treutler, *disp.* 29, *De locat.*, th. 1, lettre G.).

« Tractatur hic de locaturâ factorum, qualia sunt. Non omnia, sed quævis, sed locari solita, ut docet J. C., in l. 5, § *At cum do*, D., *De præscript. verb.*, circa cujus rei definitionem, quam Treutler tradit, miram D. D. variationem non deprehendo. Nam et Baldus, Salicet., Castrensis in dict., § *Ut cum do*, ubi propria hujus rei sedes, nihil hæc de re disputant; et ibid. Jason ait hoc à doctoribus communiter non

tres docteurs dont c'est aussi le sentiment (1).

178. Jason en propose une autre. Toutes les fois que le fait est de ceux dont on peut tirer un profit pécuniaire, un émolument en argent, il est susceptible de location ; il n'échappe au louage d'ouvrage qu'autant qu'il n'en peut résulter un gain pour celui qui l'exécute (2). Mais les partisans mêmes de Jason n'ont pas hésité à voir là quelque chose de trop général, et ils ont senti la nécessité des correctifs ; car il y a des faits dont on retire un profit et qui, à raison de leur dignité ou de l'honneur qui les accompagne, ne tombent pas en

tangi. Bartolus distingue inter merè facta quæ simpliciter sunt objectum locationis, et quæ habent adunatum aliquid juris; quæ subdividit in *momentanea*, quæ hinc removet, ut manumittere, fundum vendere; et *successiva*, quæ etiam objectum locationis facit, velut causam in foro agere. Verùm re benè perpensâ, non apparet quomodò ex momentaneitate aut puritate facti rectè hæc quæstio decidatur. Quare si quis alteri ut rem ipsius vendat, mercedem constituat, locationem esse putarim, vel arg. l. 19, § 1, *De præscript. verb.*, ubi locatio est, si quis alteri mercedem dat, ut rem pro ipso oppigneret; et ampliùs illo textu, quòd factum istud aliquid habeat juris, sententiam Bartoli fortissimè refutari ait Jason. »

(1) Sur Doneau, XIII, com. 6, n° 4, note (7).

(2) Sur la loi 5, § *At cum do*, D., *De præscript. verbis*.

« Et propterea consideranti mihi istum textum, videtur posse »
 » dici, quòd tuum factum videtur locabile, quando est tale »
 » quòd ex eo potest sequi emolumentum pecuniæ. Sed quando »
 » est factum propter quod non potest sequi commodum pecu- »
 » niarium, ut est in manumissione servi, tum factum non dice- »
 » tur locabile. »

louage (1). Aussi Bachovius propose-t-il, par voie de sous-distinction, de s'en référer à la qualité des faits, et de ne faire entrer en louage que ceux qui, moins dignes et moins honorables, ont coutume d'être estimés en argent (2).

179. C'est là le seul système qui me semble vrai. Toutefois, je ne voudrais pas qu'on attachât trop d'importance à tous les textes dont on s'est prévalu pour combattre Bartole. Quand Jason, Bachovius et autres insistent, par exemple, sur la loi 19, § 1, D., *Præscriptis verbis*, de laquelle ils concluent que le contrat par lequel je m'engage à hypothéquer mon bien à votre sûreté, moyennant un prix, renferme un fait mis par moi en louage, ils se trompent. Cette loi ne porte pas une décision si extraordinaire ; elle n'a pas en vue le fait même de l'impignoration. Ce qu'elle considère, c'est que l'hypothèque que je consens dans votre intérêt est

(1) L. 1 D., *Si mentor*.

(2) Mihi principalis destructio hujus rei à qualitate ipsâ facti petenda videtur; quod propter gravitatem et dignitatem suam spernat compensari et æstimari mercede. Cujusmodi est opera advocati, medici, etc., etc. Quæ sententia videtur esse DD. In aliis factis interesse dicam, an ex eo utilitas redeat ad alterum necne, quoniam hic locationis finis est, ut commoda nostra promoveamus. Atque ita defendi potest sententia Jasonis in leg. 5, § *At cum do*, D., *Præscript. verbis*, ubi facta locari solita definit, ex quibus ad alterum redit commodum pecuniarium; ut J. G. sententia hæc restringatur ad hoc genus factorum quæ mercede æstimari et possunt et solent (*loc. cit.*). V. aussi le passage du même rapporté ci-dessus et tiré de la *disput.* 27, th. 1, l. E.

en quelque sorte un usage de ma chose que je vous transmets, et que dès lors il y a dans notre convention, non pas un louage de services, mais le louage d'une chose. Bartole en avait fait la remarque avec beaucoup de sens et de sagacité : *Opponitur quòd tale factum non consuevit locari* (*L. naturales*, § *At cum do*, *D.*, *Præscript. verb.*). *Solve : debes intelligere quòd fuit locata RES IPSA, et non factum pignoratitium fuit locatum* (1); et Pothier a transporté dans ses Pandectes (2) cette excellente interprétation, qui est aussi celle de Cujas (3).

180. Néanmoins les critiques adressées à la théorie de Bartole subsistent pour le fond, et je crois que cette théorie fléchit quand on l'examine à la lumière de la raison. Je ne comprends pas pourquoi un fait mêlé de droit serait susceptible de louage quand il est successif, et pourquoi il cesserait d'être susceptible de louage quand il est momentané. Je vous fais mon commis pour vendre mes marchandises; ces ventes que vous opérez avec les acheteurs, après avoir débattu et réglé le prix, contiennent un mélange de droit; ce n'est pas le pur fait d'aller porter une lettre, ou de nettoyer un habit; de plus, ce sont des faits momentanés; et cependant personne ne niera que le commis ne procède en vertu d'un louage.

181. Le véritable obstacle à ce qu'un fait tombe

(1) Sur la loi *Rogasti*, § *Si prædium*, *D.*, *Præscript. verb.*

(2) *De præscript. verb.*, n° 15.

(3) *Recit. sol. sur le t. De præscript. verbis* sur cette loi. *Certam est te prædium locasse, me conduxisse.*

en louage est dans la dignité, l'honneur, la gravité de ce fait (1). Bachovius, comme on l'a vu, en a fait la remarque après bien d'autres (2), et bien d'autres après lui ont enseigné, défendu, démontré cette vérité (3). C'est à cette solution qu'il faut s'en tenir. Je la corrobore par l'adhésion de Cujas : *Opera locari potest, non liberale officium; quia nec pro liberali officio datur merces, sed datur honor vel salarium* (4).

182. Ceci posé, il ne reste plus qu'une difficulté, c'est de discerner les services que l'on récompense par un honoraire, des services qu'on paie par un prix. Pour y parvenir, il est nécessaire de consulter l'esprit des diverses professions et l'opinion qu'en a le monde. Les jurisconsultes romains ont fait éclater dans cette recherche leur sens exquis et leur haute philosophie; on le verra dans un instant. Les nôtres n'ont pas montré moins de tact et de finesse dans le tableau de la hiérarchie de fonctions privées qui occupent notre activité nationale. Cette hiérarchie est attaquée par quelques écoles, je le sais, comme puérile ou aristocratique. Leur erreur vient de ce que, dans leur sollicitude

(1) *Ratione suæ naturæ* (dit Bruneman), *ut propter GRAVITATEM et DIGNITATEM spernat aestimationem pecuniariam, vel mercenariam, ut opera advocati, medici et mensuris* (sur la loi 5, *D.*, *De præscript. verbis*).

(2) *Loc. supra citato.*

(3) V. Bruneman, *loc. cit.*, et les auteurs qu'il indique.

(4) Sur la loi 5, § 2, *D.*, *De præscript. verbis*, lib. 5, *quæst. Pauli.*

pour les intérêts matériels, elles rapportent exclusivement à la production économique des actes dont le côté moral est oublié ou supprimé par leurs systèmes. La vraie science de l'économie politique, qui est une grande branche de nos connaissances, et dont le domaine est déjà si vaste, n'aspire qu'à étudier l'emploi des forces humaines appliquées à la production matérielle; elle laisse aux sciences morales l'investigation des autres mobiles qui poussent l'intelligence au travail et à l'action. Or, les sciences morales, telles que la philosophie et le droit, reconnaissent, en dehors de la production matérielle et de son exploitation, des principes moraux d'honneur, de gloire, de dévouement, de générosité; principes distincts de l'intérêt, et dont il faut faire compte dans l'appréciation des actions de l'homme. Par exemple, la philosophie et le droit n'admettent pas que le magistrat soit un producteur d'arrêts comme le tisseur est un producteur de calicots; que le prêtre soit un producteur de prières comme l'ébéniste est un producteur de meubles; que le génie de la poésie et des lettres produise des drames, des épopées, des livres, comme un mécanicien produit des ressorts d'automate. La philosophie, la morale et le droit soutiennent avec raison que ce n'est pas à une science qui a pour objet spécial de ses études la richesse publique qu'il faut emprunter les notions par lesquelles on estime le mérite des actes dont le dévouement et l'amour de l'humanité, bien plutôt que l'utile, sont le principe généreux. Ce qui rapporte le plus à la masse de la richesse publique n'est pas tou-

jours ce qui est le plus méritoire, le plus digne, le plus honoré, et l'opinion est un juge sévère qui ne mesure pas les rangs sur les produits pécuniaires des professions. C'est en France surtout que règne cette opinion, source précieuse d'une louable émulation entre l'honneur et l'intérêt. Dans cette France si passionnée pour toutes les gloires de l'esprit; si sensible aux nobles dévouements; si pleine de reconnaissance pour les services désintéressés; si amoureuse des résolutions et des mouvements spontanés; où tout ce qui se fait de grand paraît d'autant plus grand qu'il y a plus d'élan et moins de calcul; dans notre France, disais-je, jamais nous ne verrons périr les notions qui entretiennent et échauffent le sens moral, et ont placé notre caractère national si haut dans l'estime de l'Europe. Je n'ai donc pas la crainte d'un abaissement où notre ardente et fière spiritualité irait s'engourdir dans le sein d'un froid matérialisme. Néanmoins, je ne voudrais pas que même indirectement, ou sur des points secondaires, on fit fléchir les susceptibilités de notre point d'honneur dans ce qu'il y a de légitime et de respectable. Or, confondre l'esprit des diverses professions, les mesurer toutes aux profits qu'elles rapportent, ne voir en elles que le mobile de l'intérêt, et négliger le mobile de l'honneur, du dévouement, du bien public qui caractérise plusieurs d'entre elles, c'est là un trouble dans la morale et une altération des principes de notre droit. Je veux bien qu'au point de vue de la jurisprudence pratique, les conséquences de cette confusion ne soient pas aussi effrayantes

qu'elles sont périlleuses en morale. Je m'y oppose cependant; *principiis obsta*. Cette atteinte à la vérité serait une brèche pour entrer plus avant, et faire passer dans notre droit des éléments de matérialisme qui lui seraient une cause de malaise parce qu'ils lui sont un sujet de répugnance. Le droit est d'autant plus parfait qu'il se rapproche davantage de la morale et de la philosophie. Les jurisconsultes romains, l'ancienne école française lui avaient donné, sur ce qui touche à notre sujet, cette perfection désirable. Le C. c. a voulu la lui conserver; son esprit est positivement révélé par les discours des divers organes de la législation qui ont pris part à sa confection. MM. Berlier (1), Tarrille (2) et Bertrand de Greuille (3) ont prononcé des paroles dont nous nous emparons pour résister aux systèmes qui tendent à déranger, en quoi que ce soit, cette harmonie.

183. Or, le sens moral indique qu'il y a entre les professions une inégalité de mérite et d'honneur (4). Le droit doit donc reconnaître et consacrer cette inégalité, et c'est ce qu'il fait en donnant aux uns le louage, aux autres le mandat. Le louage et le mandat sont le mode dont il se sert pour maintenir dans les lois civiles des distinctions utiles, que les mœurs, la politique et la philosophie ont mises dans les choses. Je ne veux blesser personne; je ne

(1) Fenet, t. 14, p. 584, 585.

(2) *Id.*, p. 592.

(3) *Id.*, p. 606.

(4) Mon com. du Louage, t. 3, n° 807.

veux ni exalter l'orgueil des uns, ni contrister l'humilité des autres. « Dans le fond, dit admirablement Bossuet, tout est égal entre nous. La distinction superficielle qui nous élève les uns au-dessus des autres regarde l'ordre du monde et n'en change pas le fond (1). » Mais puisque nous sommes de ce monde, nous devons compter avec lui, et faire acception de ces supériorités relatives au moyen desquelles il est ordonné. Or, en se plaçant dans ce milieu terrestre et loin des régions sublimes où nous transporte le philosophe chrétien, si tous les hommes sont égaux, toutes leurs actions ne le sont pas; et comme on ne saurait mettre sur la même ligne tous les services qu'ils se rendent entre eux, on ne saurait non plus passer le niveau de l'égalité extérieure sur les états ou professions auxquels ces ministères se rattachent. Pour moi, je suis de l'école de Montesquieu qui disait : *Il y a un lot pour chaque profession* (2). Je relève d'Aristote qui classe les arts et métiers suivant une échelle où la supériorité relative dépend du degré d'intelligence; de telle sorte que les uns sont relevés et les autres dégradés et serviles (3). Je n'oublie pas la démarcation si justement tracée par Cicéron entre les professions libérales (4) et les professions sordides (5). Il est

(1) *Méditations sur l'Évangile*, ch. 157.

(2) *Esprit des lois*, liv. 13, ch. 20.

(3) *Politique*, l. 1, ch. 4, p. 65, de la trad. de mon savant confrère de l'Institut M. Barthélemy Saint-Hilaire.

(4) *Qui liberales habendi* (De offic., l. 42).

(5) *Qui sordidi sunt* (*id.*).

vrai qu'il n'y a pas de métier, si mercenaire qu'il soit, où l'homme ne puisse se faire distinguer par ses vertus personnelles. L'adresse et la patience dans les travaux, la résignation dans les fatigues, l'économie et l'amour de la famille, le désir de bien faire, sont de précieuses qualités qui assurent à celui qui les possède l'estime de ses concitoyens. Mais ce n'est pas de l'homme qu'il s'agit ici; c'est de la profession considérée en elle-même, dans sa cause et ses moyens. Or, il n'est pas possible d'envelopper dans les mêmes catégories le travail mécanique et le travail de l'esprit, l'art exercé par intérêt et l'art exercé par dévouement, les services donnés dans une vue sordide et les services inspirés par l'amour de la gloire, de la patrie, de l'humanité.

184. Descendons au plus bas de la hiérarchie, et portons notre attention sur les services illibéraux qui se rendent en payant.

Cicéron a dit : *« Illiberales autem et sordidi quæstus mercenariorum, omniumque, quorum operæ, non artes, emuntur; est enim illis ipsa merces auctoramentum servitutis (1). »* « On regarde comme illibéraux les gains des mercenaires et de tous les ouvriers dont on paie le travail et non le talent, parce qu'il n'y a pas de talent dans leurs travaux. Leur salaire est comme le prix d'une servitude. » Ces dernières expressions sont trop dures : le nom de servitude choque nos cœurs, et blesse la vérité. Mais, mettez

(1) *De officiis*, l. 42.

à sa place le mot de louage, et vous serez dans le vrai de la situation.

185. Maintenant, montons d'un degré. Au-dessus du journalier qui pour votre argent ne vous donne que ses bras et un travail machinal, vous trouvez des professions qui comportent plus d'industrie et plus de combinaisons intellectuelles. Mais recherchez le stimulant qui les fait agir; elles vous rendent service sans doute, en ce sens qu'elles vous procurent ce que vous ne pourriez obtenir sans elles. Mais elles ne vous obligent que pour leur propre intérêt, et non pas pour le vôtre; elles ne vous obligent que parce qu'elles ne peuvent pas s'obliger autrement (1). Il suit de là que quand vous avez payé leurs services, vous êtes absolument quitte envers elles. Car vous n'avez pas reçu de bienfait qui vous engage par les liens de la reconnaissance. Il y a loin du bienfait à la spéculation (2).

Et puisque ces services trouvent leur entière indemnité dans le prix pour lequel ils ont été rendus, il est clair qu'ils appartiennent au domaine du louage. Ils ont un prix proprement dit (*merces*), qui compense la chose et fait du service une sorte de marchandise tarifée.

186. Mais avançons encore !! Il existe d'autres services qui, en faisant le bien de celui qui les rend, ont également en vue le bien de celui qui les reçoit. L'auteur de ces services se partage entre deux

(1) Sénèque, *De beneficiis*, VI, 12 : *« Totus ad se spectat, et nobis prodest quia aliter sibi prolesse non potest. »*

(2) *A beneficio distat negotiatio. (Id.)*

personnes, moi qu'il oblige, lui dont il procure l'avantage (1). Lui envierai-je les profits de son action? Non, assurément! Je serais, non pas seulement injuste, mais encore ingrat, si je regrettais ce bien qui a réagi de ma personne sur la sienne pour cette action dans laquelle il a songé à me faire plaisir, à m'obliger, à m'associer à lui (2). C'est une pernicieuse erreur de penser que le seul vrai bienfait soit celui qui dépouille entièrement le donateur (3). Il y a aussi des bienfaits qui nous imposent le devoir de la reconnaissance alors même qu'ils n'ont pas été stériles pour le donateur. Ce sont ceux qui, ainsi qu'il vient d'être dit, ont été dirigés par cette double intention de faire le bien des deux parties. Je ne confonds pas ces bienfaits avec les actes égoïstes de celui qui ne me sert que pour se servir, et ne voit en moi que matière à spéculation; pareil à l'éleveur de bétail qui engraisse ses troupeaux, non pour eux-mêmes, mais afin de mieux les vendre (4). Si, à l'égard de ce dernier, il ne peut inter-

(1) *Id qui dabit, duos intuens dederit, et inter me seque divideret (id., VI, 13).*

(2) Sénèque (*loc. cit., 13*): « *Licet id ipse ex majore parte possideat, si modò me in consortium admisit, si duos cogitavit, ingratus sum, non solùm injustus, nisi gaudeo hoc illi profuisse, quod proderat mihi.* »

(3) *Summæ malignitatis est, non vocare beneficium nisi quod dantem aliquo incommodo affecit.* Sénèque (*loc. cit., n° 13*).

(4) *Eo loco mihi est, quo qui captivos suos, ut commodius væneant, pascit, et opimos boves saginat ac defricat.*

Sénèque (*loc. cit., n° 12*).

venir qu'un contrat de louage entre lui et moi pour les faits que je tire de lui en les payant, il n'en est pas de même à l'égard de l'autre dont l'action, profitable à ses intérêts et aux miens, n'est pas restée étrangère à la volonté de m'obliger. Je le paie sans doute, et il retire sa part de profit. Pourquoi pas? est-ce son bienfait que je paie? Nullement; je l'indemnise de son labeur et de la perte de son temps. S'il n'eût pas été animé de ce sentiment de bienveillance pour moi, il aurait également fallu lui donner l'indemnité de sa peine. Mais cette intention qu'il a eue de me rendre service, et qui s'ajoute à son travail, elle reste en dehors de nos conventions pécuniaires; elle demeure sans prix; le mérite de ce service est inestimé (1). C'est donc un contrat de mandat qui est intervenu entre nous deux; de mandat, disons-nous! parce que ce contrat ne vise pas à l'égalité entre le fait et le prix; parce qu'il veut qu'il y ait dans ce fait quelque chose d'officieux qui se rencontre ici; parce qu'il réserve à la reconnaissance et à la gratitude une place dont le louage ne tient pas compte dans ses éléments intéressés de part et d'autre.

187. C'est à Sénèque que nous avons emprunté ces dissertations pleines de justesse sur le mérite des services privés. En citant ce moraliste éminent, nous citons, pour ainsi dire, les jurisconsultes romains qui puisèrent aux mêmes sources que lui

(1) Sénèque, *loc. cit., 15*: *Itaque his non rei pretium, sed operæ solvitur, quod deserviant; quòd à rebus suis avocati nobis vacant, mercedem non meriti, sed occupationis suæ ferunt.*

la philosophie des contrats. La raison intime de leur doctrine sur les différences du louage et du mandat est calquée, pour ainsi dire, sur la gradation échelonnée et développée par Sénèque avec une si grande connaissance du cœur humain. Jamais l'accord entre la science philosophique et la jurisprudence n'a brillé d'une plus vive lumière que dans cette question. Sénèque est ici le meilleur interprète des Caius, des Paul, des Papinien, des Ulpien.

188. Cette alliance, évidente pour tous les juriconsultes instruits, va devenir plus manifeste encore par quelques exemples.

Le pilote traverse les mers pour un prix que vous lui donnez; il vous trace une route assurée au milieu des flots, et prévoyant la tempête, pendant que tout le monde se livre à la sécurité, il prépare les manœuvres qui sauveront votre vaisseau des fureurs de l'ouragan. Ce service est grand; pourquoi cependant le prix stipulé vous fait-il quitte envers lui (1)? Parce que ce n'est pas pour vous obliger que ce pilote s'est chargé de cette navigation, parce qu'il a traité avec vous comme il aurait traité avec le premier venu qui lui aurait offert les mêmes conditions, parce qu'il n'est mû que par l'esprit de spéculation, et non par un zèle officieux. Dès lors, aucun sentiment de reconnaissance ne vous attache à lui (2); le prix vous a

(1) *Hinc tamen, tantæ rei præmium, vectura persolvit* (Sénèque, VI, 15).

(2) Sénèque, *loc. cit.*, VI, 14, 15, 16.

délié entièrement de toute obligation civile et morale, et, par suite, le contrat qui est intervenu entre ce pilote et vous n'est qu'un contrat de louage. C'est ainsi qu'Ulpien le qualifie expressément. Sénèque dit la même chose en termes moins scientifiques, mais non moins significatifs.

Autre exemple :

189. L'homme qui prévoit la chute de ma maison et la répare avec art me rend un important service. Néanmoins, le travail qu'il me fournira pour l'étayer moyennant un prix tombera en contrat de louage. Sénèque, après avoir montré que je ne lui dois que son salaire et point de reconnaissance pour un bienfait, se sert de cette phrase : *Pretio futura conducitur* (1). Remarquez le mot, *conducitur*; il est caractéristique. Puis consultez les livres du droit romain, et vous le trouverez dans Paul comme dans Sénèque (2). Or, pourquoi le juriconsulte met-il ce constructeur dans la classe des locateurs d'ouvrages, si ce n'est par la raison, donnée par le philosophe, qu'il a spéculé sur le besoin que j'avais de lui, sans avoir aucune intention bienveillante pour moi, et que le prix m'a fait quitte ?

190. Mais si nous sortons de ce cercle d'agissements dont l'intérêt est le seul moteur, nous trouvons qu'il est des hommes dont la profession reçoit l'influence de sentiments plus généreux et plus relevés. Et lorsque ces hommes nous rendent service,

(1) *Loc. cit.*, 15.

(2) L. 22, § 2, D., *Loc. cond. Junge Javolen.*, l. 51, § 1, D., *Loc. cond.*

nous leur devons quelque chose de plus que de l'argent, et nous ne sommes pas dégagés après les avoir payés. Tels sont par exemple le médecin et le précepteur (1); car (je copie Sénèque), de médecins et de précepteurs ils se transforment en amis (2), et ils nous obligent moins par leur art que par la bienveillance et le dévouement qu'ils mettent à l'exercer. L'un s'est ému pour moi à la vue de mes périls; il a prévu les crises avec inquiétude, il s'est associé à mes maux; l'autre a éveillé mes dispositions naturelles; il m'a encouragé, soutenu, éclairé avec affection. Je serais ingrat envers tous deux si je ne leur portais pas de la reconnaissance (3). Je serais ingrat si je croyais que ces hommes, dont la profession est de conserver ou d'embellir notre vie, sont assez payés par l'argent que je leur ai promis (4). Si je me suis acquitté du prix de leur travail, je leur dois toujours le prix de leur dévouement et de leur affection (5).

Eh bien ! de ces hommes que le philosophe prend soin de placer si fort au-dessus de celui qui loue

(1) *Medico et præceptori plus quidquam debeo, nec adversus illos mercede defungor* (Sénèq., lib. 6, c. 16).

(2) *In amicum transeunt* (loc. cit., 16).

(3) *Id.*, n° 16.

(4) *In optimis verò actibus quæ vitam aut conservant aut excedant, qui nihil se plus existimat debere quàm pepigit, ingratus est* (*id.*, n° 17).

(5) *Tàm medico quàm præceptori pretium operæ solvitur; animi debetur* (*id.*, n° 17, in fine).

ses services, que fera la jurisprudence? Se séparera-t-elle de Sénèque pour les assimiler au maçon, au pilote, à celui qui se loue à la journée, *in diem locanti*? Lisez la loi 1, D., *De extraord. cognit.*, empruntée à Ulpien. Elle les élève à une position incompatible avec le louage d'ouvrage (1); elle les caractérise ainsi que Sénèque les caractérisait.

191. Voilà donc le principe philosophique des distinctions entre le louage et le mandat salarié. Grotius (2), Noodt (3), Voët (4), etc., etc., tous sont d'accord pour asseoir ces distinctions sur la base philosophique donnée par Sénèque.

192. Je dois dire cependant que Saumaise, savant du premier ordre, mais nullement jurisconsulte, a écrit une dissertation pour les taxer d'erreur, soutenant tout à la fois que Sénèque a été mal compris par eux, et que les lois romaines en matière de récompense n'ont rien de commun avec la théorie morale des bienfaits.

Voici son argumentation (5) :

193. Où voit-on d'abord dans la loi 1, D., *De extraordinariis cognit.*, qu'Ulpien s'occupe d'actes envisagés comme des bienfaits? La question qu'il traite est une question de récompense de services; il s'agit d'honoraires déniés par celui qui les doit en vertu d'un contrat ou de la coutume. On le sait :

(1) Mon com. du Louage, t. 3, n° 799.

(2) *Flor. sparsiv.* a l Tit. *De extraord. cognit.*

(3) *Mandati.*

(4) *Ad Pand., De extraord. cognit.*

(5) *Observ. ad jus atticum et romanum*, c. 25, p. 539.

un honoraire était dû aux professeurs, et il était ordinairement fixé d'une manière générale par un décret des villes. Un citoyen refuse de le payer. Comment l'y forcera-t-on? Sera-ce par une action ordinaire? Non! on le conduira extraordinairement devant le président de la province. Même procédure extraordinaire contre ceux qui, par un contrat spécial, étaient convenus d'une récompense avec l'instituteur, ou l'homme exerçant une profession libérale, dont ils avaient loué les services (1). Ce n'est pas tout, et il y avait aussi beaucoup de professions dont l'honoraire était fixé, non plus par un décret ou par une convention, mais par la coutume, comme, par exemple, l'honoraire des médecins. Même cognition extraordinaire du président de la province.

Mais, dans toutes ces procédures dont se préoccupe le jurisconsulte Ulpien, que voit-on? toujours un salaire, un prix, une récompense, jamais l'idée d'un bienfait, ni rien de cette philosophie morale de Sénèque (2). Que vient-on nous parler d'un médecin qui attend la reconnaissance d'un bienfait pour avoir soigné le malade qu'il a peut-être tué? il s'agit bien de cela!! C'est un médecin mercenaire, comme ils le sont tous aujourd'hui, qui demande le prix de ses visites (3). Le précep-

(1) *Ab iis qui operam eorum conduxerunt*, p. 540.

(2) *Ubi cunque mercedis nomen auditur. Nullum est beneficii ibi intellectus, nec ea mens Senecæ locis allegatis* (p. 540).

(3) « *Mercenarius medicus, ut olim omnes fuerunt, et nunc sunt, non pro sanato ægro, vel occiso, vicem beneficii expectat, sed mercedem operæ et curæ expetit.* »

teur dont parle Ulpien est-il celui qui ne demande que de la gratitude à son élève pour l'avoir instruit? Non! c'est le prix de son travail qu'il sollicite. Il en est de même de toutes les autres professions énumérées par le jurisconsulte. Toujours des demandes fondées sur une convention, sur une coutume, sur une loi, pour des services mercenaires et tarifés (1).

194. Il est vrai que Sénèque, tout en s'occupant de mercenaires, fait aussi rouler sa discussion sur certains actes empreints du caractère de bienfait, et auxquels il conserve ce caractère bien que ceux qui les procurent se fassent donner un prix, qui semble faire dégénérer la chose en vente ou location. Quelle est la raison que donne Sénèque pour ne pas faire prédominer dans leur action le côté mercenaire? C'est qu'elle est accompagnée de circonstances telles, qu'outre le prix convenu, il est encore dû quelque chose à la personne pour un bienfait éminent qui ne saurait être suffisamment payé avec de l'argent.

Mais cette idée s'applique-t-elle, nécessairement et de plein droit, aux deux professions dont Sénèque traite plus particulièrement dans sa dispute? Peut-on dire, dans tous les cas et d'une manière absolue: Le malade a reçu du médecin une chose inestimable, la santé; l'élève a reçu du maître l'éducation et l'instruction non moins inestimables; le prix ne compense pas ces choses; il n'est qu'une indemnité du travail, du temps? Point du tout. Et

(1) P. 541: *mercenariis professionibus et artibus.*

Sénèque, si on veut y bien faire attention, repousse cette généralisation. Il dit expressément : « Une convention a fixé le prix; donc celui qui a reçu le service n'est tenu à rien de plus qu'à ce à quoi il s'est engagé. Je vous paie ce que vous m'avez demandé et je suis quitte. Est-ce que je dois à un vendeur au delà du prix convenu (1)? »

195. Et ce que dit Sénèque en termes si formels, Ulpien le tient évidemment pour sous-entendu et accordé. Où voit-on, en effet, Ulpien séparer le travail de l'idée qui a inspiré ce travail? Où voit-on qu'après avoir parlé du prix, il porte son attention sur le bienfait qui résulte de la guérison et de l'enseignement (2)? Le juge ne doit y voir qu'une chose : le prix et rien de plus. *Judex de illa tantum mercede extra ordinem cognoscit.*

196. Cela est si vrai, qu'Ulpien, après avoir parlé des médecins et des professeurs auxquels on veut que nous devions de la reconnaissance, passe à des personnes qui exercent des professions évidemment inférieures et mercenaires, comme sont les *librarii, notarii, tabularii, à quibus*, continue Saumaise, *ultra operam nullum beneficium acceptum potest dici* (3). Ce sont gens dont le travail se paie au pied de la lettre, et qu'on ne peut ranger dans la catégorie de ceux qui rendent des bienfaits.

La loi romaine ne dit donc pas ce qu'on lui fait

(1) P. 545.

(2) P. 543.

(3) P. 543.

dire. Elle ne recherche pas au delà du prix un mérite inestimable.

197. Argumentera-t-on du passage de Sénèque où ce philosophe, continuant à parler des médecins et des professeurs, signalant ceux qui de médecins et de professeurs se transforment en amis, enseigne qu'on n'est pas quitte envers eux par un simple et modeste honoraire? Oh! je l'accorde pour ceux-là! mais de là même je conclus qu'il n'est rien dû, outre le prix, à ceux qui traitent leur malade ou leur élève comme le premier venu, et ne se livrent pas pour lui à des soins extraordinaires et plus recherchés qu'ils ne le font à l'égard de leurs autres malades ou de leurs autres élèves. D'ailleurs Sénèque en fait positivement la remarque et montre par-là son véritable point de vue.

198. Au surplus, il n'est pas besoin de s'élever jusqu'aux professions libérales de la médecine et du professorat pour comprendre qu'on doit de la gratitude aux services dont le principe est dans l'affection. Est-ce que si mon domestique me soigne avec plus de dévouement qu'on n'en doit à un maître, je ne lui dois pas de reconnaissance (1)?

Pourquoi donc, dans ce dernier cas, le serviteur ne trouve-t-il pas de place dans l'énumération d'Ulpien? Par une raison très simple qui dispense d'entrer dans les distinctions de ce système de philosophie, fort étranger aux lois romaines. Il y a, à leurs yeux, deux espèces de professions mer-

(1) P. 546, 547.

cenaires (1) : les premières plus honnêtes, comme le professeur des arts libéraux et autres arts et états que des textes spéciaux assimilent aux arts libéraux quoiqu'ils ne le soient précisément pas; les secondes, moins honnêtes, comme les métiers et ouvrages des mains. Ceux qui à Rome exerçaient les professions de la première espèce avaient pour le paiement de leur salaire un recours extraordinaire devant le préteur (2) ou le président de la province. Le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus* établit ce point de droit, et leur accorde cette faveur. Quant à ceux qui exerçaient les autres professions moins honnêtes, ce n'était pas le préteur ou le président de la province qui connaissait *extra ordinem* des questions de salaire soulevées par eux. Ils étaient justiciables des édiles (3). Une foule de passages de l'histoire romaine établissent que les ouvriers, les filles publiques, les proxénètes de débauche, les gens tenant taverne étaient sous la juridiction de l'édile, soit qu'il fallût les forcer à remplir leurs obligations et leur infliger des corrections, soit qu'il s'agît de faire droit à leurs demandes.

Enfin, au-dessus de ces professions, toutes mercenaires à divers degrés, il s'en trouvait de telle-

(1) *Artium et professionum mercenariorum duo erant genera* (p. 547).

(2) Pothier croit, d'après un passage de la satire 7 de Juvénal, que c'était, non pas le préteur, mais les tribuns qui étaient compétents. (*De extr. cognit.*)

(3) P. 548.

ment saintes qu'il n'était pas permis à ceux qui les exerçaient de réclamer en justice un salaire qui aurait diminué leur dignité; tels étaient les philosophes et les professeurs de droit (1); ceux-là seuls n'étaient pas mercenaires; tous les autres l'étaient, et le bienfait ne se rencontrait pas en eux.

Ainsi donc le titre du Digeste, dans lequel on s'est plu à voir un traité de morale tout entier sur le mérite des services et des bienfaits, ne règle qu'une affaire de compétence. Il ne faut y rien voir au delà.

199. Cette argumentation de Saumaise est une réponse en forme à Grotius, que ce critique éminent prend pour point de mire de ses coups. Elle valut à Saumaise une contre-réponse de Désiré Heraldus (2), où les raisons ont pour cortège les injures les plus violentes, suivant l'usage des érudits de cette époque (3). Laissons les injures à l'écart, et discutons avec calme les objections de Saumaise. Nous allons les voir s'évanouir.

Jamais, dit-il, l'idée d'un bienfait ne s'est présentée à la pensée d'Ulpian, et toute cette matière, qui va se résumer dans un prix, est par cela même étrangère à la matière des bienfaits!! Mais comment l'immense savoir de Saumaise a-t-il perdu de vue un texte célèbre dans lequel Ulpian a mis précisément et le mot et la chose : *Non crediderunt*

(1) P. 548.

(2) *Animad. in Salmasii observ. ad jus atticum*, lib. 5, c. 20.

(3) Ainsi Heraldus appelle Saumaise: « *homo ad maledicentiam dum natus, homo arrogans, etc., etc.* »

veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam BENEFICII LOCO præberi, et id quod datur, ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari (1). Il s'agit dans ce texte d'un agrimenseur salarié, et la question est de savoir si sa mauvaise foi dans ses opérations doit donner lieu à une action dérivant du louage d'ouvrages. Que répond Ulpien? Nos aïeux ont placé si haut la profession des agrimenseurs, ces conservateurs respectables du droit de propriété, qu'on ne saurait les considérer comme locataires d'ouvrages; leur ministère tient plutôt de la nature du bienfait; on le reconnaît par un honoraire, on ne le paie pas.

Il y a donc des professions vouées à des services dont la cause impulsive est dans la bienfaisance; et cette cause impulsive est ce qui décide, en droit, si ces services se rapportent ou non au contrat de louage. Quand la bienfaisance en est le principe, ils n'ont pas de prix dans le sens précis que comporte ce mot, parce que la bienfaisance ne se paie pas; on lui montre sa gratitude par un honoraire.

Saumaïse est donc dans la plus grande de toutes les erreurs quand il s'imagine que la question de bienfaisance n'entre pour rien dans la théorie qui nous occupe; elle est, au contraire, fondamentale et essentielle; Ulpien l'enseigne formellement pour ce qui concerne les agrimenseurs.

200. Ce que ce jurisconsulte vient de nous dire

(1) L. 1, D., *Si mentor*.

de cette classe si respectable et si considérée, Sénèque l'avait enseigné de son côté pour deux autres professions non moins honorables, celles des médecins et des professeurs; car, s'attachant à une objection pareille à celle de Saumaïse, il réfute ceux qui soutiennent qu'on est quitte envers le médecin ou envers le professeur parce qu'on leur a compté quelque argent. Il prouve que l'argent n'est que l'indemnité de leur temps, tandis qu'il reste au delà quelque chose qui tient du bienfait et à quoi l'on doit affection et respect: *caritas et magna reverentia* (1). L'argent s'adresse à leur labeur matériel, mais il ne les paie pas de leur mérite: *mercedem non meriti, sed occupationis* (2). On n'est pas quitte envers eux par cette récompense: *nec adversus illos mercede defungor* (3). Voilà bien le système exposé par Ulpien pour les agrimenseurs; le voilà érigé en règle par la philosophie pour les médecins et les professeurs. Or, si cette rencontre de deux grands esprits n'est pas concertée, elle me paraît concluante, précisément par ce qu'elle est fortuite. Si, au contraire, elle est méditée, elle n'est pas moins décisive. Ce n'est pas quelque chose de léger que l'assentiment d'un Ulpien.

201. Mais ce n'est pas tout. Le droit romain s'est aussi occupé nommément des médecins et des professeurs. Les met-il sur la même ligne que les ouvriers dont le travail tombe en louage? Bien au

(1) *De benef.*, VI, 15.

(2) *Loc. cit.*

(3) VI, 16.

contraire! il les en distingue par des dispositions spéciales (1); il les traite comme les agrimenseurs; leurs récompenses sont décorées du titre d'honoraires (2), elles ne sont pas des loyers (3). Pourquoi ce nom d'honoraires? Ulprien ne nous en a-t-il pas déjà donné la raison? N'est-ce pas à cause du bienfait qui se trouve dans leurs services? *Sed magis operam beneficii loco prebari* (4).

202. Disons donc que la théorie du droit romain est entièrement calquée sur la théorie de Sénèque, et que toutes deux reposent sur l'existence d'un principe de bienfaisance dans les faits qu'elles veulent apprécier. Ce principe, nié par Saumaise, ressort avec évidence de l'étude et de la comparaison des textes. Il éclaire tout le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*, et Saumaise n'a bien compris ni ce titre ni Sénèque lui-même.

203. On va peut-être se récrier sur ce que, non content de montrer la faiblesse de Saumaise quand il veut interpréter les jurisconsultes, j'ose affirmer que ce grand maître en critique littéraire n'a pas saisi le vrai point de vue du philosophe Sénèque. Rien n'est cependant plus certain, et Heraldus le lui a prouvé (5). Saumaise néglige à chaque in-

(1) L. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.* (Ulp.).

L. 1, D., *De proxenet.* (Ulp.).

(2) Ulp., l. 1, D., *De extraord. cognit.*

(3) Arg. de la loi 1, D., *De proxenet.*, et de la loi 1, D., *Si mentor.*

(4) L. 1, D., *Si mentor.*

(5) *Loc. cit.*, n° 8.

stant les propositions générales de Sénèque pour faire prédominer quelques aperçus particuliers et secondaires de sa discussion; il tient plus de compte des objections que des solutions, et il renverse l'ordre des idées du moraliste romain. La thèse de Sénèque est celle-ci: Celui-là est un ingrat qui s'imagine ne rien devoir au delà de ce qu'il a payé aux personnes qui sont vouées à ces professions relevées qui ont pour but de conserver ou d'embellir notre existence: *In optimis verò artibus quæ vitam aut conservant aut excolunt, qui nihil se plus existimat debere quàm pepigit, ingratus est* (1). Ce n'est pas tout que d'avoir payé le prix de la peine; il reste encore le prix du cœur. *Pretium operæ solvitur; animi debetur* (2). C'est cette thèse que Saumaise développe avec solidité et avec son abondance toujours si ingénieuse, si vive et si éloquente.

204. Il est vrai que, descendant dans une analyse sévère des services rendus par tel médecin ou tel précepteur, Sénèque veut que cette dette du cœur soit moins lourde, ou même qu'elle disparaisse entièrement si le médecin soigne son malade sans affection (3), si le précepteur jette la science à son élève sans s'inquiéter si ce dernier la recueillera (4). Mais ces manquements individuels d'hommes qui méconnaissent le génie libéral et philanthropique de leur profession n'ébranlent pas la vé-

(1) VI, 17.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Sine ullo affectu.*

(4) *In medium effunderet.*

rité du principe posé par Sénèque. Les professions vouées au soulagement de l'humanité, à la conservation de la vie, à l'amélioration du moral des hommes, commandent à ceux qui les exercent le dévouement et le zèle désintéressé; or, les règles générales de philosophie et de morale doivent prendre leur point de départ dans la supposition que les faits de l'homme sont d'accord avec son devoir. Seulement, il y a le chapitre des exceptions auquel les fautes sont renvoyées.

205. Mais c'est surtout dans le droit (où le besoin de règles est si impérieux) que l'on est conduit à généraliser par masse sans trop s'inquiéter de certains détails. Vous nous dites qu'il y a des médecins après au gain et des professions mercenaires; nous le savons, et quand il s'agira de déterminer le caractère de leurs rapports, nous verrons jusqu'à quel point il faudra leur faire une position spéciale. Mais ce qu'il y a de sûr, c'est que, par leur nature propre, la médecine et le professorat ont été institués dans des vues philanthropiques; que ces professions ont, aux yeux du public et à leurs propres yeux, un but généreux et plus relevé que l'intérêt; qu'elles sont troublées dans leur esprit quand elles dégèrent en pure industrie. Eh bien! c'est à ces caractères que nous nous attachons pour rapprocher leurs actes des contrats de bienfaisance, et pour les séparer du louage, contrat essentiellement intéressé. Nous sommes fidèles à l'esprit traditionnel et général de ces professions essentiellement libérales; nous les classons suivant leurs nobles tendances. Heureux si par ce

respect que nous leur montrons, par cette considération dont nous environnons ceux qui les exercent, nous pouvons contribuer à conserver intactes les qualités qui font leur honneur.

206. Saumaise insiste et nous dit : Voyez l'inconséquence. Puisque le bienfait vous paraît de si grande importance, pourquoi ne mettez-vous pas dans la même classe que le médecin, le simple mercenaire, le domestique, par exemple, qui vous a servi avec un dévouement particulier et exemplaire? Ne lui devez-vous pas de la reconnaissance pour son bienfait? Et si vous lui devez de la reconnaissance, que deviennent toutes ces classifications que vous bâtissez sur la morale des bienfaits?

Ce qu'elles deviennent! elles restent ce qu'elles sont, parce que l'argument de Saumaise est insignifiant.

Mon domestique m'a servi avec un dévouement plus assidu et plus fervent que ne le font ordinairement les hommes de cette classe. Mais allez lui demander s'il se contente de ma reconnaissance? Descendez dans son cœur, et voyez s'il n'attend pas une gratification pécuniaire, un supplément de gages ou quelque chose d'analogue, comme témoignage de ma satisfaction! Ne le confondez donc pas avec celui qui, exerçant une profession libérale, n'exige au delà de son honoraire qu'un sentiment de gratitude et des marques de considération.

Mais ce n'est pas tout; ce serviteur mercenaire dont parle Saumaise, et qui se distingue par un zèle plus affectueux que les mercenaires n'en mon-

trent d'habitude (1), assurément je le loue de tout mon cœur et ne veux rabaisser aucune de ses qualités. Mais, par cela même qu'il a fait plus qu'il n'est d'ordinaire de faire dans sa condition (2), je me garde bien de juger par ses services individuels du mérite de cette même condition. Puisqu'il s'est élevé au-dessus de son état, c'est donc que l'esprit de son état n'exigeait pas rigoureusement de lui ce surcroît de zèle et d'attachement; c'est que ce surcroît si méritoire et si digne de reconnaissance est en dehors du contrat qu'il a passé avec moi. Et, dès lors, il n'y a aucune comparaison à faire entre cette profession et les professions libérales. Dans la première, on se distingue en bien lorsqu'on montre ce zèle et ce dévouement auxquels on n'est pas obligé; dans les secondes, on se distingue en mal si l'on s'abstient de ces sentiments de sympathie, de ces efforts de zèle qui y sont de règle invariable et de devoir.

Et comme le droit mesure ses classifications théoriques sur les données générales, il s'ensuit que, sans entrer dans des détails de mérite ou de démérite individuels, il demeure dans la vérité alors qu'il maintient dans leur rang élevé les professions libérales dont l'esprit est un esprit de bienfaisance et de philanthropie, tandis qu'il relègue à

(1) *Opera entator*, dit Sénèque (VI, 47).

(2) Saumaise le reconnaît formellement, et je prends la question telle qu'il la pose. *Sed idem dici potest de servo mercenario, si MINISTERIIS COMMUNIBUS non contentus, plus quam dominum VULGÒ SERVUS SOLET, me diligit* (p. 546).

un rang inférieur celles qui ne tendent par leur but direct qu'à l'intérêt personnel et au gain.

207. Maintenant, comment Saumaise a-t-il pu donner aux premières le nom de mercenaires, à cause de la récompense à laquelle elles ont droit? Quel abus de mots! Quelle confusion d'idées! Quel oubli de nos textes et de leur distinction entre l'honoraire et le prix! On serait presque tenté de croire avec Heraldus qu'il a voulu parler le langage de l'envie et de l'invective, si l'on ne savait que, plus lettré que jurisconsulte, il a souvent sacrifié à de purs arguments de grammaire des vérités incontestables dans le droit. Qu'on le sache bien! notre langue est ainsi faite (et en cela elle a suivi les susceptibilités de la langue de Rome), que ce n'est pas sans une expression de mépris et d'injure qu'on étend le nom de loyers à des récompenses qui n'ont rien de mercenaire et auxquelles un sentiment délicat, plutôt que des préjugés aristocratiques, a donné la dénomination d'honoraires.

208. Saumaise n'a voulu voir dans le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus* qu'une affaire de compétence, et non une question de philosophie. Mais je ne reconnais pas ici le bon sens habituel de ce critique. Et d'abord, pourquoi une question de compétence ne serait-elle pas dominée par des raisons philosophiques, comme il y en a au fond de toutes les questions de droit? Depuis quand les études du jurisconsulte doivent-elles s'arrêter à l'écorce des faits, et négliger ou dédaigner les hautes raisons qui les expliquent? Oui! il y a

une question de compétence et de procédure dans le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus*. Mais cette question est grosse de beaucoup d'autres, qui ne peuvent se résoudre qu'à l'aide de la morale et de la philosophie; et les jurisconsultes romains n'ont pas reculé. La morale et la philosophie étaient les instruments de leur science. Il les ont mis en œuvre.

209. Pourquoi était-il si important de déterminer la juridiction devant laquelle devaient être portées les contestations relatives aux honoraires? parce que les honoraires, alors même qu'ils étaient réglés par une convention, n'étaient pas entièrement soumis, comme le prix d'un louage, à la volonté des parties; parce que la dignité des professions libérales imposait à ceux qui les exerçaient une juste mesure à laquelle l'arbitraire du juge devait les ramener quand ils s'en étaient écartés par des exagérations. Le magistrat revêtu de ce pouvoir discrétionnaire était le préteur ou le président de la province, qui prononçait lui-même *extra ordinem*, et d'après les circonstances, sans être lié par la convention, comme en matière de louage. Voilà pourquoi Ulpien recherche avec tant de soin quelles sont les professions que le magistrat admet à cette cognition extraordinaire. Voilà pourquoi il s'applique à les distinguer des professions mercenaires, qui n'ont rien de littéraire et de libéral. Qu'importe, après cela, que dans le nombre il y en ait quelques-unes qui ont perdu le lustre qu'elles avaient à Rome? L'opinion a changé, je l'accorde. Et, par exemple, nous n'assi-

milerons pas, comme le fait Ulpien, les nourrices aux avocats, aux médecins, aux professeurs (1). Si les Romains tenaient les nourrices en aussi grand honneur que l'était, aux yeux de la république française, l'étranger qui avait nourri un vieillard (elle le gratifiait du droit de cité), notre manière de voir n'est plus la même à cet égard. Mais, à travers ces modifications dans les distinctions sociales, un principe est resté immuable, et nous en avons doté notre droit. C'est que, malgré le tarif matériel auquel on pourrait, au point de vue économique, rapporter tous les services des hommes, il n'en est pas moins vrai qu'en philosophie et en morale, il existe des professions qui, eu égard à l'intention qui préside à l'accomplissement de leurs services, ne se paient pas par une indemnité égale à leur mérite. Si on récompense l'acte extérieur par un honoraire, on laisse l'intention dans le domaine de la reconnaissance: il y a donc dans ces services un côté gratuit. C'est par cet endroit qu'ils se rattachent au mandat, dont la nature est d'être un office, et point au louage, dont l'essence est d'être un marché.

De là, la nécessité d'étudier la qualité des faits qu'on reconnaît par un honoraire, et ceux que l'on achète avec un prix. La morale est ici l'auxiliaire de la jurisprudence; elle lui prête son flambeau.

La qualité des faits, une fois fixée, engendre la distinction du prix; ce prix est tantôt équivalent

(1) L. 1, § ult., D., *De extraord. cognit.*

au service, comme dans le louage, tantôt bien inférieur, comme dans le mandat. On voit que nous avons raison de dire ci-dessus que la qualité des faits et la nature du prix sont deux circonstances qui se tiennent par des liens intimes. De la qualité des faits on conclut à la nature du prix; de la nature du prix on conclut en définitive au caractère du contrat.

210. L'important, dans l'application de cette belle théorie, où le droit se montre si philosophique et si moral, n'est pas de chercher un rapport de valeur entre le service rendu et la somme promise. Ce rapport, calculé comme il devrait l'être sur le taux habituel des récompenses, sur le prix ou sur l'honoraire courant, ne donnerait que des résultats insignifiants si on le séparait de la qualité des faits et du mobile dont ces faits dérivent. Le point capital en cette matière est donc, surtout, d'arriver à une appréciation rigoureuse de la qualité des faits et de leur valeur morale. Dans cette appréciation on recherche l'intention, le sentiment d'obligeance et de générosité, l'opinion de l'agent, l'opinion du public, surtout l'esprit de la profession. Il y a des services que tout le monde juge de la même manière et sur lesquels le doute n'est pas permis. On sait à quoi s'en tenir, par exemple, sur les services que rendent un journalier, un artisan, un homme dont toute l'intelligence est placée dans les mains. D'un autre côté, qui conteste l'excellence inappréciable de certaines professions dont le but est d'éclairer l'homme, de le perfectionner, de se dévouer à sa conservation?

Entre ces deux degrés il y a d'autres professions qui se manifestent par moins d'infériorité ou moins d'éclat. On a quelquefois hésité sur ce qu'on en doit faire, et les jurisconsultes se sont partagés entre le mandat et le louage. Mais les mœurs ont fini par faire cesser ces incertitudes. L'opinion publique, souveraine en ces matières (1), et aidée de la distinction des professions littéraires et des professions mécaniques (2), des professions libérales et des professions purement mercantiles, a réglé les rangs; en sorte que, dans les matières civiles, il y a bien peu de cas où la question puisse se présenter avec des nuages. Parcourons, en effet, les professions étrangères au commerce.

211. Nous avons parlé ailleurs du professeur qui se livre à un enseignement (3); nous venons d'en dire quelques mots avec Sénèque. Faut-il rappeler l'heureuse influence du professeur sur la jeunesse et par conséquent sur le bonheur de la patrie (4)? C'est lui qui ouvre l'intelligence et façonne le cœur des enfants, qui leur prodigue les soins et la surveillance d'un père, qui conserve la chasteté de leur âme et prépare des citoyens à l'État.

« *Exigite ut mores teneros ceu pollice ducat,*
 » *Ut si quis cerâ vultum facit: exigite ut sit*
 » *Et pater ipsius ceteris, ne turpia ludant,*
 » *Ne faciant vicibus (5).* »

(1) *Tantum valet usus*, dit Noodt (*Loc. cond.*).

(2) Ulp., l. 1, § 7, D., *De extraord. cognit.*

(3) Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 798.

(4) Cicér., *Off.*, 1, 46.

(5) Juvénal, *satir.* 7, *in fine.*

Or, celui qui remplit cette mission ne se loue pas; il procure des services que l'affection et le dévouement rendent presque aussi inestimables que les soins paternels. Je sais que saint Augustin, dans un moment de ferveur ascétique, s'accuse lui-même d'avoir cupidement vendu à des disciples l'art de la rhétorique (1). C'est là le langage du héros chrétien qui se reproche comme un péché tout ce qui s'éloigne de la perfection; mais ce n'est pas le langage du monde et des vertus moyennes. C'est pourquoi Ulpien, loin de renvoyer les professeurs à l'action *locati* pour se faire payer de leurs honoraires, leur ouvre l'action extraordinaire devant le président de la province, les distinguant positivement des ouvriers, artisans et autres dont le travail tombe en louage (2). Dans leur nombre, Ulpien comprend les rhéteurs, les grammairiens, les géomètres, etc.; tous sont placés en dehors d'un contrat de louage; car ce serait abaisser la condition de ces hommes qui se consacrent, avec plus de zèle que de profit, à la noble cause des études (3).

212. On doit dès lors s'étonner que le Dictionnaire de l'enregistrement (4) qualifie de louage d'ouvrage l'acte par lequel un père de famille s'o-

(1) *Docebam in illis annis artem rhetoricam, et victoriosam loquacitatem, VICTUS CUPIDITATE, VENDEBAM (Confess., IV, 2)*.

(2) L. 1, § 1, combiné avec le § 7, D., *De ext. cognit.*

(3) *Studiorum causam agant. Ulp., l. 1, § 1, D., De extraord. cognit.*

(4) V° *Loyer*, n° 11.

blige à payer pendant dix ans 1,300 fr. d'honoraires annuels à un précepteur pour l'éducation de son fils; ou bien, la convention par laquelle une commune confie à un instituteur la direction de son école (1). De tels contrats sont de véritables mandats sujets seulement au droit fixe (2). La sècheresse du fisc ne peut enlever à ces fonctions le caractère distinctif qu'elles puisent dans un mobile plus philanthropique et plus désintéressé que le louage.

213. Ulpien va même bien plus loin à l'égard des professeurs de philosophie et des professeurs de droit. Organes de la sagesse morale et civile, ils ne doivent pas se montrer infidèles à leur haute mission par la préoccupation d'un lucre incompatible avec les choses saintes. Qu'ils reçoivent l'honoraire qui leur est offert spontanément, ils le peuvent sans manquer à leur dignité; mais le demander en justice, jamais. Il y a des choses qu'on peut recevoir honnêtement et qu'on ne demande qu'avec déshonneur (3).

214. C'est en se reportant à cette rigueur stoïque que Cujas, supposant un traité intervenu entre le professeur de droit et ses élèves pour le profit de

(1) V° *Marché*, n° 47.

(2) MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1485.

(3) *Est quidem res sanctissima, civilis sapientia; sed quæ pretio nummario non sit æstimanda, nec deshonestanda. Dùm in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quædam enim honestè accipiuntur, inhonestè tamen petuntur. (Ulp., l. 1, § 5, D., De extraord. cognit.)*

ses leçons, aperçoit dans ce traité un louage d'ouvrages (1). A Rome, il n'aurait pas pu être autrement qualifié, et le professeur se manquant à lui-même aurait été dépouillé du caractère propre à sa fonction et rabaissé au niveau de l'instituteur d'un esclave (2), ou de l'artisan qui, pour un prix, enseigne son métier à un apprenti (3).

Dans nos mœurs, cette susceptibilité est excessive. Le professeur de philosophie et le professeur de droit, malgré la grandeur de la science qu'ils enseignent, ne sont pas censés déroger parce qu'ils ont stipulé la récompense modérée de leur peine. Si des ingrats la leur contestent, nous ne voulons pas que l'iniquité de ces refus soit seulement flétrie par les satires d'un Juvénal (4); nous voulons que la justice ouvre son sanctuaire pour accueillir les plaintes du maître. Les *minervalia* n'ont rien qui l'humilie; ils ne lui sont qu'une indemnité pour le sacrifice de son temps. Mais le paient-ils de son dévouement et de la pensée philanthropique dont il doit être animé?

215. L'avocat est comme le professeur; il reçoit un honoraire (5) et non pas un prix; il agit en vertu d'un sentiment officieux.

(1) *Observ.*, lib. 2, c. 28.

Mon com. du Louage, t. 1, n° 64, et t. 3, n° 798.

(2) Ulp., l. 13, § 3, D., *Loc. cond.*

(3) Ulp., l. 13, § 4, D., *Loc. cond.*

l. 5, § 7, D., *Ad leg. Aquil.*

(4) V. sa satire 7.

(5) Ulp., l. 1, § 10 et 12, D., *De ext. cognit.*

Paul, l. 38, D., *Loc. cond.*

« *Civilia præstant*
» *Officia* (1). »

Et ce serait méconnaître la dignité de cette profession, presque aussi éminente que la magistrature, que de la soumettre aux principes d'égalité commutative et intéressée qui soutiennent le louage (2). Croit-on, en effet, que ce soit le seul espoir d'une récompense (fugitive peut-être) qui stimule l'avocat dans des veilles pénibles, dans ces luttes d'audience, où, pâle, inquiet (3), plein d'émotion et couvert de sueur, épousant de tout son cœur et de toute sa passion la cause de son client, il dispute à de redoutables adversaires la vie ou la fortune de cet homme qui lui a confié sa destinée? La satire a souvent parlé des colères gagées du barreau (4); l'expérience a même montré des avocats préférant à la gloire la dépouille de leurs clients (5),

(1) Juvénal, satir. 7.

(2) Bartole sur la loi 1, D., *Si mentor: Inter advocatum et clientulum non potest dici locatio*. La loi 1, § 10 et 12, D., *De ext. cognit.*, confirme cette vérité.

(3) « *Surgis, tu, pallidus Ajax, dicturus dubiâ pro libertate.* »
(Juv., *loc. cit.*)

(4) V. mon com. du Louage, t. 3, n° 792.

Hic clamosi rabiosa fori jurgia vendens improbus, iras et verba locat.

(Senec., *Hercut. furens*, act. 1, v. 172.)

Tertullien a dit quelque part: *mercenariam avocationem*. Labruyère ne flatte pas les avocats (sur les procès); et Voltaire: « Un avocat est un homme qui... étant immatriculé, a le droit de plaider pour de l'argent, s'il a la voix bien forte. »

(5) Pline, 5, *epistol.* 14: *Gloriâ loco, poni ex spoliis civium magnos redditus.*

et vendant honteusement leur ministère aux parties forcées de l'acheter (1). « Toi qui fus long-temps boulanger, Ciperus, tu plaides pour gagner deux cent mille sesterces; tu n'as pas quitté ta profession, Ciperus; tu fais encore du pain et encore de la farine (2). » Mais l'exemple de quelques indignes ne doit rien faire rejaillir de défavorable sur l'esprit d'une profession qui commande à ses adeptes d'autres sentiments.

Je pardonne à Cujas d'avoir mal parlé de certains avocats de son temps, légistes bavards et rapaces, qui avaient blessé sa susceptibilité et qu'il blessait de ses représailles. Leurs défis inconsidérément portés à son génie, leur dédain de la science, leur faconde verbeuse et vénale, avaient irrité ce cœur animé d'une noble confiance en lui-même et d'un noble amour pour le droit (3). Toutefois, ne généralisons pas ces reproches; méprisons les individus s'ils sont dignes de mépris, mais honorons la profession, parce qu'elle est grande, généreuse, libre, désintéressée. Tout en permettant à l'avocat de ne pas oublier les besoins de la vie, elle lui ordonne, avant tout, d'embrasser avec dévouement la défense de son client. Aussi, si le critique découvre quelques avocats dignes d'une nouvelle loi Cincia, la vérité

(1) *Venire advocaciones et emi.*

(Pline, 5, Epist. 21.)

(2) « *Pistor qui fueras, diu, Cipere,*
« *Nunc agis causas, et ducena quæris,*

« *E pistore, Cipere, non recedis;*

« *At panem facis, et facis farinam.* » Martial, VIII, 16.

(3) Mon com. du Louage, t. 3, n° 793.

en connaît un plus grand nombre qui sont pour leurs clients des consolateurs, des amis, des patrons pleins de sympathie. Les premiers insultent à leur état; les seconds sont d'accord avec les préceptes de cette admirable profession qui ouvre au faible et à l'opprimé ces trésors du cœur que tous les trésors de la terre ne peuvent égaler (1).

216. Les procureurs *ad lites*, prédécesseurs de nos avoués, n'ont pas toujours joui de la même distinction que les avocats. De nombreux interprètes les ont longtemps mis au rang des locuteurs d'ouvrages (2), à cause de leurs frais; et il faut avouer que beaucoup d'avocats, infatués d'une supériorité exagérée sur ces utiles auxiliaires de la justice, entretenaient, malgré la prétendue confraternité (3), ce préjugé blessant. Peut-être aussi la rapacité de quelques procureurs, signalée par Cujas (4), avait-elle contribué à faire peser sur le corps tout entier cette défaveur. Mais plus tard, les mœurs s'étant épurées, les habitudes étant de-

(1) Lorsqu'avec le temps la raison a repris ses droits, dit Voltaire, l'homme a repris les siens. Plusieurs avocats français sont devenus dignes d'être des sénateurs romains. Pourquoi sont-ils devenus désintéressés et patriotes en devenant éloquentes? C'est que les beaux actes élèvent l'âme; la culture de l'esprit en tout genre ennoblit le cœur. (*Dict. philosoph.*)

(2) Coquille, quest. 197, d'après la plupart des anciens jurisconsultes.

(3) Brillouin, v° *Salaires*, n° 3.

(4) Sur la loi 7, D., *Mandat*. Lib. 3 *Resp. Papin.*: *Non loquor de procuratoribus HUIUS TEMPORIS, rapacissimo hominum genere.*

venues plus disciplinées et plus graves, l'on finit par arriver à des jugements moins durs pour l'esprit de cette profession. Les honoraires des procureurs cessèrent d'être considérés comme un loyer. On les assimila, avec raison, aux rétributions des professions libérales (1). C'est ce dont personne ne doute plus aujourd'hui pour les honoraires des avoués (2).

217. Les notaires sont également des mandataires et non pas des locateurs d'ouvrages (3); ils exercent une profession libérale (4). Dépositaires des titres des parties, gardiens de leurs plus intimes secrets, conseils des familles, ils rendent des services où la confiance d'une part, le dévouement et l'amitié de l'autre, tiennent une grande place. M. Merlin les vengea le 27 janvier 1812, dans un plaidoyer solide, de l'injustice qu'on voulait leur faire de les comparer à des *locatores operarum* (5). Un arrêt rendu, à mon rapport, par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 24 juin 1840,

(1) Pothier, n° 125. Mon com. du *Louage*, t. 3, n° 803.

(2) MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1843.

(3) Arrêt de la Cour de cassat. du 27 janvier 1812. Cassat., Merlin, Répert., v° *Notaire*, § 6, n° 4; mon com. du *Louage*, t. 3, n° 804; Devill., 4, 1, 15.

(4) Ulp., l. 1, § 6, D., *De extraord. cognit.*

(5) *Junge* arrêt de la Cour de cassat. du 26 juin 1829 (Devill., 6, 1, 261).

15 novembre 1820 (Dev., 6, 1, 326).

10 novembre 1828 (Dev., 9, 1, 178).

20 mai 1829 (Dev., 9, 1, 205).

Riom, 8 décembre 1838 (Devill., 39, 2, 419).

qualifie expressément le notaire de *mandataire des parties pour recevoir leurs dispositions* (1).

218. Que dirons-nous de l'huissier? La question devient plus délicate; car cette fonction est la moins noble de celles qui se rattachent à l'administration de la justice. Néanmoins, la qualité de porteurs de commissions et d'exécuteurs de jugements les investit d'un caractère public, qui ne se donne qu'à la confiance et qui place leur ministère au-dessus de celui de *locator operarum* (2). Cette confiance est si grande que leurs actes font foi dans tout ce qui concerne leur ministère. Leur personne est protégée comme une représentation de la puissance publique elle-même. Enfin ils ne sont pas maîtres de donner à leurs actes un prix débattu, comme dans le louage; ils ne reçoivent que le salaire fixé par la loi à titre d'indemnité.

219. La médecine est l'égal du barreau pour la dignité. La vie des hommes est livrée à ses soins (3). Le médecin lui doit ses fatigues et ses veilles; il lui doit son dévouement et sa charité (4). L'honoraire n'est pas l'unique mobile qui le fait se lever la nuit à toute heure et voler au secours du malade. Alors même que cette récompense

(1) Dev., 40, 1, 503. *Junge* M. Championnière, t. 2, n° 1842.

(2) MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1843.

(3) Ulp., l. 1, § 1, D., *De extraord. cognit.*: *Salutis hominum curam agunt.*

(4) *Suprà*, les paroles de Sénèque.

lui manquerait, le devoir de sa profession, et non pas l'avarice, lui crierait :

• *Debout !.... il est temps de marcher (1).* »

Plus encore que l'avocat, le médecin est admis dans l'intérieur du foyer domestique ; il vient s'y asseoir comme ami, y porter l'espérance (2) et en partager les joies et les douleurs. La reconnaissance que l'avocat conquiert dans les luttes brillantes de l'audience, le médecin la gagne dans les intimes rapports de la vie privée, par son empressement attentif, par ses sollicitudes affectueuses. Peut-être qu'en traçant ce tableau je fais une critique. Mais je recherche le caractère de la profession, et non les fautes des individus. Or, la profession, prise dans l'esprit de son institution et de sa discipline, est philanthropique et désintéressée. Elle répugne donc au louage, et condamne sévèrement ceux qui la déshonorent par de mercenaires habitudes.

220. Le prêtre contracte-t-il un mandat ou un louage d'ouvrages dans l'engagement qu'il souscrit pour remplir les fonctions de son ministère moyennant une rétribution annuelle ? On rougit de dire que le conseil des finances, par une décision fiscale du 22 septembre 1729, ordonna la perception

(1) Boileau, satire 8.

(2) *Non citò spem projicere, nec citò mortifera signa pronuntiare*, dit Sénèque en parlant des devoirs des médecins.

(*De clementiâ*, lib. 1, c. 17.)

du droit de marché sur un tel engagement (1). J'admire vraiment MM. les financiers qui croient que le pain des hommes paie et compense le pain de la parole de Dieu ! Comment ! Au delà de cette misérable aumône que le prêtre s'assure pour ses besoins, leur cœur desséché n'aperçoit pas tout ce qu'il y a d'incalculable dans la mission religieuse qu'il vient accomplir à force d'abnégation, de charité, de dévouement. Et depuis quand le sacerdoce a-t-il cessé d'être une fonction gratuite, quoique des honoraires ou des oblations soient attribués à ses pénibles et saintes fonctions (2) ? Le prêtre vit de l'autel, a dit saint Paul ; mais il vit encore plus de foi et de charité (3).

221. L'*agrimensor* chez les Romains jouissait de la même considération que l'augure auquel il avait succédé pour les opérations sacrées du bornage (4). Aussi le salaire des *agrimensores*, décoré du titre

(1) MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1847.

(2) Arg. des articles organiques du concordat. V. Durand de Maillane, v° *Official*, § *Honoraires*, où l'on voit que l'official peut exiger que l'évêque le rétribue, *ut commodè possit sustentari*, et v° *Prédicateur*, p. 456, où l'on voit qu'un prédicateur a action devant le juge civil pour ses honoraires.

L'ord. de Blois (art. 51) maintient les ecclésiastiques dans le droit d'oblations, et un règlement de l'archevêque de Paris, du 30 mai 1693, homologué par le parlement le 10 juin suivant pour être exécuté dans sa forme et teneur, règle les honoraires des curés pour bans, fiançailles, mariages, etc.

(3) Mon. com. du *Louage*, t. 3, n° 807.

(4) Mon. com. du *Louage*, t. 3, n° 797 ; M. Giraud, *Du droit de propriété*, t. 1, p. 123 et 131.

d'honoraire, était-il déclaré par Ulpien n'avoir rien de commun avec un louage d'ouvrage (1). Aujourd'hui l'arpentage a beaucoup perdu de ce relief qu'il tenait des idées religieuses attachées à la constitution de la propriété romaine. M. Merlin veut cependant que l'arpenteur soit plutôt un mandataire qu'un *locator operarum*, et il transporte dans le droit moderne le texte d'Ulpien (2). C'est faire quelque violence aux situations, et argumenter à pari de choses qui ne sont plus semblables. L'arpenteur n'est pas d'un ordre plus relevé que l'architecte. Puisque ce dernier est un *locator operarum*, pourquoi pas le premier (3)? Je suis donc porté à ne pas désapprouver, comme le font MM. Championnière et Rigaud (4), une décision de la régie de l'enregistrement du 10 septembre 1817, qui a fait percevoir le droit de marché sur un traité passé pour l'arpentage d'une commune entre un géomètre, entrepreneur du cadastre, et ses collaborateurs.

222. L'opinion sur laquelle nos recherches sont basées est souvent bien variable, sans être pour cela toujours capricieuse. Les Romains, si pleins

(1) L. 1, D., *Si mentor falsum*.

Noodt sur ce titre.

Cujas, 4, *observ.* 48.

Jacq. Godefroy, G. Théod., *De tronibus*, lib. 7, t. 43.

(2) Répert., v° *Notaire*, § 6, n° 4. Jange MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1487.

(3) C'est aussi l'avis d'Huberus, sur le titre *Si mentor*.

(4) *Loc. cit.*

de respect pour l'arpentage, dédaignaient les mains qui cultivaient l'art de la peinture (1). Il n'en était pas de même dans la patrie de Parrhasius et d'Apelle. La peinture était un art honoré, cultivé par les hommes du plus haut rang, et interdit aux esclaves (2). Cependant, quoique la Grèce récompensât largement les travaux des peintres (3), elle avait plus d'estime pour un Polygnote, qui peignit gratuitement le temple de Delphes et le portique d'Athènes, que pour un Micon, qui se faisait payer (4). Quant à Rome, ces distinctions paraissaient trop subtiles à ses préjugés, et toute espèce de peinture, même celle que l'amour désintéressé des beaux-arts inspirait, lui semblait peu digne d'un citoyen (5). Quand le luxe s'introduisit en Italie, on consentit à payer chèrement un art qui satisfaisait les plaisirs et la vanité; mais on l'enrichit sans l'estimer. Aussi Pline, dans sa langue malgré lui hautaine et dédaigneuse, donne-t-il le nom de louage à un traité que le peintre Nicomaque avait fait avec le tyran de Sicyone pour peindre dans un certain délai le monument du poète

(1) Pline, lib. 35, n° 7, 4: *Postea non est spectata honestis manibus*.

(2) Pline, lib. 35, n° 36.

(3) *Id.*, lib. 35, n° 40.

(4) *Id.*, lib. 35, n° 35, 9.

(5) Valère Maxime dit que Fabius Pictor, en travaillant à des œuvres de peinture, s'était adonné à un art bien au-dessous de sa naissance: « *Sordido studio deditum ingenium.* » VIII, 14, 6.

Téleste (1) ; l'on trouve dans le Digeste des textes qui prouvent que cette terminologie peut n'être pas inconsiderée (2).

Dans nos mœurs, il serait difficile d'adopter ce sentiment d'une manière absolue ; nous plaçons, en général, les compositions du peintre, du sculpteur, du graveur, du musicien, en dehors et au-dessus des spéculations mercantiles ; témoin l'art. 29 de la loi du 1^{er} brumaire an VII, qui affranchit les peintres, sculpteurs, graveurs, de l'impôt de la patente (3). Toutefois, le peintre qui déshonorerait son art par des productions obscènes ou satiriques (4) ne saurait prendre rang parmi les artistes dont les travaux sont un bienfait pour la civilisation. Mais celui que l'amour de la renommée inspire plus que l'amour du gain, qui cherche la perfection de son art dans la méditation et les études (5), qui parle à l'imagination et au cœur en animant la toile par les hauts faits de l'histoire, par les passions de l'homme, par les souvenirs de la famille, celui-là n'est pas un artiste qui trouve dans de l'argent l'estimation de ses travaux et de ses veilles. *Non ad aēs exit* (6). Il faut un appoint à

(1) Tradunt namque CONDUXISSE pingendum, lib. 35, n° 36.

(2) Ulp., l. 5, § 2, D., *De præscript. verb.*

(3) MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1486.

(4) Pothier, *Louage*, n° 306.

(5) *Sine quibus* (dit Plin en parlant du peintre Pamphile) *artem perfici non potest*. Lib. 35, n° 36 (édit. Panck., t. 20, p. 12).

(6) Expressions de Sénèque (lettre 88) que j'emploie contre lui-même.

son honoraire, et cet appoint, c'est la reconnaissance, c'est l'estime publique, c'est quelquefois la gloire. Nos rois, par exemple, après avoir dignement assuré le sort des grands artistes dont ils employaient les talents, ajoutaient aux largesses leur affection et leur familiarité. J'aime cette attention délicate ; elle ne mesure pas le génie au prix de l'argent ; elle donne un noble supplément qui enflamme l'artiste en attestant le sentiment exquis du monarque. J'ignore ce que la liste civile a donné d'honoraires à Rossini lorsqu'elle lui commanda, pour le sacre de Charles X, un délicieux ouvrage qui depuis est devenu *le Comte Ory*. Mais ce que je sais, c'est qu'il n'y a pas d'écus d'or qui puissent payer le plaisir que procurent de tels chefs-d'œuvre.

223. Nous en avons dit assez pour montrer dans quelles idées il faut aborder la distinction du mandat et du louage en ce qui touche aux matières civiles. Nous croyons être resté fidèle à la pensée du C. c. et de toute la jurisprudence française. Nous savons que quelques législations étrangères ont dédaigné ces nuances délicates. Le code autrichien, par exemple, met les avocats, les médecins, les artistes dans la classe des locataires d'ouvrages, ainsi que tous ceux qui ont stipulé des traitements ou récompenses (1). Nous plaignons le législateur autrichien d'être tombé dans cette confusion, et nous nous félicitons de vivre sous une législation plus sensible aux mobiles généreux et plus propre

(1) Art. 1163. V. M. de Saint-Joseph, p. 94.

à entretenir dans certaines professions des devoirs de désintéressement et d'honneur.

Nous nous attachons donc par une préférence raisonnée à notre droit civil, qui, reflet de nobles sentiments et de mœurs délicates, a fait une différence hiérarchique entre le louage et le mandat, et tient le mandat pour plus relevé (1) que le louage de services.

224. Mais, dira-t-on, beaucoup de personnes, que vous tenez à mettre en dehors du louage, ne font aucune difficulté de vendre les œuvres de leur talent. Un peintre vend son tableau; un auteur vend son livre. Or, si l'œuvre peut être vendue sans déshonneur pour le vendeur, pourquoi le talent ne pourrait-il pas s'engager par le louage à la produire, sans rien diminuer de sa considération? Dès l'instant que vous admettez que, dans le cas de vente d'une production de l'intelligence, on peut mettre un prix au talent, au génie, à tout ce qu'il y a de plus inestimable, vous manquez de logique si vous repoussez dans le louage le prix de ces choses. Reconnaissez donc que le louage peut atteindre les faits et les services auxquels vous voulez faire, dans le mandat, une place rien ne justifie, et cessez de maintenir des distinctions honorifiques fondées sur de vains préjugés.

225. Cette objection suppose entre la vente d'un corps certain, et le louage de services personnels, une parité qui n'existe pas. Quand un auteur vend

(1) Je commencerai, dit Toubeau, par les mandataires qui sont les plus nobles, p. 412.

son livre, il ne fait entrer dans cet acte de commerce civil que la valeur vénale d'un corps certain, d'un objet matériel qui a son prix courant. Cette production de l'intelligence a beau être inspirée par le génie le plus sublime; elle peut porter au plus haut degré le cachet de la perfection; elle n'en est pas moins un corps certain, tombé dans le commerce, et appréciable en argent comme le meuble le plus chétif. Mais ne dites pas que l'auteur a vendu sa plume et son génie! Ne confondez pas l'effet avec la cause, la chose créée avec la puissance créatrice. La cause reste dans la plénitude de sa liberté et de son indépendance; le contrat de vente de la chose créée n'a ni engagé ni atteint la puissance créatrice.

Mais dans le louage de services ne voyez-vous pas la différence? Quelle est la matière de ce contrat? n'est-ce pas la puissance créatrice de l'homme même s'engageant à créer? n'est-ce pas son activité personnelle, obligée à faire comme cause la chose stipulée, et se mettant au service d'un autre dans ce qu'elle a de plus libre, par une obligation qui restreint son indépendance? Or, quand il s'agit, non plus d'un meuble corporel et d'un corps certain jeté dans la circulation, mais de la personnalité humaine, il y a des distinctions à faire et des nuances à observer. Cette personnalité humaine, capable de si grandes choses et de si misérables, si diversement inspirée par les passions nobles et par les passions mesquines, tantôt dominée par l'intelligence, tantôt par la nature physique, il faut la juger avec d'autres idées que la matière inanimée.

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 locatateur 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'exiguité 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. Vineens, 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: *Ipsium 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 Gènes, 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 gèrait 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.* 16, n° 11.
Toubeau, *Inst. du droit consulaire*, p. 114.

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).

241. Veut-on des preuves doctrinales de cette vérité? Consultez les auteurs commerciaux, et voyez si la provision que perçoit le banquier pour le paiement d'une lettre de change tirée sur lui est considérée par eux au point de vue d'une location d'ouvrages et comme le prix d'un travail mercenaire? *Illa igitur provisio* (*provisio* est le mot (1) consacré par l'usage et cet usage n'est pas sans intention) *quæ contingit in cambio, induit potius naturam remunerationis quam mercedis*. C'est ce qu'enseigne Turri dans son savant traité *De cambiis* (2); et il se hâte d'ajouter que cette provision est due, non pas en vertu d'un contrat de louage, mais par suite d'une coutume nécessaire et louable qui n'enlève pas au change les éléments du mandat qui s'y trouvent mêlés (3).

242. La question, du reste, a été examinée sous un rapport plus général par Marquardus, auteur de beaucoup de sens et d'autorité; et il enseigne que la provision de tant pour cent, que la coutume commerciale assure au commissionnaire, ne fait pas dégénérer le contrat en louage de services. Cette provision n'est qu'un honoraire pareil aux récompenses dont les jurisconsultes romains se sont occupés dans le titre du Digeste *De extraordinariis cognitionibus* (4).

(1) Turri, Disp. 2, quæst. 4, n° 34.

(2) N° 35.

(3) V., p. ex., Casaregis, disc. 35, nos 2 et 3: *Sive provisione, ut nuncupatur à mercatoribus*.

(4) Lib. 2, c. XI, nos 62 et suiv.: « *Quantquam mandatam*

243. Qu'on n'objecte pas que Scaccia, en trai-

de jure communi, naturâ suâ, sit gratuitum, adeò, ut si aliquid pro negotii demandati expeditione datum aut promissum sit, non sit mandatum, sed in alterius negotii formam, hoc est, in alium contractum cadat, mercede enim constitutâ incipit locatio et conductio (§ ult. Inst. Mandat., l. 1, § fin.; l. 6, § ult.; l. 36, § 1, D., Mandat.). (Videatur disputatio nostra de mandato habita Jenæ anno 1630 et inserta tractati de contractibus Richteri.) *In curiis tamen mercatorum datur mandatario, solventi litteras cambii mandatoris, vel exsequenti aliud negotium, provisio, seu merces et stipendium laboris et periculi.* (Decis. rot. gen. 46, n° 11; Scaccia, *De com. et camb.*, § 3, glos. 3, n° 1, foglio 412.) Quo l de consuetudine modernâ in emporiis hodiè ad omnes mercatores extenditur, « *ut scilicet eorum MANDATARIIS pro singulis centenis unus et dimidius florenus solvantur... adeò ut de stylo mercatorum debeatur etiamsi non contenta seu promissa sit provisio.* » (Scaccia, loc. cit., n° 2.)

Hoc autem salarium seu HONORARIUM, huic contractui saltem incidit: necessariò verò (vel ut Bachovius putat) planè non inest. Ideò que tale salarium non ordinariâ mandati actione peti potest, sed aut ex stipulatu, si stipulatio intervenit, aut ex alio contractu aliâque actione, puta præscriptis verbis, vel extra ordinem peti potest, modò sit certum aliquò promissum. (L. 7, D., Mandati, l. 56, § 3, D., Mandati, l. 1, C., Mandati.)

Certum enim debet esse salarium; nam salarium in re pollicitationis neque extra ordinem rectè petitur (Cujas ad rubric. t. D. Mandati), nisi mercatorum stylus et consuetudo (quæ appriè attendi debet; rot. gen., decis. 7, n° 11) contrarium suadeat, prout docet s. Scaccia, loc. cit., n° 2.

Marquardus avait dit plus haut, l. 2, c. XI, nos 44 et suiv.: Haud rarò mercatores ex mandato privato (quod hodiè in foro mercatorum commissio dicitur; rota gen., decis. 2, n° 31, et decis. 9, n° 1) tenentur,

tant la question de savoir si la provision est due de plein droit et sans convention, va emprunter des arguments à ce qui se passe dans le louage de services (1). Si l'on continue à lire jusqu'au bout la dissertation de cet auteur, on verra que celui qui touche cette provision n'est, à ses yeux, qu'un commissionnaire, un procureur, un mandataire (2).

244. Et comment pourrait-il en être autrement en présence de ce louable usage du commerce (3) qui assigne à la commission les primes les plus légères, et défend d'exiger des commerçants des rétributions de nature à les grever? N'est-il pas clair que la coutume, tout en faisant la part des nécessités commerciales, a voulu conserver autant que possible le caractère de ministère officieux et de bon service à la commission, ce lien du négoce, ce pivot des opérations lointaines, cet agent puissant et commode qui rapproche les distances et rend la spéculation perpétuellement cosmopolite?

245. Le courtier est-il un *locator operarum*, ou un mandataire?

Les lois romaines décident formellement que la première qualification ne lui appartient pas. Leur salaire était décoré du nom de *proxeneticon* ou de *philantropia* (4), et ils avaient pour s'en faire payer

(1) § 3, glos. 3, n° 2.

(2) N° 5.

(3) *Laudabilis mercatorum usus*, dit Scaccia (*loc. cit.*, n° 11).

(4) Ulp., l. 1 et 2, § 1, D., *De proxenetico*.
Et Cujas, XI, *observat.* 18.

la persécution extraordinaire devant le préteur ou le président de la province, de même que les avocats, les médecins, les professeurs (1).

Il en est de même dans notre droit français. Les courtiers sont les médiateurs des parties et les mandataires de l'une et de l'autre (2). A la vérité leurs fonctions sont rétribuées de droit; elles sont même lucratives (3). Mais elles ne le deviennent que par le grand nombre d'opérations auxquelles ils sont appelés à se livrer. Car en lui-même l'honoraire du courtier est modique eu égard à la probité, à la discrétion, à la prudence et à l'habileté qu'on exige de cette profession si utile dans le commerce (4). On sait même qu'il est défendu aux courtiers d'exiger un salaire plus considérable que celui qui est réglé par la coutume du lieu. Or, puisque le courtage reste toujours sous la dépendance du cours de la place, que les tribunaux ont le droit de l'y ramener, et qu'il ne dépend pas des courtiers de le fixer à leur gré au delà de la légère prime d'usage (5), il s'ensuit que ce salaire ne saurait être classé dans ce qu'on appelle prix de

(1) Lois précitées.

Et Cujas, *loc. cit.*

Et Wissembach sur le tit. du D., *De proxenet.*

(2) Rogues, t. 2, p. 296.

Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 12.

(3) Turri, *De cambio.*, disp. 1, quest. 2, n° 8: *Proxenetæ frequens et lucrosa est opera.*

(4) Savary, t. 1, p. 623.

(5) Rogues, *loc. cit.*

louage, lequel ne dépend que de la volonté des parties, toujours maîtresses de l'élever aussi haut qu'il leur plaît (1). C'est parce que cette profession, tout à la fois si précieuse et si peu coûteuse, était considérée par les Romains comme un bienfait pour le commerce en général, et en particulier pour les étrangers qui venaient à Rome faire le trafic, ignorant la langue, les dépôts de marchandises, les négociants accrédités, etc., que le droit romain mettait les courtiers dans une classe supérieure aux *locatores operarum*. Ulpien dit expressément : « *Item dico si aliquid philanthropia nomine acciperit, nec ex locato conducto erit actio* (2). » Il n'y a pas de raison valable pour nous écarter de cette décision.

246. L'agent d'affaires est placé par MM. Rigaud et Champomière dans la classe des mandataires (3) (art. 632 C. de c.). Cette proposition s'appuie sur une jurisprudence constante (4).

En voici un exemple :

Isart, agent d'affaires patenté, avait été chargé par les héritiers Desgardes de liquider la succession de leur père et mère, de recouvrer les créances actives, de faire le partage, etc., etc. Un salaire de 5 centimes par franc est alloué à Isart, et il est

(1) V. *infra*, n° 246, l'arrêt que je cite sur le droit des trib. de réduire le salaire de l'agent d'affaires.

(2) L. 2, *De proxenet*.

(3) T. 2, n° 1844.

(4) Dal., v° *Mandat*, p. 959.

V. aussi MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 49.

stipulé en outre qu'en cas de révocation du pouvoir conféré à Isart, il lui sera tenu compte de ses honoraires, de même que s'il eût fait les recouvrements.

Le mandat ayant été révoqué, la question s'élève de savoir si les tribunaux avaient le droit de réduire l'honoraire d'Isart pour ce qui concerne les recouvrements que cette révocation empêchait d'opérer. Isart soutenait qu'il avait fait un acte de commerce et que son traité était un véritable marché de locateur d'ouvrages, un forfait puisant sa force dans une convention légalement formée. Les héritiers soutenaient au contraire qu'ils avaient investi Isart d'un mandat, et qu'en principe tout salaire d'agent d'affaires est sujet à évaluation par le juge. Le tribunal de Meaux, saisi de l'affaire, n'hésita pas à qualifier de mandat, et nullement de marché, l'agissement intervenu, et, sur l'appel, la Cour royale de Paris, entrant dans ces idées, mit l'appellation au néant par ce considérant : « Attendu que tout salaire d'agent d'affaires est » sujet à évaluation et règlement par le juge. » Isart voulut tenter l'épreuve de la cassation. Mais, par arrêt du 11 mars 1824, la chambre des requêtes, sous la présidence de M. Henrion, rejeta le pourvoi : « Attendu que l'arrêt au fond n'a violé » aucune loi en déclarant que tout salaire d'agent » d'affaires est sujet à évaluation et à règlement » par le juge (1). »

(1) Devill., 7, 1, 413.

Infra, n° 632.



247. Ce point est en effet incontestable. Et pourquoi les agissements de l'agent d'affaires sont-ils soumis à cette révision du magistrat? Parce qu'il faut qu'ils conservent le caractère de services alors même qu'ils sont rétribués; parce qu'il ne faut pas que des conventions trop acerbes d'un côté, trop faciles de l'autre, enlèvent toute espèce de gratuité à un ministère si utile; parce que de tels agissements, étant de la classe des mandats, ne doivent pas être tarifés arbitrairement par les parties, comme dans le louage; parce que le salaire doit en rester modique, ainsi qu'il doit toujours être dans le mandat.

248. Nous en avons dit assez pour montrer comment le salaire peut s'adapter au mandat commercial sans le pervertir. Nous ne pousserons pas plus loin un examen qui cesserait d'avoir de l'intérêt.

249. Insistons maintenant sur certains caractères que le salaire doit présenter.

Il faut qu'il soit stipulé d'une manière positive, ou que du moins un usage, équivalent à la convention, rende le mandat salarié et fixe le montant de l'honoraire. Un notaire, un avoué, n'ont pas besoin de convenir qu'un salaire leur sera attribué. La coutume et la loi remplacent la convention. Nous avons vu qu'il en est ainsi dans les matières de commerce; à défaut de pacte, l'usage fixe un tant pour cent, et les parties sont censées s'y être référées.

250. Le salaire peut consister, soit dans une somme ronde, soit en une remise de tant pour cent.

Il peut être pur et simple, ou subordonné à une condition (1).

251. Le salaire convenu expressément ou tacitement est dû au mandataire alors même que l'affaire dont il a été chargé n'aurait pas réussi (2). Le mandataire n'est pas responsable de l'issue de la négociation (art. 1999). Il fait ce qui est en son pouvoir, et cela suffit pour que son honoraire lui soit acquis.

252. Néanmoins la convention peut établir que le salaire ne sera dû qu'en cas de succès (3). Cette convention n'a rien d'illicite; elle rentre dans le domaine de la volonté des parties.

253. L'art. 1999 assure au mandataire une action pour se faire payer de son salaire. Cette action n'est pas, comme chez les Romains, en dehors du contrat de mandat. Dans nos idées, au contraire, elle en découle positivement; c'est véritablement une action *mandati*. Mais n'anticipons pas par de plus longs détails sur le commentaire de l'art. 1999.

(1) Ulp., l. 43, D., *Præscript. verb.*

Infrà, n° 634.

(2) Heraldus, dans ses dissertations contre Saumaise (*Animad. in Salmas. observat. ad jus atticum*, lib. 5, c. 20). Cassat., req., 6 mars 1827 (D., 27, 1, 162).

Suprà, n° 6, art. 1999.

Infrà, n° 633.

(3) Même arrêt.

ARTICLE 1987.

Il est ou spécial et pour une affaire, ou certaines affaires seulement; ou général, et pour toutes les affaires du mandat.

ARTICLE 1988.

Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.

ARTICLE 1989.

Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat. Le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

SOMMAIRE.

254. Liaison. Résumé des art. 1987, 1988, 1989.
 255. Du contenu de la procuration ou *forma mandati*.
 256. Le mandataire doit se conformer à la forme du mandat.
 Doctrine des moralistes à cet égard.
 257. Cette doctrine est celle du droit public, du droit civil et du droit commercial.
 258. Le droit politique est cependant plus sévère que le droit civil à l'égard du mandataire qui désobéit, alors même qu'il réussit.
 259. En morale, il ne faut pas être trop sévère pour le man-

dataire qui a cru bien faire en allant au delà du mandat.

Exemple pris de Cicéron.

260. La règle de droit est : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*. Etendue de cette règle.

§. — 261. Des actes d'exécution qui vont contre la forme du mandat.

262. Exemple.

263. Autre exemple.

264. Autre exemple.

265. Suite. Décision de la rote de Gênes.

266. Suite.

267. Suite.

268. Le mandataire qui va contre la forme du mandat est en faute, lors même que la chose qu'il substitue à la chose demandée serait meilleure.

Raison de cela.

§. — 269. Des infractions par lesquelles le mandataire va au delà du mandat. *Addit ordini sibi dato*.

270. Dissentiment à ce sujet entre les jurisconsultes romains.

271. Suite.

272. Le mandataire qui a un mandat général va au delà de son mandat s'il aliène ou hypothèque.

273. Différence entre le mandat spécial et le mandat général.

274. Suite et détails nécessaires pour montrer dans quels cas il y a mandat spécial ou mandat général.

275. Il y a deux espèces de procurations générales et deux espèces de procurations spéciales.

276. De la procuration générale *cum liberâ*. Si elle est plus étendue que la procuration générale *simpliciter*?

277. Y a-t-il une différence entre le mandat général et le mandat conçu en termes généraux?

Il y a des procurations spéciales conçues en termes généraux.

278. La procuration générale ne comprend que les actes d'administration.

ARTICLE 1987.

Il est ou spécial et pour une affaire, ou certaines affaires seulement; ou général, et pour toutes les affaires du mandat.

ARTICLE 1988.

Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.

ARTICLE 1989.

Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat. Le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.

SOMMAIRE.

254. Liaison. Résumé des art. 1987, 1988, 1989.
 255. Du contenu de la procuration ou *forma mandati*.
 256. Le mandataire doit se conformer à la forme du mandat.
 Doctrine des moralistes à cet égard.
 257. Cette doctrine est celle du droit public, du droit civil et du droit commercial.
 258. Le droit politique est cependant plus sévère que le droit civil à l'égard du mandataire qui désobéit, alors même qu'il réussit.
 259. En morale, il ne faut pas être trop sévère pour le man-

dataire qui a cru bien faire en allant au delà du mandat.

Exemple pris de Cicéron.

260. La règle de droit est : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*. Etendue de cette règle.

§. — 261. Des actes d'exécution qui vont contre la forme du mandat.

262. Exemple.

263. Autre exemple.

264. Autre exemple.

265. Suite. Décision de la rote de Gênes.

266. Suite.

267. Suite.

268. Le mandataire qui va contre la forme du mandat est en faute, lors même que la chose qu'il substitue à la chose demandée serait meilleure.

Raison de cela.

§. — 269. Des infractions par lesquelles le mandataire va au delà du mandat. *Addit ordini sibi dato*.

270. Dissentiment à ce sujet entre les jurisconsultes romains.

271. Suite.

272. Le mandataire qui a un mandat général va au delà de son mandat s'il aliène ou hypothèque.

273. Différence entre le mandat spécial et le mandat général.

274. Suite et détails nécessaires pour montrer dans quels cas il y a mandat spécial ou mandat général.

275. Il y a deux espèces de procurations générales et deux espèces de procurations spéciales.

276. De la procuration générale *cum liberâ*. Si elle est plus étendue que la procuration générale *simpliciter*?

277. Y a-t-il une différence entre le mandat général et le mandat conçu en termes généraux?

Il y a des procurations spéciales conçues en termes généraux.

278. La procuration générale ne comprend que les actes d'administration.

279. Des locations qui excèdent 3, 6, 9.
280. Suite.
281. Des achats et ventes.
282. Suite.
283. Suite.
284. Suite.
285. Des emprunts.
Quid dans les matières commerciales? L'interprétation de la procuration n'y comporte-t-elle pas plus de latitude?
286. De l'hypothèque.
287. Des quittances.
288. Des novations.
289. Des actes d'exécution.
290. Les saisies réelles ne peuvent être pratiquées qu'en vertu d'une procuration spéciale.
291. Des demandes en justice.
292. Suite.
293. Suite.
294. De la délation de serment.
295. Du pouvoir de transiger, compromettre, cautionner, etc.
296. Des remises de dettes, du concordat, des donations.
297. Des paiements.
298. Souvent l'agissement qui excède les bornes du mandat se soutient à titre de *negotiorum gestio*.
299. A quelles conditions.
300. Suite.
301. Suite.
- §. — 302. Des actes d'exécution qui restent *en deçà* de la procuration.
 L'exécution du mandat ne doit pas être partielle; le mandant peut refuser de ratifier pour le tout.
303. L'exécution partielle est une faute.
304. Quelquefois cependant une exécution partielle est susceptible de ratification.
 Exemples.
305. Autre exemple tiré d'un arrêt de la Cour de cassation.

306. Mais ce sont là des exceptions.
307. Dans quels cas le mandataire est-il censé être resté au-dessous du mandat? Est-ce seulement quand il ne fournit pas la quantité demandée? Ne faut-il pas prendre aussi en considération la qualité et autres circonstances analogues?
- §. — 308. Le mandataire ne doit pas s'écarter du *modus executionis*.
 Exemple tiré de la jurisprudence de la rote de Gènes.
 Le mandat doit être exécuté *ad unguem*.
 Quand admet-on les équipollents?
309. On doit tenir à l'exécution conforme, même dans les petits détails, *in minimâ parte*.
 Autorité de la rote de Gènes, de Marquardus, de Casaregis, et de la jurisprudence anglaise.
310. Les équipollents ne sont pas admis contre la teneur de la procuration.
311. Exceptions à cette règle. 1^o Quand il y a impossibilité positive et radicale.
312. Mais il ne faut pas prendre pour une impossibilité radicale une simple difficulté d'exécution.
313. 2^e exception. Quand les moyens préférés par le mandataire ont procuré le résultat qu'on voulait obtenir.
314. Explications à cet égard. Les équipollents peuvent bien être admis à l'égard des moyens d'exécution, mais pas pour l'objet même du mandat.
315. Il y a cependant encore une exception à ceci. Force majeure inopinée.
316. Au surplus, l'accomplissement *in formâ specificâ* n'est requis que lorsque la procuration est claire, précise et impérative.
317. *Quid* si la procuration se borne à recommander au mandataire d'agir au mieux *des intérêts du mandant*?
318. La bonne foi doit expliquer au mandataire ce que le mandat n'a pas expliqué.

319. Des conséquents, des antécédents et compléments.
Ils sont virtuellement compris dans la procuration.
Exemples nombreux.
320. Mais à quelle condition les conséquents, antécédents et compléments sont-ils compris dans la procuration?
321. Le pouvoir de transiger ne renferme pas le pouvoir de compromettre.
322. Pouvoir de vendre ne renferme pas pouvoir d'hypothéquer.
323. Pouvoir de vendre un immeuble ne donne pas pouvoir d'en toucher le prix, surtout s'il y a des termes de paiement accordés.
324. Autres exemples.
325. Suite.
326. Les tribunaux apprécient souverainement l'étendue du mandat. Précautions à prendre dans cette appréciation.
327. L'étendue du mandat se règle quelquefois par la fonction habituelle du mandataire.
328. Les infractions au mandat ne donnent action qu'au mandant, mais pas au mandataire ou aux tiers.

COMMENTAIRE.

254. Je réunis dans le même commentaire les art. 1987, 1988, 1989, car ils se rattachent les uns aux autres par une intime connexité. Voici, en effet, le groupe d'idées qui en ressort :

La procuration ne transmet au mandataire que les pouvoirs qu'elle contient. Au delà, le mandataire reste sans mandat, par conséquent sans droit et sans action. Il est donc nécessaire d'examiner l'étendue de la procuration. Est-elle spéciale? Est-elle générale? Si elle est spéciale, elle doit être exécutée *in formâ specificâ*, et il n'est pas permis au mandataire, sous prétexte d'analogies, ou par tout

autre motif, d'aller plus loin que ses limites précises. Est-elle générale? Il ne faut pas croire qu'elle investisse le mandataire de pouvoirs illimités, qui arriveraient jusqu'à des actes d'aliénation et de disposition. Le mandataire doit se renfermer dans les simples actes d'administration.

Tel est le résumé donné par les trois art. 1987, 1988, 1989. Quelque exact qu'il soit, il laisse à l'écart plusieurs points de vue intermédiaires, plusieurs aperçus secondaires ou accessoires que notre commentaire doit faire ressortir. Que doit-il arriver, par exemple, si la procuration n'est pas précise? si, impérative sur un point, elle est facultative sur un autre? si elle trace au mandataire plusieurs modes d'action pour le choix desquels elle s'en rapporte à son choix et à sa prudence? si, renfermée dans tel agissement, elle ne peut être conduite à fin sans passer par tel autre agissement préliminaire? Toutes ces questions sont le corollaire de nos trois articles; on ne peut inter-préter ceux-ci sans jeter un coup d'œil sur celles-là.

255. Et d'abord, il faut s'occuper du contenu de la procuration.

Ce contenu est appelé par les jurisconsultes romains la *forme* du mandat. *Forma in mandatis servanda est*, dit Paul; *quoties certum mandatum sit, recedi à formâ non debeat* (1). La forme ne s'entend

(1) Paul, l. 46, D., *Mandati*. Cujas, 12, *observ.* 34.

MM. Delamarre et Lepoitevin paraissent croire que cette expression est du style des auteurs commerciaux (t. 2, n° 90.) Elle est romaine et classique,

pas ici des solennités extérieures de la procuration ; elle se prend pour l'ordre lui-même, tel que la volonté du mandant l'a formulé avec ses qualités (1), c'est-à-dire avec ses circonstances de temps (2), de lieu (3), de prix (4), etc., et avec son mode d'exécution. Ces qualités sont de deux sortes : *intrinsèques* et *extrinsèques*. Les docteurs appellent intrinsèques celles qui ont rapport à l'ordre considéré d'une manière abstraite, en lui-même et dans son objet. Celles qui ont rapport à l'exécution, qui doivent présider à cette exécution, s'appellent extrinsèques (5). Ainsi, par exemple, quand je dis : Achetez-moi cent pièces de vin de 1835, voilà l'instruction qui touche aux qualités intrinsèques du mandat ; puis, quand j'ajoute : Faites-les moi parvenir par la maison de roulage de Jacques et compagnie, ces circonstances sont extrinsèques. La réunion des conditions intrinsèques et extrinsèques donne la forme du mandat.

256. Quand la forme du mandat est précise, le mandataire doit s'y conformer exactement ; c'est la disposition de l'art. 1989, dont la place eût été

(1) Casaregis, disc. 1, n° 26, et disc. 119, nos 54, 56, 57, 59, 61, 64.

(2) *Tempus est de formâ mandati* (decis. rot. gen. 2, n° 35), d'après l'auth. *Quæ supplicatio*, G., *De precib. imp. offic.*

Casaregis, disc. 119, n° 8.

(3) Rot. gen., dec. 96, n° 13.

Infrâ, n° 267.

(4) Casaregis, disc. 170, n° 67 et 119, n° 61 et 62.

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 90.

peut-être plus convenable sous la rubrique du chapitre suivant, relatif aux obligations du mandataire (1).

Cette disposition procède des préceptes de Paul (2), lesquels, à leur tour, avaient été puisés dans les enseignements des philosophes. Pour remonter à la source, consultons les moralistes.

« Entre autres questions relatives à l'appréciation des devoirs moraux, dit Aulu-Gelle (3), en voici une que l'on pose souvent : Lorsqu'on est chargé d'une commission, et qu'on a été bien averti de tout ce qu'on doit faire pour la remplir, peut-on s'écarter des instructions reçues si on espère un meilleur succès et plus d'utilité ? Cette question est épineuse (*anceps questio*), et partage les hommes les plus prudents. Plusieurs, s'attachant à cette règle, savoir, que quand une personne revêtue de l'autorité nécessaire pour être obéie a pris une décision réfléchie sur une affaire qui la regarde, et nous enjoint de l'exécuter, il ne nous est permis dans aucun cas de nous écarter de ses ordres (*contra dictum ejus esse faciendum*) ; car si nos espérances pour mieux réussir par une autre voie venaient à échouer, nous serions coupables d'imprudence, et nous mériterions d'être punis de notre témérité ; que si, au contraire, nous étions heureux en désobéissant, nous devrions, tout en rendant grâces aux dieux,

(1) *Infrâ*, nos 348 et 399.

(2) L. 46, D., *Mandati*, et l. 5, D., *Mandati*. Cette dernière loi dit : « *Diligenter fines mandati custodiendi sunt.* »

(3) Liv. 1, ch. 13.

reconnaître que nous avons donné un exemple funeste et tendant à détruire le respect religieux qu'on doit porter aux ordres reçus : *Benè consulta consilia, religione mandati soluta, corrumperentur.*

» Selon d'autres, il y a des calculs à faire. Si les risques qu'on court en désobéissant sont légers et les avantages considérables, on peut s'écarter du mandat et profiter des occasions favorables que le ciel nous envoie (*tum posse adversus mandata fieri*). Cependant, suivant ces moralistes, il faudra consulter le caractère de celui qui a donné l'ordre. S'il est dur, farouche, inexorable, tels que furent Posthumius et Manlius dans l'exercice de leur commandement, on ne s'écartera en rien de ce qu'il a prescrit. Pour donner plus de force à cette dernière considération, poursuit Aulu-Gelle, je vais citer un trait de P. Crassus Mucianus, homme dont la mémoire est célèbre. Il commandait en Asie et voulut mettre le siège devant Leuca. Ayant besoin, pour en battre les murs, d'une poutre longue et solide qui servit de bélier, il écrivit à l'entrepreneur des bâtiments d'Élée de lui envoyer le plus grand de deux mâts qu'il se rappelait y avoir vus. Cet homme, croyant avoir compris le dessein de Crassus, envoya au proconsul, non pas le plus grand des deux mâts, mais le plus petit, qu'il jugea d'un transport plus facile et plus propre à faire un bélier. Crassus le fit venir, et, sans vouloir écouter ses explications, il le fit dépouiller et frapper de verges ; car l'autorité du commandement se perd quand les inférieurs ne s'assujétissent pas à une rigoureuse obéissance et substituent

d'autres moyens à ceux qui leur sont indiqués. »

257. Les deux doctrines qu'Aulu-Gelle met en présence se touchent en un point capital : c'est que le mandataire qui s'écarte du mandat et ne réussit pas est responsable de son imprudence. La controverse ne commence que lorsque le succès prévu par le mandataire a couronné sa désobéissance ; et même, en ce cas, il n'est pas sûr que, dans les matières qui touchent à la politique et à l'empire, la désobéissance heureuse doive toujours être excusée. Ces préceptes sont aussi ceux qui gouvernent les matières civiles et commerciales (1). Le mandataire prudent ne doit rien hasarder. Faire dépendre du caprice de la fortune des intérêts dont il n'a pas la disposition, c'est manquer à la prudence. S'il échoue, il est coupable ; et s'il réussit, on lui saura peu de gré d'avoir voulu être plus sage qu'il ne fallait.

258. Il y a cependant cette différence entre les matières de gouvernement et les matières civiles, que dans les premières, où la discipline est si nécessaire, il est de bonne règle que la désobéissance, même heureuse, ne soit pas encouragée ; mais dans les secondes, qui ne mettent en jeu aucun intérêt public, le mandant est plus maître de consulter son bon cœur pour ne pas user d'une sévérité trop grande envers le mandataire qui, par un motif honorable quoique mal raisonné, a dépassé les bornes

(1) Straccha, *Mandati*, a cité l'exemple d'Aulu-Gelle, n° 1, et, après avoir rappelé le principe, il ajoute : *Id enim mercatores dicitant.*

du mandat; il se montrera humain, facile, généreux, et ne lui refusera pas une ratification qui ne compromettrait pas trop gravement ses intérêts. C'est ainsi qu'agissent les hommes désintéressés. Cicéron nous en donne un exemple que nous nous plaçons à citer ici, sinon à l'appui d'un principe de droit, mais du moins comme modèle d'une conduite délicate.

259. Fabius Gallus, chargé de la procuration de Cicéron, avait fait des achats de statues qu'il supposait être agréables au grand orateur; de plus, il les avait payées fort cher, plus cher que Cicéron n'estimait toutes les statues du monde. Cicéron lui fait sentir, dans une lettre railleuse et spirituelle, que ses pouvoirs n'allaient pas jusque-là: « Que fera la statue de Mars chez moi qui ne veut que la paix?... Je vous avoue que j'aurais cru cette somme mieux employée à m'acheter une maison à Terracine pour n'être pas toujours à la charge de mes hôtes... Tout cela cependant ne m'empêchera pas de ratifier votre marché et même de l'avoir pour agréable. Dites-moi où sont ces statues, quand et par quel moyen je pourrai les faire transporter. Je voudrais bien que Damasippe (1) consentit à me les acheter; sinon, il faudra bien trouver quelque autre amateur de même force pour m'en défaire, même avec perte (2). »

(1) Célèbre par son goût pour les statues.

(2) *Ad famil.*, VII, 23.

Edit. Panck., t. 19, p. 149.

260. De toutes ces notions de morale, le droit civil et commercial a gardé un précepte fondamental, c'est que le mandataire doit se conformer strictement aux ordres qui lui ont été donnés. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (1). Non-seulement il doit se conformer à l'ordre même, pris intrinsèquement, comme disent les docteurs (2); non-seulement il doit faire la chose même qui lui a été prescrite et non pas une autre analogue, ainsi que l'avait fait, à tort, l'entrepreneur d'Élée; non-seulement il ne doit pas sortir de son mandat pour se livrer à des actes qui n'y sont pas compris, comme avait fait le procureur de Cicéron; mais de plus, alors même qu'il s'en tient à la chose précise dont il s'est chargé, il faut qu'il la fasse par les moyens indiqués et avec les qualités extrinsèques fixées par le mandat. Sans cela il engage sa responsabilité d'une manière grave, et le mandant a le droit de refuser sa ratification à ce qui a été fait en dehors de ses ordres (3). C'est pour lui *res inter alios acta*. Lors même que le mandat aurait été bien exécuté dans une partie, s'il avait été violé dans une autre partie intimement liée à celle-là, le man-

(1) Paul, l. 5, D., *Mandati*.

Straccha, *Mandati*, n° 1.

Casaregis, disc. 33, nos 20, 21.

(2) *Suprà*, n° 255.

(3) Alexandre, l. 10, C., *De procurat.*

Casaregis, disc. 119, nos 9, 10 et 11.

dant pourrait laisser l'affaire entière au compte du mandataire (1).

En un mot, le mandataire ne doit rien faire, 1° contre la forme du mandat; 2° au delà de la forme du mandat; 3° en deçà de la forme du mandat (2); 4° sans l'observation des qualités et modifications du mandat (3). L'art. 1989 ne parle expressément que de ce qui a été fait *au delà* du mandat. Mais, en le combinant avec le 2° § de l'art. 1958, il paraît qu'il embrasse dans ces mots tous les écarts du mandataire qui, pour se soutenir, ont besoin de la ratification du mandant. La rote de Gênes exprime la même pensée par cette règle de la jurisprudence;

« *Non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato* (4). »

261. Voyons d'abord les actes d'exécution qui vont contre la forme de la procuration.

Je vous donne une procuration que je déclare en termes prohibitifs être spéciale à tel objet, et vous, vous vous permettez de vous livrer à des agissements qui violent ma défense. C'est aller contre

(1) Casaregis, disc. 119, n° 10. — *Infrà*, n° 302.

(2) *Non solum corruunt ea quæ geruntur CONTRA formam mandati, sed etiam ea quæ gesta fuerunt CITRA. VEL ULTRA.*

Turri, *De cambiis*, disput. 2, quæst. V, n° 14.

Il cite Abbas.

Bartole sur la loi 1, D., *Quod cuiusc. universit.*

(3) *Quinimò corruunt et ea quæ gerantur non observatis qualitibus et modificationibus mandati... etiam in modico.*

Turri (*loc. cit.*), toujours d'après une foule d'auteurs.

(4) Décis. 9, n° 14, d'après Balde.

Casaregis, disc. 119, n° 9 et 11.

la forme du mandat; c'est ce qu'Horace appelle très bien « *mandata frangere*; » je ne suis pas tenu de vos actes; ils s'écroulent en ce qui me concerne (*corruunt*).

262. Ou bien encore, si la procuration ne donne taxativement pouvoir que pour deux ou trois affaires spéciales, en ajoutant : « Je me réserve de vous donner plus tard des instructions pour une quatrième affaire que je pourrai entreprendre, mais pour laquelle je ne juge pas prudent et opportun d'agir en ce moment; » si le mandataire se livre de son chef et au nom du mandant à cette quatrième affaire, il ne fait rien qui puisse le lier; le mandant y demeure étranger.

263. C'est aller contre la forme du mandat lorsque le mandataire, ayant deux ordres subordonnés l'un à l'autre, renverse ses instructions et exécute en première ligne celui qui devait être exécuté le second et après l'accomplissement du premier. *Ordo mandatorum servandus est et est indivisibilis*. Ainsi parle Casaregis (1). Par exemple : « Vous recouvrirez chez Pierre une somme de 10,000 fr. qui doit m'être payée le 20 juin 1844, et quand vous l'aurez reçue, vous m'achèterez tant d'hectolitres de blé. » Vous ne devez pas acheter ces blés avant la perception de ces 10,000 fr. et avant le 20 juin 1844; sans quoi vous troublez la série des instructions de votre mandant, et s'il en résulte du dommage pour lui, vous êtes responsable.

(1) Disc. 33, n° 20, 21.

Disc. 119, n° 73.

264. C'est aller contre la forme du mandat quand, au lieu de faire ce qu'il prescrit, on fait une autre chose qu'on met à la place. Alors même que le mandat ne contiendrait aucune expression prohibitive, par cela seul qu'il ne donne qu'un pouvoir circonscrit à un agissement déterminé, il est virtuellement prohibitif à l'égard de tous les autres agissements qu'on y substitue (1).

265. Par exemple,

Vous avez donné à Pierre une commission pour vendre ses marchandises, et vous les échangez au lieu de les vendre. L'échange n'est pas la même chose que la vente que le mandant avait en vue; il est bien différent pour lui d'avoir de l'argent réalisé, ou des marchandises dont il faut se défaire. C'est aller contre la forme du mandat (2).

C'est ce qu'a formellement décidé la rote de Gènes dans l'espèce suivante. Augustin Cavetia avait chargé André Miserano de lui vendre une partie de toile de Hollande, ce que Miserano avait consenti à faire. Mais, au lieu de les vendre, Miserano crut pouvoir les échanger avec le dey d'Alger. Une décision de la rote le condamna à des dommages et intérêts (3). Le commerce par commission serait impossible si on ne s'en tenait pas à cette manière de décider, qui seule peut tranquilliser le mandant sur la marche de ses opérations et lui faire espérer le succès de ses combinaisons.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 91.

(2) Casaregis, disc. 179, n°s 67, 68.

(3) Decis. 9.

266. Je donne ordre à Benoît, mon débiteur, de payer à François 100 fr. Benoît, au lieu de payer cette somme, promet à François qu'il la lui paiera et lui en passe obligation. A-t-il accompli son mandat? Non (1). Car je lui avais donné ordre, non pas de s'obliger à payer, mais de payer effectivement. Il a donc été contre la forme du mandat; je puis le révoquer, car le mandat est toujours révocable tant qu'il n'a pas été exécuté et que les choses sont encore entières; et ici elles sont entières, puisque ce qui a été fait est autre chose que ce qui devait être fait. J'ai donc le droit de défendre à Benoît de payer à François.

Par les mêmes raisons, si Benoît vient à tomber en faillite, François conserve ses actions contre moi (2).

Tout cela n'est vrai cependant qu'à la condition que François n'ait pas fait novation et n'ait pas accepté Benoît comme unique débiteur. Alors, comme le dit très bien Straccha (3) d'après de plus anciens docteurs, *comparetur hoc casu promissio solutioni; sum ergò hoc casu liberatus*. Cette acceptation résulterait, dans le commerce, des livres de François (4). Elle me libère entièrement et remplit le but du mandat qui était de m'acquitter envers François.

(1) L. *Si debitor*, D., *De novationibus*.

Straccha dit: *Magis est non servasse*.

(2) Loi précitée.

(3) *Mandati*, 3.

(4) *Junge* MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 106.

267. Autre exemple d'une transgression qui rentre dans notre classement : Je vous donne l'ordre de m'expédier deux cents barriques de vin de Bordeaux de 1835. Si vous m'expédiez du vin de 1836, vous allez contre la forme de mon mandat, lequel roulait taxativement sur une expédition de vins de 1835 et ne vous donnait pas de pouvoir pour les vins de 1836.

Quand je vous demande des laines de Ségovie, vous ne devez pas m'en envoyer de Candie ou de Valogne (1).

Vous ayant donné mandat de m'acheter la maison de Seïus, vous ne devez pas m'acheter celle de Titius (2), qui ne me convient, ni sous le rapport de la situation, ni sous celui de la distribution, ni sous celui de l'affection (3).

Remon avait donné ordre à Gayral de lui acheter des 3/6 au marché de Béziers. Gayral, au lieu de se conformer à cet ordre, tira les 3/6 d'un autre marché. Arrêt de la Cour de Montpellier du 10 juillet 1829 qui ordonne que les 3/6 resteront à son compte, attendu qu'il s'est permis de déroger aux règles qui lui étaient impérieusement prescrites, en expédiant des esprits non achetés aux lieux désignés; sur le pourvoi, arrêt du 6 avril 1831 qui rejette la requête (4).

268. Le commissionnaire est en faute en pareil

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 98.

(2) Paul, l. 5, D., *Mandati*.

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi.

(4) Dal., 31, 1, 418.

cas, quand même la marchandise qu'il aurait expédiée contre l'ordre du mandant serait de meilleure qualité que celle que celui-ci avait demandée (1). Cette règle s'applique au commerce comme au droit civil : *Sufficit, dit Casaregis, in qualitate in contractu promissâ alicujus gradûs defectus, vel quod contra ementis voluntatem res deservire non valeat ad usum per eum volitum vel destinatum* (2). Vous m'expédiez des laines de Ségovie, tandis que je ne fabrique que de gros draps avec des laines de Valogne. Que voulez-vous que je fasse de vos laines superfines? Je les laisserai donc à votre compte. Vous m'achetez une maison autre que celle que je vous avais indiquée. Qu'importe que le placement soit aussi bon? Savez-vous si je n'avais pas l'intention de l'habiter, et si à ce point de vue elle rentre dans mon but? Il faut donc rejeter, en général, une limitation apportée par Jason à la règle *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*; à savoir, quand le mandat *pinguius adimpletur* (3). Elle est presque toujours fautive et ne peut trouver d'application que dans les cas où le mandant a été mieux servi qu'il ne l'avait ordonné. Mais alors quel est le mandant qui se plaindra de son mandataire?

269. Passons aux infractions par lesquelles le mandataire va au delà de sa procuration. Posons un exemple :

Je vous demande quarante balles de coton et

(1) Pothier, n° 97.

(2) Sur la loi *Si procurator*, D., *De procurat.*

(3) Disc. 176, n°s 6 et 10.

vous m'en expédiez cinquante. Il y a là un excédant que je ne suis pas tenu d'accepter; dix balles resteront à votre compte. C'est ce que la rote de Gènes appelle très bien *addere ordini sibi dato* (1). L'excès, quoique dirigé par de bons motifs, est une infraction, et le mandant n'est pas plus lié par cet acte du mandataire que s'il fût émané d'une personne entièrement étrangère. Car, comme le dit très bien Paul : *Qui excessit, aliud quid fecisse videtur* (2).

270. A ce sujet un dissentiment s'était élevé entre les jurisconsultes romains. Voici l'espèce : Je vous charge de m'acheter le fonds Cornélien pour 100. Vous, croyant bien faire et poussé par la chaleur des enchères, vous vous rendez adjudicataire en mon nom pour le prix de 110. Avez-vous action contre moi? Ne pourrai-je pas, au contraire, vous laisser cet achat pour le total? Le pourrai-je alors même que vous consentiriez à restreindre votre action à 100?

Les Sabiniens refusaient toute action. Le mandataire a excédé son mandat, disaient-ils; donc il n'a pas eu de mandat. Donc il ne saurait avoir l'action *mandati* (3), même au prix du sacrifice qu'il propose (4).

(1) Décis. 9, n° 14.

(2) Paul, l. 5, D., *Mandati* (l. 32, *ad edict.*).

(3) Caius, III, *com.* 161.

Paul, l. 3, § 2, D., *Mandati*.

(4) Cujas a exposé de la manière la plus ingénieuse la raison de cette thèse, 12, *observat.* 34. Pothier, n° 94.

Les Proculéiens répondaient : Cette sévérité est trop grande; il faut se montrer plus facile (*benignior*). Qu'importe que le mandataire ait dépassé les limites de son mandat, si, reconnaissant sa faute et consentant à s'exécuter, il met les choses au point où la procuration les avait mises? Le mandant voulait avoir une maison pour 100, elle lui est acquise pour 100. De quoi peut-il se plaindre?

Cette seconde opinion prévalut comme plus humaine (1). Elle est plus raisonnable (2). *Non debet utile per inutile vitiari* (3).

271. Il en serait autrement dans les cas où l'excès dans l'exécution du mandat ne pourrait être réparé, et causerait au mandant un préjudice pour le total de l'opération. C'est l'observation de Doneau (4). La justesse en est frappante.

272. Parmi les excès de procuration, il faut compter le fait du mandataire qui, ayant une procuration conçue en termes généraux, s'en servirait pour aliéner et hypothéquer les choses du mandant. Le mandat, quoique conçu en termes généraux, ne comprend en effet que les actes d'admi-

(1) Caius, l. 4.

Julianus, l. 33, D., *Mandati*.

Justinien, *Instil.*, *Mandati*, § 8.

(2) Doneau, *com.*, lib. XIII, c. 11, nos 6 et 7. Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, note (2).

MM. Delamarre et Lepoitevin ont cherché à justifier les Sabiniens (t. 2, 162); mais je ne crois pas devoir les suivre dans cette discussion.

(3) L. 1, § pénult., D., *De verb. oblig.*

(4) *Loc. cit.*

nistration ; il doit être exprès pour les actes de disposition (art. 1988).

273. Ceci nous conduit à faire ressortir les différences qui existent entre le mandat spécial et le mandat général (1).

Le mandat est spécial quand il a en vue une affaire ou plusieurs affaires seulement (2).

Il est général quand il a en vue toutes les affaires du mandant. Ce sont les termes de l'art. 1987 (3).

Ainsi, nous avons vu dans mon commentaire de la *Société* (4) que le gérant d'une société est considéré comme un mandataire général ; la société est une personne morale, dont toutes les affaires sont commises à la gestion de son représentant.

274. Mais de là il ne faudrait pas conclure que le mandat n'est général que lorsqu'il embrasse toutes les affaires quelconques du mandant ; car alors toute procuration qui retrancherait quelques affaires du pouvoir du mandataire deviendrait une procuration spéciale ; ce qui résiste à la définition que l'art. 1987 donne de la procuration spéciale. Le sens de l'art. 1987 est que la procuration est générale, alors même qu'elle renferme le mandataire dans une certaine fonction, pourvu que dans cette fonction elle lui laisse le pouvoir de faire toutes les affaires prévues ou imprévues qui s'y rattachent

(1) V. aussi *infra*, n° 792, un cas où cette distinction du mandat spécial et du mandat général est importante.

(2) Ulp., l. 1, § 1, D., *De procurat.*

(3) *Id.*

(4) T. 2, n°s 666 et 681.

successivement. Ainsi : *Faites le commerce à ma place dans la ville de Smyrne* (1) ; voilà une procuration générale, bien que le mandant n'autorise le mandataire que pour le commerce, et nullement pour ses autres affaires étrangères au commerce. Mais comme, dans le commerce que le mandant veut faire à Smyrne, il communique au mandataire le pouvoir d'agir de la manière la plus étendue, la plus libre, relativement à toutes les affaires quelconques que le commerce nécessite, ce mandataire a un mandat général (2).

Ce serait même un mandat général si la procuration disait : J'ai deux commerces de librairie, l'un en Amérique, l'autre à Paris ; faites à ma place mon commerce de Paris pendant tout le temps que je vais aller présider à mon commerce d'Amérique ; et pour cela je vous donne une procuration aussi étendue que possible (3). Ce mandat, quoique ayant pour objet une spécialité, n'en est pas moins un mandat général, puisqu'il délègue le pouvoir de faire indistinctement toutes les négociations, tous les achats et toutes les ventes, les paiements, les établissements de comptoirs, les nominations d'employés, en un mot *toutes les affaires* qui mettent en mouvement le commerce de librairie.

(1) Deluca, *De cambiis*, disc. 13, donne pour exemple le mandat que le fermier des impôts du pape donne pour gérer cette ferme à Rome seulement, et appelle ce procureur *institor generalis*, n° 7.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 87.

(3) *Id.*, n° 87.

Mais ce serait une procuration spéciale si l'on disait à un mandataire : Voilà un procès à soutenir ; suivez-en tous les détails.

275. C'est par suite de ces idées que les docteurs ont reconnu deux espèces de procurations générales et deux espèces de procurations spéciales.

Deux espèces de procurations générales : 1° l'une qui comprend toutes les affaires du mandant, *cui omnes indefinitè commissæ* ; 2° l'autre qui ne comprend qu'un certain genre d'affaires, *certum genus causarum*.

Deux espèces de procurations spéciales : 1° l'une qui a trait à une ou deux affaires certaines, précises à conduire jusqu'au bout avec tous leurs détails, *datus ad unam litem, sed totam* ; 2° l'autre, à un certain acte isolé d'une certaine affaire, mais pas aux autres : *ad unius causæ actum unum, vel plures, sed non omnes* (1).

276. Quand le mandat est général, on a coutume de demander si le mandataire a le pouvoir de vendre et aliéner une ou plusieurs des choses comprises dans son mandat, et les anciens docteurs répondent par une distinction approuvée en droit canonique (2) : ou la procuration est générale *simpliciter*, ou elle est générale *cum liberâ*. Si elle est générale *simpliciter*, le mandataire ne peut faire que les actes d'administration ; si au contraire elle est générale *cum liberâ*, elle confère au mandataire des pouvoirs plus étendus, et dans le nombre se trouve le pou-

(1) Hilliger sur Doneau, lib. 18, c. 12, n° 30, note (29).

(2) Hilliger sur Doneau, lib. 18, c. 12, n° 32, note (31).

voir, sinon d'aliéner à titre gratuit, mais du moins d'aliéner à titre onéreux.

Vinnius trouvait cette distinction suspecte (1). Qu'importe, disait-il, que le mot *libera* soit accolé dans la procuration au mot *administration* ? Est-ce que le simple pouvoir d'administrer, conféré sans l'adverbe *librement*, est exclusif d'une administration libre ? Passez en revue les pouvoirs si étendus d'un administrateur général ; qu'y a-t-il de plus libre, de plus large ? Ni l'épithète *libera*, ni l'épithète *liberrima*, n'en sauraient augmenter l'étendue naturelle.

A la vérité, les docteurs se prévalent de la loi 58, D., *De procurat.*, dans laquelle on voit un individu à qui une *libre administration* avait été confiée *generaliter*, investi du droit d'échanger. Je l'avoue, répond Vinnius ; mais je soutiens que le même pouvoir appartient au mandataire général *simpliciter*, toutes les fois que la nécessité et la condition de son administration l'exigent. J'en dis autant de la loi 9, § 4, D., *De acq. rer. dominio*, et du § 4 des Instit., au titre *De rer. divis.* ; car ces textes, où l'on voit figurer un procureur *cum liberâ*, ne doivent s'entendre que dans ce sens, savoir : que ce procureur peut vendre, non pas indistinctement, mais quand il y a une véritable nécessité, certaines choses confiées à son gouvernement. Mais en quoi ceci ajoute-t-il aux pouvoirs du procureur *cum li-*

(1) *Verùm mihi hæc distinctio suspecta semper visa est* (*Quæst. select.*, lib. 1, c. 9).

berá? est-ce que le mandataire général *simpliciter* n'a pas le même droit? Vinnius termine sa dissertation en s'autorisant du sentiment de Doneau (1), dont il s'écarte rarement.

Pothier, après avoir rappelé et analysé l'argumentation de Vinnius, déclare ne pouvoir se décider (2). Mais l'art. 1988 tranche la question dans le sens de Vinnius. Toutes les fois qu'une procuration est conçue en termes généraux, elle n'embrasse que les actes d'administration, et le procureur général, quand même il serait dit dans le mandat qu'il a la libre administration, le libre pouvoir de gérer, ne peut se livrer à des actes de disposition sans un mandat exprès.

Telle est la règle.

Toutefois, quand une procuration, générale dans ses termes, confère spécialement des pouvoirs qui vont plus loin que les actes d'administration, il faut voir si ces pouvoirs spéciaux ne conduisent pas nécessairement à l'exercice de certains autres pouvoirs de disposition, qui, quoique non compris expressément dans les détails de la procuration, y rentrent cependant par la force des choses (3).

277. A ce propos, je lis ces paroles dans les notes de l'ouvrage élémentaire de M. Zacchariæ : « Il ne faut pas confondre le mandat général avec ce que l'art. 1988 appelle un mandat conçu en termes

(1) Lib. 4, com. 15.

(2) N° 145.

(3) Arg. d'un arrêt de la Cour de cassat. du 22 février 1834 (Dal., 34, 1, 228).

» généraux. Un mandat spécial peut être conçu en termes généraux, et le mandat conçu en termes généraux n'est pas un mandat général, lors même qu'il aurait été donné pour toutes les affaires du mandant (1). »

Cette observation me paraît manquer d'exactitude. L'art. 1988 a en vue le mandat général (2) dont a parlé l'art. 1987; son but est de mettre fin à la controverse laissée par Pothier *sub judice*, et qui roulait sur l'interprétation de la procuration conçue en termes généraux amplifiés par l'addition du *cum liberá*. L'art. 1988 a voulu tout simplement enlever à cette addition un sens trop peu certain pour avoir une portée si absolue. Mais il n'est pas vrai qu'il s'applique aux termes généraux que l'on trouve quelquefois dans les mandats spéciaux. Souvent le mandat, quoique spécial, donne au mandataire la faculté d'agir avec une grande liberté pour le succès de l'affaire; par exemple : « Achetez-moi telle maison pour 40,000 francs. » « Cependant agissez au mieux de mes intérêts. Je ratifierai tout. » Une telle procuration, malgré les termes généraux dont elle se sert pour conférer au mandataire la liberté d'agir, n'exclut pas les actes de disposition qui sont nécessaires pour arriver à la chose précise dont le mandat donne charge au

(1) T. 3, p. 126, note (2).

(2) Observ. du Tribunal sur l'art. 1988, dont il est l'auteur.

« La loi en cette matière est que, quelque général que soit le mandat, il ne peut jamais renfermer le pouvoir d'hypothéquer.

Fenet, t. 14, p. 575, 576.

mandataire. Ainsi, si l'achat ne pouvait se faire sans dépasser le prix de 40,000 francs, et qu'il fallût en promettre 45,000, le mandataire aurait dans son mandat le pouvoir de contracter une telle obligation au nom de son mandant, et celui-ci serait tenu de le trouver bon. C'est, du reste, ce que la Cour royale de Paris a formellement jugé par arrêt du 17 mars 1827, dans une espèce beaucoup moins favorable que celle-ci; car le mandataire avait été jusqu'à hypothéquer les biens de son mandant (1). Les anciens jurisconsultes confirment du reste cette distinction entre les termes généraux de la procuration générale et les termes généraux de la procuration spéciale. *Differunt verò generalis cum liberá, dit Hilliger, et specialis cum eadem* (2).

278. Mais revenons aux procurations générales. Nous avons dit qu'elles ne sont censées comprendre de droit que les actes d'administration. Les actes d'administration, quelque larges qu'ils soient, y sont aussi nécessairement compris que s'ils avaient été expressément mentionnés (3).

Ainsi, le mandataire général pourra, sans difficulté, faire des baux d'une durée ordinaire (4), de trois, six, neuf années (5), et, par suite, congédier

(1) Devill., 8, 2, 346.

(2) Sur Doneau, lib. VXIII, c. 12, n° 32, note (31).

(3) Doneau, lib. VXIII, c. 12, n° 32.

(4) Pothier, n° 148.

(5) Art. 481 C. c.

Art. 1429 C. c.

Mes com. du Louage, t. 1, nos 145, 149, 151, et de la Société, t. 2, n° 687.

les preneurs, ou poursuivre, quand ils mésusent, la résiliation des baux (1).

279. Mais pourra-t-il louer pour un temps plus long que trois, six, neuf années? Non. Les baux d'une durée plus longue se rapprochent davantage de l'aliénation, et ils sont une gêne pour le propriétaire (2). L'art. 1429 du C. c. offre ici une raison de décider qui est péremptoire (3).

280. Toutefois, si l'immeuble loué était un terrain inculte, qui eût été baillé pour dix-huit ou vingt-sept ans, par exemple, avec obligation de le défricher et de le convertir en nature de vigne ou de prairie, un tel bail pourrait ne pas dépasser les bornes d'une procuration générale (4). Ce serait une évidente amélioration, et le mandataire aurait pleinement fait l'affaire du mandant. Ce serait le cas de dire avec Jason : « *Limita quandò mandatum pinguius adimpletur* (5). »

281. Bien qu'en général les achats et ventes soient des actes de disposition, il y a cependant beaucoup de cas où le pouvoir d'administrer embrasse le droit d'acheter et vendre. Par exemple, l'administrateur général d'une fortune qui comprend des vignes, fermes, etc., peut acheter les fumiers, les échelas, les ustensiles aratoires, les tonneaux, etc., etc.

(1) Mon com. du Louage, t. 1, n° 158.

(2) *Id.*

(3) Mon com. du Louage, t. 1, n° 151.

(4) Pothier, n° 148.

(5) Sur la loi *Si procurator, C., De procurat.*

Il peut acheter les matériaux nécessaires pour faire les réparations, et passer des marchés avec les ouvriers (1).

282. Il peut vendre les récoltes, les croits des animaux, les laines des troupeaux, les choses naturellement vénales, et toutes celles qu'on ne peut conserver sans s'exposer à les laisser corrompre (2): *Fructus, aut alias res quæ faciliè corrumpi possunt* (3).

283. Cette vérité devient plus palpable encore lorsque la procuration générale s'applique à un commerce dont le roulement doit s'alimenter par une vicissitude continuelle d'approvisionnements et de débits. Quelque générale que soit la procuration dont le mandataire est investi, on peut dire qu'elle est virtuellement spéciale pour acheter ou vendre (4).

284. Mais, pour aller au delà de ces achats et ventes qui sont une partie nécessaire de l'administration même, le mandataire devrait se pourvoir d'un mandat spécial. Il est clair, par exemple, qu'il commettrait un abus répréhensible s'il aliénait les choses qu'il doit seulement administrer; si, dans le commerce dont il est l'instituteur, il vendait les bâtiments qui sont le siège de l'établissement, etc., etc.

285. L'emprunt, quand il est modique, n'excède

(1) Pothier, n° 149.

Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 683.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 682.

(3) Modest., l. 63, D., *De procurat.*

(4) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 682.

pas les bornes d'une sage administration (1). J'ai établi ce point dans mon commentaire de la *Société*, à l'aide des autorités les plus ponctuelles et les plus graves (2). Il y a un grand nombre de cas urgents et imprévus où le mandataire général, se trouvant dans l'impossibilité de faire face à des dépenses actuelles, est dans la nécessité de se procurer des fonds par des emprunts. L'important est que ces emprunts ne dépassent pas les bornes de l'administration, et qu'ils n'emportent pas *grande ou bonne partie de la substance du mandant*. Je suppose qu'un coup de vent emporte une toiture, fasse tomber une muraille de clôture, etc., etc. Qui pourrait douter de la légitimité d'un emprunt contracté pour faire ces réparations?

Dans le commerce, on peut même concevoir plus de latitude dans l'interprétation de la procuration. Les circonstances en décident.

Par exemple, je vous charge de faire le commerce pour moi, et à ma place, dans la ville de Nancy, et il est reconnu que, pour faire marcher ce commerce, vous êtes dans la nécessité de souscrire des billets à ordre ou d'emprunter, dans la mesure où j'aurais dû le faire moi-même si j'avais été présent. Nul doute que vous n'ayez agi dans les termes de votre mandat général. C'est la doctrine de Deluca : *Hinc non improbabiler de jure dicendum videbatur, sub dicto mandato, seu institoriâ generali, istam quoque facultatem contineri, quoniam procuratore constituto ad*

(1) Pothier, n° 160.

(2) N° 684.

aliquid agendum, demandata censeantur omnia ea quæ pro eo negotio explendo necessaria sunt; illa præsertim quæ de communi usu fieri solent, et quæ verisimiliter idem principalis, pro eodem negotio explendo, faceret.

Ces dernières paroles sont dignes de remarque (1).

Le mandataire peut même se faire un emprunt à lui-même, si c'est pour décharger le mandant d'intérêts plus considérables (2).

286. Pour ces emprunts le mandataire pourra-t-il hypothéquer? Pothier croyait l'affirmative (3). Mais son opinion me paraît difficilement admissible. Pour pouvoir hypothéquer, il faut pouvoir aliéner! Or, le mandataire ne peut aliéner que les choses périssables ou naturellement vénales; il ne peut aliéner les immeubles appartenant au mandant: comment dès lors pourrait-il les hypothéquer (4)?

287. Le mandataire général reçoit ce qui est dû au mandant, et en donne valablement quittance (5).

288. Mais si, au lieu de recevoir la chose même dont le mandant est créancier, il substituait, par une novation, une obligation à une autre obligation, que le débiteur contracterait à la place de

(1) *De cambiis*, disc. 43, n° 6 à 7.

Infrà, n° 319. Marquardus, lib. 2, c. XI, n° 56.

(2) Deluca, *loc. cit.*

Ulp., l. 12, § 9, D., *Mandati*.

(3) N° 160.

(4) V. mon com. de la *Société*, n° 686. On y trouvera quelques détails de plus.

(5) Mon com. de la *Société*, nos 688 et 866.

Pothier, *Mandat*, n° 150, l. 34, § 3, D., *De solut.*

l'ancienne, il y aurait là un excès de pouvoir qui ne serait légitimé, à mon sens, qu'autant que cette novation serait utile au mandant (1).

289. Le mandataire général peut exercer des saisies mobilières sur les débiteurs (2).

290. Mais une saisie réelle ne peut être faite qu'en vertu d'une procuration spéciale. Cette sorte de poursuite entraîne des frais considérables dans lesquels le mandataire ne doit pas s'engager sans un pouvoir exprès (3).

291. Le mandataire général peut aussi, sous le nom du mandant, donner des demandes en justice, intenter les actions personnelles et mobilières, les actions possessoires (4), et autres qui concernent les affaires courantes et ordinaires (5). C'est ainsi qu'il faut entendre ces paroles de Doneau (6):

« Primùm hoc statuamus, cuicumque omnium
» bonorum administratio aut omnium actionum
» potestas permissa est, etiam eum, quavis ex
» causâ, nomine domini, pecunias exigere posse, et
» rem in judicium deducere sine alio speciali man-
» dato. »

(1) L. 20, § 1, D., *De novat.*: *Si hoc pupillo expediat.*
Pothier, n° 150.

(2) Pothier, 151.

Mon com. de la *Société*, n° 688.

(3) Pothier, n° 151.

(4) L. 12, D., *De pactis*.

Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 691, Pothier, n° 152.

(5) Pothier, n° 153.

(6) Lib. 18, c. 12, n° 32.

292. Mais il ne saurait intenter les actions dont l'issue pourrait amener la perte des immeubles dont la disposition lui est interdite (1).

293. Le mandataire général peut défendre aux actions possessoires, et personnelles et mobilières (2). Il ne peut défendre aux actions qui sont de nature à compromettre la propriété des immeubles (3).

294. Il peut déférer le serment, mais seulement quand tous les autres moyens manquent de prouver les droits du mandant (4).

295. Mais il ne peut ni transiger (5), ni compromettre, ni proroger les juridictions, ni renoncer à l'appel ou à une prescription acquise (6), ni cautionner, ni accepter des donations (7), ni s'immiscer dans une acceptation de succession (8).

296. Il ne peut non plus faire remise d'une dette (9), à moins que ce ne soit dans le cas d'a-

(1) Ulp., l. 7, § 3, D., *De jure delib.*

Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 691.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 695.

(3) *Id.*

(4) L. 47, § fin. 35, D., *De jurejur.*

Pothier, n° 156.

Hilliger sur Doneau, lib. XVIII, c. 12, n° 33, note (33).

(5) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 690.

Paul, l. 60, D., *De procurator.*

(6) Hilliger sur Doneau, lib. VXIII, c. 12, n° 33, note (33).

(7) Art. 933 C. c.

(8) Pothier, n° 162.

(9) Caius, l. 7, § 1, D., *Quon. pign. solv.*

termolement, ainsi que je l'ai dit dans mon commentaire de la *Société* (1). A plus forte raison ne peut-il pas donner. Cependant, il y a des dons de sommes modiques, de légères gratifications qu'il peut donner aux employés et aux gens de service (2).

297. Il peut, avec les deniers de son administration, payer les dépenses qui s'y rattachent (3), et même satisfaire les créanciers qui se présentent avec des titres exigibles (4), etc., etc.

298. Quand le mandataire a fait quelques actes qui excèdent les bornes de son mandat, soit que son mandat fût général et qu'il ait entrepris certaines choses qu'il ne pouvait faire qu'avec un mandat spécial, soit que son mandat fût spécial et qu'il soit sorti de sa spécialité; dans tous ces cas il faudra voir si (comme nous l'avons dit *suprà*) (5) son agissement ne pourra pas se soutenir à titre de *negotiorum gestio*, et produire, au moins sous ce rapport, quelques effets (6).

299. Car, s'il est vrai que lorsque le mandant est à portée du mandataire, il soit de la prudence de ce dernier de le consulter avant de rien

(1) T. 2, nos 688, 689.

Pothier, n° 165.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 689.

(3) L. 59, D., *De procurat.*

(4) L. 87, D., *De solut.*

Pothier, n° 158.

(5) N° 74.

(6) Pothier, n° 147.

Infrà, n° 351.

entreprendre (1), on ne peut s'empêcher de reconnaître qu'il y a des circonstances nombreuses où l'éloignement du mandant et l'impossibilité de prendre ses ordres mettent le mandataire qui a à cœur les intérêts confiés à ses soins, dans la nécessité d'agir sur-le-champ, et de prendre sur lui une détermination présente (2).

Ainsi, dans beaucoup de cas où l'agissement serait susceptible de critique comme acte de mandataire, il pourra se soutenir comme *negotiorum gestio*, quand il y avait utilité démontrée à s'y livrer, et lorsqu'une bonne gestion a caractérisé la conduite du mandataire. Cette vérité serait surtout évidente si l'excès avait tourné au profit du mandant : « *Dum talis excessus in utilitatem et lucrum vertitur sui correspondentis* (3).

Ajoutons que si le mandant a connu l'excès et qu'il ait gardé le silence, on pourra légitimement et facilement supposer une approbation de sa part. C'est la remarque de Jason : « *Limita quando procurator habens mandatum limitatum excedit fines mandati, DOMINO SCIENTE; tunc ei non præjudicat* (4).

(1) Casaregis, *disc.* 125, n° 21, 22.

Disc. 119, n° 63.

(2) Casaregis, *disc.* 125, n°s 23, 24.

Disc. 22, n° 31.

— 69, n° 13.

— 119, n° 56.

Casaregis dit (*disc.* 125) : que cela a été traité *mirabiliter* par Balde, *com.* 334, n° 1, et il a raison.

(3) Casaregis, *disc.* 125, n° 21.

(4) Sur la loi *Si procurator, C., De procurat.*, n° 7.

300. Mais cette conversion du mandat en *negotiorum gestio* ne serait pas possible si le mandataire avait agi avec légèreté, imprudence, irréflexion.

301. Elle serait surtout impossible s'il avait montré de la mauvaise foi; par exemple, s'il n'avait excédé les bornes du mandat que pour favoriser ses propres affaires. « *Quatenus* (disait Scævola) » *res ex fide agenda esset* (1). » Les vues intéressées du mandataire sont une cause d'aggravation de sa responsabilité, et non pas une cause d'excuse.

302. Passons maintenant aux cas où le mandataire est resté en deçà de la procuration. On se rappelle la règle : *Non est in facultate mandatarii aliquid demere ordini sibi dato*.

Si donc le mandataire n'offre au mandant qu'une exécution partielle, le mandant n'est pas tenu de l'accepter; il est en droit de la rejeter pour le tout (2). L'exécution du mandat est, en général, in-

(1) Scævola, l. 60, § 4, D., *Mandati*.

(2) Casaregis, *disc.* 109, n°s 9, 10, 11 (au sommaire) : « *Mandans non tenetur ratum habere id quod contra formam mandati gestum fuit à mandatario; neque in eâ parte tantum quæ esset conformis mandato, licet excessus esset solum in minima parte.* »

Et dans le texte : « *Non essendo adempita la forma del mandato, non è tenuto il mandante osservare e ratificare ciò che vien fatto dal mandatario, ne menò rispetto a quella parte nella quale avesse operato in conformità del mandato, e ciò procede quando l'eccesso del mandato consistesse in una piccola, anzi menomissima parte.* »

Voyez *infra*, n°s 340 et 399.

Suprà, n° 260.

divisible; un accomplissement partiel équivaut au non-accomplissement (1).

303. Cette règle, qui paraît rigoureuse au premier coup d'œil, est cependant fort équitable. Le mandant a souvent le plus grand intérêt à recevoir la totalité de la chose qu'il a chargé le mandataire de lui procurer, et une partie de cette chose ne peut remplir son objet. Dans le commerce, surtout, les preuves abondent de la nécessité de cette ponctualité. Tantôt c'est un fournisseur qui compte sur la totalité des quantités demandées, et qui, n'en recevant qu'une partie, ne peut remplir ses engagements, et compromet sa réputation d'exactitude; tantôt c'est un négociant qui, sachant qu'une partie de marchandises est à vendre, veut en devenir seul acquéreur pour spéculer sur la possession exclusive qu'il en aura, et qui éprouve un notable dommage si son commissionnaire à l'achat, en ne lui en procurant que quelques lots, lui laisse des concurrents, etc. Il est donc clair que l'exécution partielle est une faute grave, et que le mandant a droit de s'en plaindre et de répudier l'opération.

304. Il y a, toutefois, certains cas où l'exécution partielle ne cause point de préjudice pour le tout, et où par conséquent on peut opérer une division entre ce qui a été fait et ce qui ne l'a pas été.

Écoutons Julianus (2) :

Je vous ai donné mandat de me cautionner pour 1,000 fr.; vous ne me cautionnez que pour 900 fr.,

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 121.

(2) L. 33, D., *Mandati*, Pothier, 95.

il y a obligation réciproque pour ces 900 fr.; car je vous ai couvert pour cette dernière somme; je vous ai mis à l'abri des inquiétudes et des recherches jusqu'à concurrence de ces 900 fr.; et puis, en vous donnant mandat pour 1,000 fr., je vous ai, à plus forte raison, donné mandat pour 900 fr. : *In majore summa, minor inest* (1).

De même, si j'ai reçu de vous une commission pour faire assurer la totalité d'une cargaison et que je n'en fasse assurer que les trois quarts, je serai censé m'être bien acquitté du mandat pour cette partie, et, s'il y a sinistre, je n'encourrai de responsabilité que pour un quart (2).

305. Ramon avait chargé le sieur Gayral de lui procurer cinquante pièces $\frac{3}{6}$. Sur la totalité de l'expédition faite par Gayral, il se trouva que trente-neuf pièces seulement étaient de bonne preuve et conformes aux ordres donnés; le reste n'était pas recevable. Ramon refusa l'envoi pour le tout; il prétendit qu'il n'avait acheté que pour revendre, et que son acheteur ayant refusé livraison, il était fondé à en faire autant à l'égard de son commissionnaire. Néanmoins la Cour royale de Montpellier n'accueillit pas cette explication, et, par arrêt du 10 juillet 1829, confirmé en cassation le 6 avril 1831, la Cour condamna Ramon à recevoir les trente-neuf pièces (3).

306. Dans cette matière, il faut consulter les

(1) Favre, *Ration*. sur cette loi.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 93, *in fine*.

(3) D. 31, 1, 117. Il y eut partage en Cour royale.

circonstances, apprécier l'intention présumée du mandant, la rapprocher des termes du mandat et des faits à accomplir (1). Mais, en général, on fera prévaloir la règle de l'indivisibilité de l'exécution, et on ne s'en écartera que lorsqu'il y aura de graves et évidentes raisons de venir au secours du mandataire.

307. L'exécution insuffisante du mandat peut être considérée sous un rapport autre que celui de la quantité et du nombre. On peut, en effet, qualifier d'insuffisante l'exécution qui reste au-dessous de la volonté du mandant sous le rapport de la qualité, de la bonté intrinsèque et autres conditions qui, dans le commerce, font la valeur d'une marchandise : *Quæ qualitas aut bonitas*, dit Casaregis, *aut perfectio, juxta respectiva rerum aut mercium genera, considerari etiam debet quoad SAPOREM, ODOREM, SONUM, COLOREM, NOVITATEM, RARITATEM et hujusmodi* (2). On en a vu un exemple dans l'espèce Ramon, où la Cour royale décida que onze pièces 3/6 non conformes aux qualités demandées resteraient au compte du commissionnaire (3).

308. Non-seulement l'exécution ne doit aller ni contre, ni au delà, ni en deçà de la procuration ; mais elle ne doit pas non plus s'écarter des circonstances extrinsèques et du mode d'exécution (4).

(1) Arg. de ce que dit Javolenus, l. 36, § 2 et 3, D., *Mandati*.

(2) *Disc.* 176, nos 4 et 7.

(3) D. 31, 1, 117.

(4) *Infrà*, n° 399.

Ces circonstances extrinsèques du mandat en font partie et ne sauraient être négligées.

En voici un exemple emprunté à la jurisprudence de la rote de Gènes (1) :

Des marchands de Palerme avaient reçu de Jérôme de Marini la commission de leur acheter une certaine quantité de blés, et de les lui envoyer de la même manière qu'ils devaient expédier les froments de Nicolas, leur père et oncle. Mais, au lieu de suivre cette indication, les marchands de Palerme ne chargèrent qu'une partie du froment destiné à Marini sur le vaisseau qui devait porter à Gènes les froments de Nicolas ; ils confièrent le surplus à un petit navire ayant Livourne pour destination et commandé par le capitaine Jean-Paul. Les froments dirigés sur Gènes arrivèrent à bon port ; mais le vaisseau de Jean-Paul périt dans la traversée avec son chargement. Cependant les marchands siciliens demandèrent à Jérôme de Marini le prix des froments par eux achetés et expédiés. Marini refusa, soutenant que les froments qui avaient péri sur le bord de Jean-Paul n'étaient pas à lui, qu'ils devaient rester pour le compte des expéditeurs qui n'avaient pas accompli le mandat dans la forme prescrite. De part et d'autre on plaida devant la rote de Gènes les raisons les plus fortes et les plus spécieuses.

Les marchands siciliens disaient : N'est-ce pas une rigueur excessive que de vouloir l'accomplis-

(1) *Décis.* 174.

sement du mandat *ad unguem*? Est-ce qu'on ne peut pas remplir un mandat par équipollent (1)? Est-ce que les lois romaines n'en contiennent pas l'autorisation expresse? Or, qu'importe que nous n'ayons pas envoyé la totalité du froment par la même voie qui a transporté le froment de Nicolas? Désireux de servir Marini avec toute la promptitude possible, nous avons chargé du transport un autre navire, pensant qu'il était fort peu important que ce fût tel ou tel qui portât la marchandise. En cela, nous avons agi de notre mieux, pour suivre l'intention du commettant et faire ce qu'il aurait fait lui-même à notre place.

Mais Marini répondait en insistant sur le principe que le mandat doit être exécuté dans la forme prescrite et *ad unguem*; il citait les docteurs et les lois pour prouver que le mandataire est sans action lorsqu'il excède, même dans les petites choses (*etiam quod in modico consistèrent*), les ordres qui lui sont transmis (2). En fait, il ajoutait: Vous vous êtes sans doute hâté de faire l'expédition; mais vous ne l'avez pas faite avec les circonstances et les conditions déterminées par le mandat. Je voulais que mon blé me fût expédié de la même manière que le blé de Nicolas, et j'avais mes raisons pour

(1) L. 62, § 1, D., *Mandati*.
(Scævola.)

(2) *Suprà*, n° 303, la citation d'un passage de Casaregis à la note.

V. aussi le n° suivant.

cela; car Nicolas étant votre père et votre oncle, vous aviez intérêt à le bien servir, et je voulais profiter de la diligence spéciale que vous mettriez à faire son expédition. Vous, au contraire, vous chargez mes blés sur un bâtiment fragile, au lieu d'un bâtiment en état de résister à la mer, comme celui qui a transporté les froments de Nicolas; vous m'adressez mes froments à Livourne, tandis que ceux de Nicolas devaient arriver à Gènes, où il était de mon intérêt qu'ils débarquassent; vous êtes évidemment en faute. Maintenant, que parlez-vous d'équipollents? Ils ne sont pas admissibles quand le mandat est dans une forme précise (1). La forme précise doit présider à l'exécution (2).

Sur ces raisons, la rote de Gènes débouta les marchands siciliens de leur action (3).

309. La non-conformité de l'exécution, considérée sous les divers points de vue qui précèdent, ne laisse pas que d'être jugée avec sévérité quand elle porte sur des objets minimes. Tous les auteurs en font la remarque: « *Licet excessus esset solum in minima parte*, dit Casaregis (4); *ex mandato agere non potest* (portent les décisions de la rote de Gé-

(1) *Ubi tradita est certa forma* (n° 8 et 9).

Junge n° 12.

(2) *Tenetur præcisè et TENACITER servare* (n° 12.)

(3) Décis. 174.

Toubeau a défiguré cette espèce et interverti les rôles (p. 115).

(4) Disc. 119, n° 9, 10, 11.

nes), qui non servavit illud, et ejus qualitates, etiam quod in MODICO CONSISTERENT (1). »

La jurisprudence anglaise n'est pas moins précise : « Le mandataire doit s'en tenir strictement à la teneur de ses ordres ; car une déviation, même en la plus petite circonstance (2), l'expose à faire une ample satisfaction pour toute la perte qui peut résulter de la non-observation du mandat (3). »

310. On a vu de plus, il n'y a qu'un instant, que les équipollents ne sont pas admis contre la teneur précise de la procuration (4). Rien n'est, en effet, plus certain. Le mandant a eu ses raisons pour donner tel ordre plutôt que tel autre ; il a prévu, en homme qui connaît ses intérêts, et l'opération et le mode d'exécution. Pourquoi le mandataire vient-il mettre à la place d'autres combinaisons ? Pourquoi se croit-il plus sage que le mandant, lui qui doit obéir au mandat et non pas s'en rendre juge ? Vainement prétexterait-il de ses bonnes intentions ; on n'y a pas égard, parce qu'elles ne suffisent pas pour exonérer d'une faute (5).

311. Il y a cependant à cette règle quelques exceptions.

(1) Décis. 174, n° 7. L'arrêtiste cite à l'appui plusieurs jurisprudences, entre autres Balde, Marquard., lib. 2, c. XI, n° 46.

(2) *Even in the most minute particular.*

(3) *Lex mercatoria* (London, 1815, p. 46).

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n°s 104 et 93.

(4) Dans la décis. 174 de la rote de Gênes, n°s 8, 9, 12.

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 100.

La première a lieu quand le mandataire s'est trouvé arrêté par une impossibilité positive, qui ne lui permettait pas d'exécuter le mandat par les moyens indiqués, et qu'il y a lieu de croire que si le mandant avait connu l'empêchement, il aurait autorisé des moyens équipollents (1). « Mandatarius excusatur, dit Scaccia, quando non poterat mandatum aliter exsequi, seu non constat quod potuerit exsequi; quo casu, sufficit quod illud adimpleat per æquipollens, seu faciat vicina mandato (2). »

Mais il ne faut pas prendre pour une impossibilité radicale, telle que nous l'entendons, un embarras, une difficulté qui peuvent être levés avec quelques dépenses plus fortes que les dépenses prévues.

312. Par exemple, des marchands d'Ancône avaient donné commission à des marchands de Naples d'acheter des marchandises, de les faire conduire à Ancône sans changer de vaisseau, de les faire assurer à un prix qu'ils estimaient être de 7 p. 0/0. Les marchands de Naples ne purent trouver qu'au prix de 15 p. 0/0 des assureurs qui voulussent accepter la condition de ne pas changer de vaisseau. En présence de cette difficulté, ils jugèrent plus convenable aux intérêts de leurs mandants de prendre une assurance à 7 p. 0/0, sans tenir à l'obligation de ne pas changer de bâtiment. Dans le voyage, les marchandises furent transbordées, et elles péri-

(1) Casaregis, *disc.* 185, n° 53.

Infrà, n° 367.

(2) § 2, glos. 5, n° 370.

Casaregis, *disc.* 125, n°s 23, 24.

rent sur le nouveau vaisseau qui les portait. Question de savoir si la perte ne devait pas rester pour le commissionnaire. Straccha décide (1) que les marchands napolitains étaient responsables. Les marchands d'Ancône avaient donné plusieurs mandats : 1° acheter, 2° expédier, 3° faire assurer à condition de ne pas transborder. Cette condition était très remarquable; les négociants y attachent en général une grande importance. S'il n'était pas possible de trouver des assureurs à 7 p. 0/0, il ne fallait pas sacrifier une précaution si sage : il fallait, ou donner avis aux commettants, ou prendre sur soi de faire assurer à 15 p. 0/0 (2); mais il est évident qu'aucune nécessité insurmontable ne forçait à ne pas tenir compte de la condition de ne pas changer de bâtiment (3).

313. La seconde exception a lieu lorsque les moyens d'exécution ont procuré au mandant le résultat qu'il voulait obtenir (4) : « *Adimplementum per æquipollens de jure permissum est, dummodo idem sequatur effectus.* »

Cette règle de Casaregis (5) est empruntée à la loi 62, § 1, D., *Mandati*. « Lucius Titius avait écrit » à Gaius : Je vous charge de cautionner Mævius

(1) Straccha, *Mandati*, 39.

(2) N°s 42, 43.

(3) Junge Marquardus, liv. 2, ch. 11, n° 47.
Toubeau a pris le contre-pied de cette décision (p. 117).

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 106.

(5) *Disc.* 198, n° 13, au sommaire.

Junge Deluca, *De credito*, disc. 84, n°s 4 et 5.

« auprès de Sempronius à qui il doit emprunter » 1,000. Ce que Mævius ne vous remboursera pas, je vous le paierai, moi, sur la représentation de cet ordre écrit de ma main. » Gaius ne cautionna pas précisément Mævius, mais il se contenta d'écrire à Sempronius de lui prêter les 1,000; ce qui fut fait. Comme l'exécution du mandat n'était pas absolument conforme, on demanda s'il y avait lieu à l'action *mandati*. Scævola n'hésite pas à répondre que l'action doit avoir lieu. En effet, que voulait le mandant? Que son ami Mævius pût se procurer l'argent dont il avait besoin. Et dès lors que lui importe le moyen mis en œuvre par le mandataire, pourvu que ce résultat soit obtenu? L'ordre donné par Gaius à Sempronius, de compter la somme à Mævius, n'a-t-il pas produit le même résultat que le cautionnement? Sans doute; et dès lors de quoi le mandant pourrait-il se plaindre? (1).

A ceci se rapporte une espèce exposée par le cardinal Deluca (2).

Le duc de Mantoue, n'ayant pas d'argent, et n'osant pas en emprunter sous son nom d'une manière ostensible, *pro quâdam honestate*, employa le nom de tierces personnes qu'il chargea de lui procurer 60 mille écus auprès d'un certain abbé Loredan; promettant de les tenir quittes et indemnes. Loredan ne put prêter que 40 mille écus. Les prête-

(1) V. là-dessus *les rationalia* du président Favre.

(2) *De credito*, disc. 84.

noms empruntèrent les 20 mille écus auprès de Galeas Canossa. Après la mort du duc, la *camera* ducale soutint qu'elle n'avait aucune obligation à remplir en ce qui concerne l'emprunt de 20 mille écus, parce qu'il avait été fait contre la teneur de la procuration, laquelle ne désignait pour prêteur que l'abbé Loredan et non pas Canossa.

Mais cette prétention fut jugée mauvaise par Deluca. Le duc n'avait désigné l'abbé Loredan que parce qu'il le supposait en mesure de prêter les 60 mille écus. Il n'avait tracé les moyens d'exécution que pour réussir. D'autres moyens ont été employés, ils ont également réussi. Le succès démontre que le mandataire a été prudent, sage, et qu'il a bien géré. Ses actes doivent donc être ratifiés, et il y aurait pur caprice de la part du mandant à s'y refuser. C'est l'effet qu'il faut considérer, et non pas la forme. *Effectus potius*, dit très bien le cardinal Deluca (1), *quàm formalitas verborum attenditur*.

314. Mais faisons attention à une chose.

Oui, dans certains cas, les équipollents sont admis dans l'exécution. Mais ils ne sont pas reçus quand il s'agit de l'objet même du mandat, ou, comme le dit le cardinal Deluca, *quandò immutatur substantia rei* (2). Le mandataire ne peut pas faire autre chose que ce qui lui a été mandé (3). Lors

(1) De credito, *disc.* 84, n° 4.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Non debet mandatarius*, dit Favre, *aliud facere quàm rogatus est. Sed ipsum quod rogatus est, alio modo, facere non rohibetur. Infra*, n° 359.

même qu'il y a impossibilité d'accomplir le mandat, le mandataire n'est pas facilement reçu à s'écarter de cette règle (1). Arrêté par une impossibilité physique, il doit en général en donner avis au mandant et s'abstenir. Mais substituer une chose à une autre est une résolution très grave qui ne se tolère pas facilement (2).

315. Toutefois, quand il est démontré que le mandataire, pris au dépourvu par un cas inopiné, a pourvu à l'intérêt du mandant par une déviation salutaire du mandat, il peut être excusé comme *negotiorum gestor* (3).

316. Au surplus, les préceptes sur lesquels nous avons insisté, et qui tiennent à l'obligation où est le mandataire d'exécuter le mandat *in formâ specificâ*, ne sont applicables que lorsque la procuration est précise, claire et impérative (4). Mais toutes les fois qu'elle présente de l'équivoque, ou laisse au mandataire une certaine latitude d'exécution, on peut se montrer moins sévère pour ce dernier. C'est le mandant qui a transmis l'ordre; c'était à lui à lui donner

(1) *Infrâ*, n° 359, 360.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 106.

(3) Casaregis, *disc.* 69, n° 13.

Disc. 36, n° 13.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 118.

Infrâ, n° 360.

(4) Paul, l. 46, D., *Mandati*: *Forma in mandatus servanda est quotiès certum sit mandatum; at quotiès incertum vel plurium causarum, tunc licet aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, etc., etc.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 95, 96.

la forme positive qui lui manque ; c'était à lui à expliquer ses intentions en termes exprès et avec exactitude rigoureuse. Le doute s'interprète contre lui, et pour quelle raison ? Casaregis l'a fort justement expliqué. « *Verba obscura, dubia, æquivoca, semper interpretari debent CONTRA SCRIBENTEM, præcipue inter mercatores, qui semper eum candore et absque ullo artificio se gerere debent in negotiis* (1). »

317. Par exemple :

Le commettant, après avoir exprimé ses intentions, se borne souvent à donner au commissionnaire la faculté de s'y conformer, le laissant maître d'agir au mieux de ses intérêts (2). Ces sortes de mandats, assez usuels dans le commerce, et appelés par Casaregis *mandata cum liberâ*, n'obligent pas d'une manière précise le commissionnaire à faire taxativement ce que contient la lettre d'avis. Il suffit qu'il agisse en bon père de famille et dans l'intérêt du commettant (3).

Nigroni, de Syracuse, devait de l'argent à Centurioni, de Gènes, qui le pria d'employer cet argent à lui acheter des froments, en ajoutant qu'en cas de chargement, il le pria de lui en donner avis, attendu qu'il voulait faire assurer l'envoi. Du reste, le mandat n'avait rien de précisément impératif. Centurioni semblait s'en rapporter à la prudence de Nigroni, à qui il disait : *Come fareste o farete*

(1) *Disc.* 57, n° 9.

(2) Exemple dans une espèce rapportée par Dalloz, 34, 1, 429, et aussi v° *Avaries*, p. 204.

(3) Cassat., ch. civ., 22 avril 1823, D., *Avaries*, p. 204.

per voi proprio : remettendomi d'ogni cosa a quel che avrete fatto o farete (1). Nigroni acheta les froments, et les chargea sur un bâtiment non assuré, qui portait des froments pour son compte particulier. Ce bâtiment périt. Centurioni prétendit devant la rote de Gènes que l'opération devait rester au compte de Nigroni, qui n'avait pas pris d'assurance. Mais il échoua dans sa prétention. On considéra que Centurioni n'avait donné qu'un mandat facultatif (2) qui laissait toute l'affaire à la discrétion, à la sagesse de Nigroni (3).

318. Au surplus, quand le mandat laisse de l'incertitude, le juge, tout en ménageant la responsabilité du mandataire, verra s'il a suivi les impulsions de la bonne foi, et si dans sa conscience il a pris le parti qui paraissait le plus utile au mandant (4). En cette matière, la bonne foi naturelle explique au mandataire ce que le mandat n'a pas expliqué (5).

(1) *Et multa alia quæ important liberam voluntatem*, dit la décis. gén. 180, n° 3.

(2) *Potius verba exhortativa et præcativa* (loc. cit.).

(3) *In omnibus se remisit dicto Luca de Nigrono* (n° 3).

Totum negotium erat in ejus LIBERA VOLUNTATE et ARBITRIO (n° 4).

(4) Paul, l. 46, D., *Mandati*. Cassat., 22 avril 1826. D., *Avaries*, p. 205.

(5) A propos de quoi Hilliger dit : *Quid si mandatum non sit finibus circumscriptum? Reducendum ad præsumptam mandantis voluntatem, ejusque utilitatem; nec quidvis agere licet; sed bona fides NON DEFINITUM DEFINIT*. Sur Doneau, p. 876, note (4).

319. Il reste à faire observer que ce n'est pas aller au delà de la procuration que de faire certains actes qui, quoique non exprimés, y sont cependant virtuellement compris comme conséquents, antécédents et compléments (1). On suppose que le mandant n'a pas parlé de ces actes parce qu'il l'a jugé inutile, ou bien parce qu'il n'y a pas pensé; car, s'il y eût pensé, il en eût imposé le devoir au mandataire. C'est ce qu'enseigne le président Favre sur la loi 30, D., *Mandati*: « *Intelliguntur ea omnia quæ credibile sit mandatorum rem in mandato expressum fuisse, si de iis cogitasset.* »

Ainsi la commission de vendre des objets mobiliers donne implicitement commission de recevoir (2), surtout si le paiement se fait comptant. Dans le commerce, ce point n'est pas douteux; tous les jours la pratique commerciale en donne la preuve. Nous verrons tout-à-l'heure si le mandat de vendre, non des meubles, mais un immeuble, emporte mandat de toucher le prix.

(1) *Suprà*, n° 285.

Favre, *Ration.*, sur la loi 12, § 9, D., *Mandati*.

Casaregis, disc. 175, n° 3, 198, n° 31, 30, n° 14: « *In mandato antecedente continentur et subsequens. Mandata mercatorum tacite comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad peragendum id quod juxta eorum stylum fieri solet, et quæ mandantibus utilia sunt.* »

Junge Deluca, *De cambio*, disc. 13, n° 7.

(2) Legrand sur Troyes, t. 9, art. 159, n° 28, *in fine*.

Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 110.

Toubeau, p. 116.

Casaregis, disc. 30, n° 14 et 15.

La commission de s'obliger renferme la commission de payer (1).

Donner une lettre de change à recouvrer, c'est donner l'ordre de la faire protester en cas de besoin.

La commission de vendre un immeuble et d'en toucher le prix contient le mandat implicite de régler les honoraires du notaire (2), ainsi que de recevoir le prix, aussi bien des mains de l'acquéreur débiteur que des mains d'un tiers, au moyen d'une cession (3).

Le mandat de faire rentrer le paiement d'une somme due, par tous les moyens convenables, renferme le pouvoir d'accepter la succession à laquelle le débiteur était appelé et à laquelle il a renoncé (art. 788 C. c.) (4). Il renferme aussi le pouvoir d'obtenir le paiement par toutes voies de contrainte, même par la saisie immobilière (5).

Celui qui a mandat de saisir réellement a droit de faire revendre par surenchère (6).

La Cour royale de Bordeaux a jugé, par arrêt du 9 février 1829 (7), qu'un facteur chargé de payer

(1) Celsus, l. 47, D., *De cond. indebit.*

Paris, 21 avril 1806.

Deville, 2, 2, 137.

(3) Bordeaux, 22 janvier 1827.

Dev., 8, 2, 316.

(4) Bourges, 19 décembre 1821.

Dev., 6, 2, 501.

(5) Paris, 25 mai 1831, D., 33, 2, 22.

(6) Cass., 15 pluv. an XIII.

(7) Dal., 29, 2, 294.

les ouvriers avait pu emprunter dans ce but en l'absence du maître.

Pierre donne pouvoir à Paul de consentir au mariage de sa fille et de régler les clauses et conditions du contrat. Paul assigne une dot et, pour sûreté, hypothèque les biens du mandant. Peut-on lui contester le droit de donner cette hypothèque ? Non. La procuration contient virtuellement ce pouvoir (1). On dirait vainement que l'hypothèque est un acte de disposition qui n'est pas nommément compris dans la procuration, et que, pour conférer le pouvoir de faire des actes de disposition, le mandat doit être exprès (art. 1988). Mais l'article 1988 n'exige cette expression que lorsque la procuration est conçue en termes généraux. Il est sans application lorsqu'il y a un mandat spécial pour l'accomplissement duquel l'acte de disposition est un moyen essentiel (2).

Le mandat de se désister et de transiger comprend le pouvoir de renoncer à une exception de procédure (3).

320. Mais il faut bien faire attention à ne pas abuser de cette extension. Elle n'est vraie qu'autant qu'il y a eu dans la pensée des contractants un lien nécessaire entre l'acte exprimé et l'acte qui le suit, et que l'antécédent et le conséquent for-

(1) Paris, 17 mars 1827 (Dev., 8, 2, 346).

(2) *Id.*

Suprà, n° 277.

(3) Cassat., requêt., 26 mars 1834 (Dal., 34, 1, 230).

ment ensemble un tout qui n'est complet qu'avec l'acte sous-entendu, tandis qu'il serait incomplet sans lui. C'est pourquoi Jason formulait ainsi la règle des conséquents : « *Fallit quandò aliquid veni-
ret in NECESSARIUM antecedens, vel NECESSARIUM con-
sequens mandati* (1). »

321. C'est parce que cette intimité n'a pas paru évidente au législateur qu'il a déclaré, par l'article 1989, que le pouvoir de transiger ne renferme pas le pouvoir de compromettre. Le mandant qui a trouvé dans son mandataire une capacité suffisante pour s'en rapporter à lui sur une transaction n'est pas censé placer la même confiance dans l'arbitre qui sera chargé du jugement et qu'il ne connaît pas.

322. Par une raison analogue, le pouvoir donné pour vendre ne comprend pas le pouvoir d'hypothéquer. L'hypothèque se rattache à un autre ordre de combinaisons, à d'autres besoins.

323. Le pouvoir de vendre un immeuble ne donne pas nécessairement pouvoir de toucher le prix (2), alors surtout qu'il y a des termes accordés pour le paiement (3).

324. Le pouvoir d'emprunter et d'hypothéquer ne donne pas au mandataire le droit de consentir

(1) Sur la loi *Si procurator*, C., *De procurat.*, n° 6.

(2) Rouen, 9 novembre 1839, *Dév.*, 40, 2, 80; req., 18 novembre 1824 (Dal., *Mandat*, p. 963, note (4)).

(3) M. Toullier, t. 7, n° 23, arg. de la loi 1, § 12, D., *De exercit. act.*

M. Duranton, t. 12, n° 51.

des hypothèques pour des dettes antérieures à la procuration (1).

325. Le mandat spécial de toucher une ou plusieurs créances ne comprend pas celui de poursuivre les débiteurs à l'échéance. Le mandant peut vouloir user de ménagements et ne pas pousser les choses à une extrémité de nature à rompre des rapports d'amitié ou à le constituer en frais.

326. Il serait inutile de pousser plus loin l'énumération de ces exemples. Du reste, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier l'étendue d'un mandat. Mais ils doivent apporter dans cette appréciation une grande attention pour ne pas fausser l'intention des parties.

327. Quelquefois l'étendue du mandat peut se régler par la nature de la fonction habituelle du mandataire. Le commis-voyageur en est un exemple. Souvent le commis-voyageur n'a qu'un mandat pour recevoir les commissions et les faire parvenir à sa maison (2). D'autres fois il a le mandat de vendre ou d'acheter (3). Pour se décider entre ces deux cas, il n'est pas toujours nécessaire de recourir aux explications de la maison qui l'a proposé, ou d'exiger la représentation de son mandat écrit. Dans le commerce, les affaires se traitent

(1) Turin, 2 avril 1811. Devill., 3, 2, 467.

(2) Cassat., 19 septembre 1821, req. Devill.

(3) Paris, 2 janvier 1828. Dal., 28, 2, 1.

avec plus de confiance; il suffit que l'étendue du mandat résulte des circonstances (1), de l'usage suivi par le mandant (2), etc., etc.

328. Nous terminerons par une observation : l'exécution imparfaite du mandat ne donne le droit de se plaindre qu'au mandant seul ou à ses héritiers. Mais le mandataire ne peut se prévaloir de son infraction et s'en faire un moyen de nullité (3). Serait-il moral qu'il pût alléguer en sa faveur sa propre faute?

Ses héritiers ne le peuvent pas non plus. Il serait intolérable qu'ils vinssent se prévaloir de la faute de leur auteur (4).

Les tiers n'y sont pas plus fondés (5). Le mandant auquel ils voudraient opposer l'exception de transgression pourrait à l'instant leur fermer la bouche en leur disant qu'il a ratifié l'acte du mandataire.

ARTICLE 1990.

Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandat n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales rela-

(1) Angers, 12 août 1825.

Dal., 26, 2, 257.

(2) Deluca, *De cambiis*, disc. 13, n° 6, 7.

(3) Casaregis, disc. 197, n° 13.

(4) *Id.*, disc. 198, n° 25.

(5) *Id.*, disc. 197, n° 13.

des hypothèques pour des dettes antérieures à la procuration (1).

325. Le mandat spécial de toucher une ou plusieurs créances ne comprend pas celui de poursuivre les débiteurs à l'échéance. Le mandant peut vouloir user de ménagements et ne pas pousser les choses à une extrémité de nature à rompre des rapports d'amitié ou à le constituer en frais.

326. Il serait inutile de pousser plus loin l'énumération de ces exemples. Du reste, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier l'étendue d'un mandat. Mais ils doivent apporter dans cette appréciation une grande attention pour ne pas fausser l'intention des parties.

327. Quelquefois l'étendue du mandat peut se régler par la nature de la fonction habituelle du mandataire. Le commis-voyageur en est un exemple. Souvent le commis-voyageur n'a qu'un mandat pour recevoir les commissions et les faire parvenir à sa maison (2). D'autres fois il a le mandat de vendre ou d'acheter (3). Pour se décider entre ces deux cas, il n'est pas toujours nécessaire de recourir aux explications de la maison qui l'a proposé, ou d'exiger la représentation de son mandat écrit. Dans le commerce, les affaires se traitent

(1) Turin, 2 avril 1811. Devill., 3, 2, 467.

(2) Cassat., 19 septembre 1821, req. Devill.

(3) Paris, 2 janvier 1828. Dal., 28, 2, 1.

avec plus de confiance; il suffit que l'étendue du mandat résulte des circonstances (1), de l'usage suivi par le mandant (2), etc., etc.

328. Nous terminerons par une observation : l'exécution imparfaite du mandat ne donne le droit de se plaindre qu'au mandant seul ou à ses héritiers. Mais le mandataire ne peut se prévaloir de son infraction et s'en faire un moyen de nullité (3). Serait-il moral qu'il pût alléguer en sa faveur sa propre faute?

Ses héritiers ne le peuvent pas non plus. Il serait intolérable qu'ils vinssent se prévaloir de la faute de leur auteur (4).

Les tiers n'y sont pas plus fondés (5). Le mandant auquel ils voudraient opposer l'exception de transgression pourrait à l'instant leur fermer la bouche en leur disant qu'il a ratifié l'acte du mandataire.

ARTICLE 1990.

Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandat n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles générales rela-

(1) Angers, 12 août 1825.

Dal., 26, 2, 257.

(2) Deluca, *De cambiis*, disc. 13, n° 6, 7.

(3) Casaregis, disc. 197, n° 13.

(4) *Id.*, disc. 198, n° 25.

(5) *Id.*, disc. 197, n° 13.

tives aux obligations des mineurs, et contre la femme mariée et qui accepte le mandat sans autorisation de son mari que d'après les règles établies au titre du *Contrat de mariage et des devoirs respectifs des époux* (1).

SOMMAIRE.

329. De la capacité du mandant. Renvoi aux principes généraux.
330. De la capacité du mandataire. Les incapables peuvent être mandataires. Raison de cela en ce qui concerne les tiers. Droit romain sur la capacité des mandataires.
331. Exemple que confirme notre règle.
332. Cette règle s'applique au droit commercial comme au droit civil.
333. Mais, dans les rapports du mandant et du mandataire, l'incapable peut profiter des actions en nullité ou en rescision établies par le droit commun.
334. Toutefois, si le mineur a profité de l'exécution du mandat confié à ses soins, ou s'il s'est rendu coupable de détournement étant *doli capax*, il sera tenu de dommages et intérêts.
335. Le droit de la femme mariée de s'affranchir des obligations du mandataire garantit qu'on n'abusera pas de l'article 1990 pour troubler l'harmonie conjugale.

COMMENTAIRE.

329. Notre article s'occupe des personnes capables d'être choisies pour mandataires. Il ne dit rien de la capacité nécessaire pour donner un mandat;

(1) Le Tribunal avait proposé la suppression de cet article comme inutile (Fenet, t. 14, p. 576).

il n'avait rien de spécial à en dire. Le mandant doit être capable de contracter (1); il est soumis aux règles générales qui gouvernent la capacité des femmes mariées, des mineurs, des interdits, des prodigues, etc., etc. Il est évident qu'il ne peut communiquer à autrui le pouvoir de faire ce qu'il ne peut faire lui-même. « Celui-là seul, disait le tribun Tarrible, qui a la capacité de traiter une affaire, peut en confier l'exécution à un autre. Le pouvoir donné par le mandat est nécessairement circonscrit dans celui qu'aurait le commettant lui-même, s'il traitait ou agissait en personne (2). »

330. La capacité du mandataire peut être envisagée d'un autre point de vue. Bien souvent, on ne choisit un mandataire que pour se mettre en rapport avec les tiers, et dès lors, en ce qui concerne ces derniers, il est assez indifférent que l'agent intermédiaire, qui sert d'instrument passif à la volonté d'autrui, ait ou non une capacité propre (3). Cet agent intermédiaire, renfermé dans ce rôle presque machinal, ne contracte pas d'obligations envers les tiers; il n'est qu'un *nudus minister*, un simple organe (4). Fût-il mineur (5), s'il se présente avec un pouvoir formel, il représente celui qui a donné l'ordre d'agir, et qui est censé pré-

(1) Voët, *ad Pand.*, *Mandati*, n° 5.

(2) Fenet, t. 14, p. 594.

(3) M. Tarrible (*loc. cit.*).

(4) *Id.*

(5) Fût-il même esclave! Arg. de ce que dit Paul, l. 5, § 2, D., *Mandati*.

sent. Les tiers qui ont obéi à l'ordre n'ont aucun reproche à craindre. Ce qu'ils ont livré à l'incapable, en vertu de cet ordre, est légitimement livré. C'est tant pis pour le mandant s'il a mal placé sa confiance.

Ceci est emprunté au droit romain; non pas précisément à la partie de ce droit qui traite du mandat (1), mais à celle qui règle les actions des tiers contre la personne qui a donné un ordre de faire quelque chose à ceux qui sont en sa puissance, *in potestate* (2).

« Rien n'empêche, disait l'empereur Gordien, » de payer 10,000 au créancier de cette somme, ou » à son esclave qui vient la chercher avec un ordre » de lui (3). »

331. Ainsi donc, si Pierre écrit à son fils, âgé de dix-neuf ans : « Allez toucher chez Simon, mon » banquier, 2,000 francs qu'il vous remettra sur le » vu de cette lettre, » Simon aura valablement payé; il aura droit à ce que Pierre ratifie dans son compte ce paiement : car, bien que matériellement il soit fait à un incapable, en réalité c'est à Pierre, personne capable, qu'il a été fait.

332. Dans le droit romain, l'agissement ne réfléchissait contre le donneur de l'ordre qu'autant

(1) Comme le croit à tort M. Duranton, t. 18, n° 212.

(2) Ulpien, l. 1, D., *Quod jussu*.
Just., Inst., *Quod cum eo qui in alienâ potest.*

(3) L. 4, C., *De solut.*
Junge L. 49, D., *De solut.*
L. 22, § 12, D., *De solut.*

que le fils ou l'esclave étaient en sa puissance. Il en était autrement quand l'ordre était donné à un fils de famille ou à un esclave en puissance d'autrui (1). Mais nous ne suivons pas ces décisions. Nous avons emprunté les idées des Romains sur le *quod jussu*, non pas pour nous soumettre à leur rigueur étroite, mais pour les féconder, les élargir, les fonder dans le mandat.

Nous disons donc qu'en toute matière, l'incapable qui, se présente avec un ordre doit être écouté par les tiers auxquels cet ordre est adressé. Ce principe est vrai, malgré les expressions incorrectes de l'art. 1990, soit que le mineur soit émancipé, soit qu'il ne le soit pas (2), et il s'applique tant dans le droit civil que dans le droit commercial. MM. Delamarre et Lepoitevin semblent concevoir des doutes en ce qui concerne les affaires de commerce (3). Mais je n'y vois pas la moindre difficulté. Il serait singulier qu'une règle prise du droit commercial des Romains dût être rejetée du droit commercial des nations modernes!!

333. Mais si, dans les rapports du mandant avec les tiers, la capacité du mandataire est indifférente, il n'en est pas de même dans les rapports du mandant et du mandataire. On retombe alors dans les principes généraux sur la capacité des mineurs,

(1) Noodt sur le tit. du Dig., *Quod jussu*.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 212.
Zacchariæ, t. 3, p. 124.

(3) T. 1, n° 53.

des interdits, des femmes mariées, etc., etc. Le mandant est sans doute engagé; mais les incapables qu'il a chargés de son mandat pourront se dégager en faisant valoir la nullité relative introduite en leur faveur. M. Tarrible a exposé à merveille cette situation dans son rapport au Tribunal: « L'exécution du mandat entraîne à sa suite une obligation respectueuse dont la solidité est subordonnée à certaines conditions. Si le commettant a fixé son choix sur un mineur, sur une femme mariée, ou sur toute autre personne qui n'avait pas la libre faculté de s'engager, il n'aura de reproches à faire qu'à sa propre imprudence, et les obligations qui sont à la charge du mandataire demeureront soumises à la nullité ou à la restitution inséparable des engagements contractés par les personnes de cette classe. »

Ainsi, un négociant charge un mineur en qui il a confiance de lui acheter des marchandises et de les payer. Ce négociant ne sera pas fondé à se prévaloir de l'incapacité de ce mineur pour refuser la livraison. Mais si, sous prétexte que la marchandise a été mal achetée, il prétendait intenter contre ce mineur une action en dommages et intérêts pour mauvaise exécution du mandat, le mineur pourrait se prévaloir de la nullité du contrat.

334. Bien entendu cependant que s'il avait reçu des sommes d'argent, et qu'il s'en fût enrichi (1); ou bien que si, sans s'en être enrichi, il les avait

(1) Mon com. du Dépôt, n° 57.

détournées par un délit (1), étant *doli capax*, il pourrait être actionné en dommages et intérêts.

335. Jusqu'ici tout s'explique à merveille dans l'ensemble de la loi; ses dispositions reposent sur un enchaînement de principes certains et sagement combinés. Mais si, faisant un pas de plus, on vient à réfléchir sur le droit donné à une femme mariée d'accepter un mandat sans l'autorisation de son mari, on éprouve quelques scrupules sur une disposition législative qui semble blesser le respect dû aux nœuds du mariage et favoriser l'indiscipline de la femme.

Mais, ne l'oublions pas, la loi frappe de nullité toutes les obligations personnelles que la femme pourra contracter par suite de l'exécution du mandat; dès lors les inquiétudes disparaissent, et l'on est forcé de reconnaître que notre article a concilié convenablement la liberté du mandat avec les devoirs de la femme mariée. Le mandant, exposé à toutes les chances d'un contrat boiteux, ne les affrontera pas facilement. Il ne sera pas tenté surtout de s'en servir pour troubler l'harmonie du mariage (2).

(1) Art. 408 C. pénal. Mon com. du Dépôt, n° 58, art. 4310 C. c.

(2) M. Tarrible
(Fenet, t. 14, p. 597).

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

ARTICLE 1991.

Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution.

Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.

SOMMAIRE.

336. Transition. Gravité des obligations du mandataire. Le mandataire infidèle était infâme chez les Romains.

Résumé de ces obligations.

337. De l'accomplissement du mandat. La règle est qu'il faut achever ce qui a été volontairement commencé,

338. A moins que le mandataire ne s'aperçoive que l'affaire est au-dessus de ses forces et qu'il n'avertisse le mandant en temps utile.

Objection résolue. Il ne faut pas que celui qui agit dans la vue de rendre service soit victime de son bienfait.

339. Mais, pour que le mandataire puisse s'abstenir, il faut que les choses soient encore entières.

340. Cependant si quelque cause l'empêche d'agir ou de donner avis, il peut s'abstenir, bien qu'il en résulte du préjudice pour le mandant.

341. Par exemple, s'il tombe malade, son abstention est légitime.

Il en est de même s'il lui survient quelque affaire personnelle, grave.

342. Renvoi pour le développement de ceci.

343. Ces justes causes pour ne pas agir sont un motif d'excuse, alors même que les choses ne sont pas entières.

Le mandataire n'a pas besoin d'excuses quand les choses sont entières.

344. Le mandataire qui ne veut pas accepter le mandat est-il tenu de faire connaître son refus? Comment s'interprète son silence? *Quid* lorsque le mandat est adressé à un avoué, notaire, commissionnaire de commerce et autres dont l'office est acquis à quiconque le réclame?

345. Suite.

346. Quelquefois le mandataire qui refuse le mandat est obligé de prendre des mesures conservatoires.

347. Principes sur l'exécution du mandat accepté.

Distinction entre l'exécution du mandat impératif et l'exécution du mandat facultatif.

348. De l'exécution conforme du mandat impératif.

349. Ne rien faire *au delà*.

350. Ne rien faire en moins.

351. Se conformer *ad unguem* au mode d'exécution.

352. Des équipollents.

353. Des conséquents.

354. De l'exécution du mandat facultatif.

355. De la force majeure que le mandataire rencontre dans l'exécution du mandat. ®

356. Dans quel cas il y a force majeure.

357. Elle n'existe pas sans impossibilité.

358. De quelle manière la force majeure peut-elle affecter l'exécution du mandat?

359. Empêchements temporaires.

360. Empêchements insurmontables et absolus.

361. Cas où alors le mandataire peut se constituer *negotiorum gestor* pour faire autre chose.

362. Suite. Rappel de quelques principes sur la *negotiorum gestio*. Combien il est délicat de substituer une chose à une autre dans cette matière. Tempéraments à garder.

363. Objections contre une opinion de MM. Delamarre et Lepoitevin qui attribuent au commissionnaire commercial une trop grande latitude.

Union de la loi civile et de la loi commerciale.

Espèce tirée de Casaregis ; véritable sens de la décision de ce jurisconsulte.

364. Conclusion et rappel des principes. Décision de la rote de Gênes qui les fortifie.

365. Le mandataire n'est pas tenu de se porter *negotiorum gestor*.

Mais il est tenu de prendre des mesures conservatoires.

366. Tous ces principes sont ceux du droit civil, du droit commercial et du droit public ; ils gouvernent les mandats des ambassadeurs.

367. Des empêchements de force majeure qui portent sur les moyens d'exécution.

Distinction entre le cas où le mandat comporte un ajournement dans l'exécution, et celui où il n'en comporte pas.

Sous-distinction entre le cas où les moyens d'exécution sont impératifs et celui où ils ne sont qu'indicatifs.

368. Des mesures à prendre par le commissionnaire lorsqu'il y a obstacle de force majeure à la continuation de l'exécution commencée.

Exemple.

369. Cette hypothèse se réalise surtout dans les mandats diplomatiques.

370. Empêchements de force majeure qui s'opposent à la livraison de la chose.

371. Le mandataire qui a traité avec des personnes *in bonis* n'est pas tenu de leur insolvabilité future.

Quid s'il avait traité avec des personnes connues pour être mal dans leurs affaires ?

372. Le mandataire doit prouver la force majeure.

Conditions de cette preuve.

373. Le mandataire peut prendre à sa charge la force majeure.

Il peut aussi se faire assureur du succès de l'opération.

Du del credere.

374. Légitimité de cette convention.

375. Dans quel cas elle dégénère en usure.

376. Effets de la convention *del credere*.

377. Suite.

378. La convention *del credere* ajoutée au mandat ne le dénature pas. C'est un pacte additionnel.

Il peut résulter des circonstances.

379. Le mandataire est dispensé d'agir lorsque le mandant néglige les agissements qui doivent contribuer à l'exécution du mandat.

380. Suite.

381. De la révocation du mandat. Renvoi.

382. En règle générale, le mandataire doit finir ce qu'il a commencé.

383. *Quid* en cas de mort du mandant ?

384. *Quid* en cas de révocation ?

COMMENTAIRE.

336. Les obligations du mandataire sont très graves ; elles se présentaient aux yeux des anciens avec des caractères de sévérité tels, qu'ils déclaraient

raient infâme le mandataire qui les violait (1). Le mandataire infidèle n'est pas plus favorable aux yeux des nations modernes, et l'exécution du mandat est placée sous la garantie de la bonne foi.

Ces obligations se résument de la manière suivante :

1° Accomplir le mandat accepté, tant qu'il n'est pas révoqué ;

Et, lors même qu'il est révoqué, terminer ce qui, étant commencé, pourrait souffrir d'un retard ;

2° Accomplir le mandat sans dol, sans faute, en bon père de famille ;

3° Rendre compte au mandant (2).

Le premier chef de ces obligations est traité par notre article ; le reste aura sa place dans les articles suivants.

337. Il est libre à chacun de ne pas accepter le mandat ; mais, dès l'instant qu'on a consenti à s'en charger, on est tenu de l'exécuter : *Sicut autem liberum est mandatam non suscipere, ita susceptum consummari oportet* (3). Commencer et ne pas finir, c'est manquer à la confiance qu'on a placée dans le mandataire, c'est compromettre des intérêts qui ne doivent pas rester en suspens ; il y a des affaires

(1) Cicér., *Pro Cæcinâ*, 3 ; *Pro Roscio Amerino*, 38.

(2) L. *Procurat.*, C., *Mandati*.
Doneau, lib. XIII, c. 11, n° 2.

(3) Paul, 22, § 11, D., *Mandati*.
L. 5, C., *De oblig. et act.*
L. 17, § *Sicut*, D., *Commodati*.
Pothier, n°s 38 et suiv.

qu'il vaut mieux ne pas entreprendre que de laisser inachevées.

338. A cela cependant une exception :

Elle a lieu quand le mandataire, après avoir accepté, s'aperçoit que l'entreprise n'est pas en son pouvoir, et avertit le mandant en temps utile, et lorsque les choses sont encore entières, qu'il ne peut continuer à en rester chargé (1).

Vainement dira-t-on qu'il n'est pas permis de renoncer à une obligation contractée. N'oublions pas quelle est la nature du mandat ; il procède d'un sentiment officieux et libéral ; or, il ne faut pas que celui qui agit dans la vue de rendre service soit victime de son bienfait. On ne le traitera donc pas à la rigueur ; on lui permettra surtout de se repentir toutes les fois qu'il n'en résultera pas de préjudice pour le mandant (2), et il est clair que ce dernier n'aura pas à se plaindre s'il est prévenu de la renonciation en temps utile et lorsqu'il peut faire faire l'affaire par un autre, c'est-à-dire quand les choses sont encore entières (3).

339. Nous disons lorsque les choses sont encore entières, et ceci est important ; car si le manda-

(1) Caius, l. 27, § 2, D., *Mandati*.
Just., Inst., *Mandati*, § 11.

Paul, l. 22, § 11, D., *Mandati*.

Cujas, lib. 32, *ad edict.*, sur cette loi de Paul : *Causâ adhuc integrâ renuntiaverit*.

(2) Doneau, XIII, c. 11, n° 4.

(3) V. *Infrâ*, n° 796.

taire laissait les choses trainer en longueur, et que dans l'intervalle l'affaire dont il avait été chargé eût périclité, tout le dommage retomberait sur lui : « *Si quamprimum et opportunè, id mandatori mandatarius non renuntiavit, redundat omne damnum, omnis fraus, ad eum qui mandatum suscepit.* » Ainsi parle Cujas (1).

Le mandataire devra donc donner avis au mandant aussitôt que possible : *Quamprimum poterit*, avait dit Caius (2) avant Cujas.

Par exemple, je vous donne le mandat de m'acheter une partie de sucre qui sera à vendre au Havre dans un mois ; vous m'accusez réception de ma lettre ; mais bientôt vous changez d'avis, et, au lieu de me prévenir que vous ne pouvez faire cette affaire pour moi, vous gardez le silence, et pendant ce temps un autre achète. Vous êtes tenu (3).

340. Il peut arriver cependant que le mandataire ait été empêché par quelque cause grave, et qu'il n'ait pu ni agir ni donner avis. Alors, bien que sa renonciation soit intempestive (4) et qu'elle soit pour le mandant la cause d'un préjudice, on l'excuse à cause de cette position nouvelle où il s'est

(1) *Loc. cit.*, et *infra*, n° 398.

(2) L. 27, § 2, D., *Mandati*.
Infra, n° 796.

(3) Ulpien, l. 8, § 7, D., *Mandati*.

(4) Favre explique très bien cela sur la loi 25, D., *Mandati*.
Infra, n° 797 et 800.

trouvé (1) et qui lui a donné le droit de changer de volonté.

341. On considère comme motifs d'excuse une maladie du mandataire (2) ou toute autre cause analogue (3) se rapportant à la force majeure.

Ce n'est pas tout ; et comme le mandataire doit être traité avec bénignité, ainsi que nous le disions au n° 338, on accepte pour excuse suffisante de son abdication du mandat la survenance d'affaires personnelles graves, dont la négligence lui causerait un préjudice considérable.

342. Mais nous reviendrons sur les cas de renonciation du mandataire quand nous commenterons les art. 2003 et 2007 du C. c. (4). On verra figurer aussi parmi les causes d'abstention ou de renonciation l'inimitié capitale née depuis l'acceptation du mandat entre le mandant et le mandataire.

343. Pour le moment, nous ne ferons qu'une seule observation.

S'il fallait entendre à la lettre un texte de Paul, ces justes causes de ne pas agir ne devraient être prises en considération qu'autant que les choses sont encore entières (5). Mais le président Favre a

(1) Just., *Inst.*, *Mandati*, § 11.

Caius, l. 27, § 2, D., *Mandati*.

(2) Hermog., l. 23, D., *Mandati*.

(3) *Seu ob aliam justam causam excusationis alleget.*
Hermog., l. 25, *loc. cit.*

(4) *Infra*, n° 795.

(5) Sent., lib. 2, t. 15.

très bien démontré, ou que Paul est tombé dans l'erreur, ou que son texte a été altéré (1). Quand les choses sont entières, le mandataire n'a pas besoin d'aller chercher des excuses; sa volonté de renoncer au mandat lui suffit. Ce n'est que lorsque les choses ne sont plus entières et que la renonciation arrive tardivement qu'il lui faut des raisons péremptoires pour motiver son inaction (article 2007) (2).

344. Tout ce que nous venons de dire se réfère au cas où le mandataire a accepté le mandat; car ce n'est que par l'acceptation que commence son obligation (article 1984).

Mais lorsque le mandat n'est encore accepté ni expressément ni tacitement, et que le mandataire ne veut pas s'en charger, est-il tenu de faire savoir son refus au mandant, et, s'il garde le silence, encourt-il quelque responsabilité?

Cette question intéresse les matières civiles et les matières commerciales; elle se résout par les distinctions que nous avons posées ci-dessus au sujet de l'acceptation tacite du mandat (3).

En général, le mandataire n'est pas tenu de contredire la procuration, et, tant qu'il a gardé le silence, il est censé ne l'avoir pas acceptée (4).

Mais cette règle n'est pas applicable aux manda-

(1) *Loc. cit.*

Infrà, n° 798.

(2) *Infrà*, n° 797.

(3) Nos 148, 150, 151, 152.

(4) *Ulp.*, l. 8, § 1, D., *De procurat.*

taires de profession, aux avoués, notaires, commissionnaires de commerce, etc., auxquels on s'adresse pour des affaires qui rentrent dans leur ministère; ceux-là sont censés accepter le mandat par cela seul qu'ils en ont reçu l'avis sans donner de réponse. Leur office est acquis de droit à quiconque le leur demande; ils sont censés provoquer, solliciter les clients par leur exercice public, accepter par conséquent ceux qui se présentent; et pour faire tomber la présomption virtuelle, je me trompe, la preuve manifeste qui ressort de cet état de choses, il faut qu'ils s'expliquent et donnent un refus formel (1).

345. Ce point, établi à merveille par Pothier (2), est de droit commun. Il n'est pas propre aux matières de commerce. Il a son principe dans les matières du droit civil, et le droit commercial est venu le puiser à cette source.

Du reste, il est consacré expressément par le Code de commerce espagnol (3). « Le commissionnaire, dit-il, est libre d'accepter ou de ne pas accepter la commission du commettant. Mais, en cas de refus, il doit lui en donner avis courrier par courrier; autrement, il est responsable envers le commettant du préjudice que ferait éprouver à ce dernier le seul fait du manque d'avis. »

(1) *Suprà*, n° 152.

(2) *Suprà*, n° 151.

Junge M. Merlin, Q. de droit, v° *Compte courant*.

(3) Art. 120.

Voilà bien notre principe dans toute son énergie.

Le mandant a dû compter sur l'office du mandataire dont nous parlons ; pour le détromper, le mandataire doit lui donner avis de son refus, et ne pas lui laisser croire que le mandat est accepté. S'il garde le silence, il manque aux devoirs de sa charge ; il encourt une responsabilité (1).

346. Il y a plus : même en cas de refus, le mandataire peut, dans certaines circonstances, se trouver obligé à prendre des mesures conservatoires urgentes.

Un client adresse à un avocat à la Cour de cassation un dossier pour se pourvoir ; les pièces n'arrivent entre les mains de celui-ci que la veille de l'expiration du délai fatal ; de telle sorte que le client ne peut être averti en temps utile de confier sa cause à un autre. Le devoir de cet avocat est de former le pourvoi ; sauf à répondre plus tard au mandant qu'il ne veut pas se charger de l'affaire.

Un négociant envoie des marchandises à son commissionnaire pour une opération dont ce dernier refuse de se charger. Le commissionnaire n'est pas moins tenu de soigner les marchandises, et de prendre toutes les mesures convenables de conservation (2).

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 27.

Vincens, t. 2, p. 128, n° 4.

(2) M. Pardessus, t. 2, n° 558.

M. Dalloz, *Commission*, p. 742, col. 2.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 27.

347. Maintenant, nous allons supposer que le mandat a été accepté, et qu'aucun changement de volonté légitime et admissible n'en paralyse l'exécution. Quels sont les devoirs du mandataire pour arriver à cette exécution d'une manière satisfaisante ? C'est peu que de donner cette règle générale, savoir, que la condition du mandat ne doit pas être rendue plus mauvaise par le fait du mandataire (1) ; il faut entrer plus avant dans les détails de cet important sujet.

De deux choses l'une :

Ou le mandat est impératif,

Ou il est facultatif.

S'il est impératif, l'exécution doit être conforme.

S'il est facultatif, l'exécution doit être conduite au mieux des intérêts du mandant, avec tous les soins du bon père de famille, avec toute la prudence d'un homme avisé.

Cette règle comprend tous les devoirs du mandataire. Mais nous ne devons pas nous borner à l'exprimer. Il faut aussi en montrer par l'analyse les détails et l'application.

348. D'abord, en ce qui concerne l'exécution conforme du mandat impératif, nous avons déjà préparé, dans le commentaire de l'art. 1989, la connaissance des obligations du mandataire. On a vu que le mandataire doit se conformer à la teneur

(1) Paul, l. 3, D., *Mandati* : « *Deterior verò nunquàm* »

du mandat (1), et que c'est là une règle de morale (2), de droit civil (3) et de droit commercial (4). Pour développer cette grande règle, nous avons suivi le mandat dans sa forme (5), et, après avoir défini ce qu'on doit entendre par la forme du mandat (6), nous avons dit que le mandataire ne doit rien faire *contre la forme* du mandat.

349. Puis, nous avons montré que le mandataire ne doit rien faire *au delà* de la procuration (7). Des exemples ont montré l'application de cette règle, soit aux procurations spéciales, soit aux procurations conçues en termes généraux.

350. Ce n'est pas tout : nous avons fait voir que non-seulement le mandataire ne doit rien faire en plus de la procuration, mais qu'il doit éviter avec la même diligence de rien faire *en moins* (8). Des exemples et des applications ont montré ce que l'on entend, en droit civil et commercial, par une exécution insuffisante. Ce n'est pas seulement celle qui reste au-dessous des quantités requises; c'est encore celle qui ne procure au

(1) *Suprà*, n° 256.

(2) N° 256.

(3) 260 et 256.

(4) 256 et 260.

(5) N° 261.

(6) N° 255.

(7) N° 269.

(8) N° 302.

mandant que des qualités inférieures à ce qu'il avait demandé (1).

351. Enfin nous avons fait un pas de plus, et nous avons enseigné que le mandataire ne doit pas se borner à exécuter la procuration dans sa forme intrinsèque, mais qu'il doit encore se conformer *ad unguem*, comme disent les docteurs du droit civil et du droit commercial, au *mode d'exécution* qui lui a été tracé (2).

352. Après cela, est venue la question des équipollents (3); nous l'avons examinée sous tous les rapports qui peuvent les faire admettre dans certains cas, et rejeter dans presque tous les autres.

353. Puis, nous avons traité la question des conséquents, c'est-à-dire des actes qui, bien que non exprimés dans une procuration, y sont virtuellement compris comme suite nécessaire de la chose contenue dans le mandat (4).

354. A l'égard du mandat facultatif, nous avons dit que le mandataire investi d'une liberté qui repose sur la confiance ne doit s'en servir que pour faire le profit du mandant; qu'il doit se conduire comme ferait tout bon père de famille, tout négociant intelligent (5).

355. Au milieu de ces questions, il en est une

(1) *Suprà*, n° 307.

(2) *Suprà*, n° 308.

(3) N° 310.

(4) N° 319.

(5) N° 316.

qui s'est présentée à nous et que nous n'avons fait que toucher: c'est celle de la force majeure que le mandataire rencontre dans l'exécution du mandat (1). Nous devons y revenir parce que c'est ici sa vraie place.

Et d'abord, quand nous parlons de la force majeure, nous n'entendons pas parler de celle qui influe sur la volonté personnelle du mandataire, et le détermine à renoncer au mandat. Celle-ci a été signalée par nous au n° 340; elle touche à la personne du mandataire plutôt qu'à la chose qui fait l'objet de la procuration. Nous ne nous occupons ici que de la force majeure, qui, sans affecter la personne même du mandataire, sans la faire changer de résolution, porte sur les choses et sur les faits, et rend impossible l'exécution que le mandataire voudrait effectuer.

356. Nous n'avons pas à revenir sur les définitions de la force majeure que nous avons développées ailleurs (2). On pourra y recourir. Nous nous bornons à dire ici que les faits qui empêchent ou troublent l'exécution du mandat ne doivent être pris en considération qu'autant que le mandataire n'a pu les vaincre: « *cui prævisto resisti non potest.* » S'il a pu les prévoir et les dominer, ce n'est pas à la force majeure qu'il faudra attribuer l'inexécution du mandat; c'est à l'incurie du mandataire. « *Impedimentum allegare, et ex eo se juvare non potest.* »

(1) *Suprà*, nos 311, 314, 315.

(2) *Mon com. du Louage*, t. 2, n° 204.

« *qui illud tollere poterat.* » Telle est la règle appliquée en cette matière par la jurisprudence de la rote de Gènes (1). Elle est de toute évidence, et le droit commun lui donne sa sanction.

357. Il ne faut même pas que le mandataire s'entienne aux apparences, et que la crainte d'une impossibilité probable arrête sa bonne volonté. Cette crainte peut se trouver exagérée; en essayant de vaincre une résistance, il arrive souvent qu'on en vient à bout. Le mandataire doit donc tenter d'agir, et persister avec constance tant qu'il reste un rayon d'espoir. Ce n'est que lorsqu'il a la certitude d'échouer qu'il peut alléguer une impossibilité admissible. C'est une autre règle donnée par Casaregis. « *Diligentias possibiles tenetur mandatarius facere, licet eas putet non profecturas ob arduitatem negotii* (2). »

358. La force majeure considérée indépendamment des causes dont elle procède, et prise dans ses effets, agit à des degrés divers; il est utile de les distinguer :

- 1° Quelquefois la force majeure ne fait que retarder la possibilité de l'exécution;
- 2° Quelquefois elle l'empêche, *ab initio*, d'une manière radicale et absolue;
- 3° Tantôt elle ne la rend impossible que par les

(1) *Décis.* 174, n° 13.

D'après Socin le jeune, *com.* 27, vol. 1.

(2) *Disc.* 198, n° 26.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nos 40 et 77.

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.* 125, 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 prout suæ 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 240 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, n°s 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, 4 (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*.

Infra, n° 86.

(3) Cons. 334, n° 4.

(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) Tusch, *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 jurisp.*, 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 correspondentis, tum potest mercator agere prout suæ prudentiæ videbitur; *mirabiliter* Baldus,

(1) N^o 10 et 11.

(2) N^o 23. *Junge* Surdus, cons. 374, n^o 23.

» cons. 334, n^o 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^o 33.

Junge Casaregis, disc. 22, n^o 31.

Disc. 69, n^o 13.

Disc. 119, n^o 56.

(2) *Decis. rot. gen.* 174, n^o 7.

(3) *Suprà*, n^o 363.

(4) N^o 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 ampliatur 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.

tracés par le mandant ne sont qu'indicatifs; s'il permet de supposer raisonnablement que ce dernier, informé de la difficulté, n'aurait pas hésité à en adopter d'autres, le mandataire pourra pourvoir aux intérêts du mandant par des équipollents (1). Telle est la doctrine de la rote de Gènes (2), de Balde (3), de Scaccia (4), de Casaregis (5). Le mandat est alors ce que Balde appelle *mandatum dubium!! Dubium*, en ce sens qu'il n'est pas certain que le mandant ait entendu restreindre taxativement les moyens d'exécution dans le cercle tracé (6). Alors le mandataire a pu aviser aux intérêts du mandant par des moyens équipollents. Loin d'agir avec imprudence, il s'est comporté en père de famille intelligent et avisé.

Toutes ces notions se reflètent et se résument dans l'espèce suivante jugée par arrêt de la Cour de Paris du 9 juin 1831 (7) :

Une entreprise de messageries avait été chargée de recouvrer un billet à Laon (il est sous-entendu, en pareil cas, que c'est par l'allée et le retour des voitures que les effets et l'argent voyagent et que

(1) *Suprà*, n° 311.

Infrà, n° 470.

(2) Décis. 8, n° 8, et 64, n° 2.

(3) Cons. 334.

(4) *Suprà*, n° 311, où je cite ses paroles.

(5) *Disc.* 125, n° 23 et 24.

Disc. 119, n° 56.

Disc. 69, n° 13.

(6) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 171.

(7) Sirey, 31, 2.

les recouvrements s'opèrent). La révolution de juillet éclate; les événements de Paris empêchent la voiture de partir au jour fixé. Que faire dans cet état de choses? Si l'effet n'était pas présenté à l'échéance, un inconvénient grave se présentait en cas de non-paiement, et le bénéfice du protêt était perdu. Pour prévenir cette sérieuse difficulté, l'administration avait deux partis à prendre: ou faire partir le billet par la poste, ce qui était un équipollent admissible, puisque le mandat n'était pas impératif; ou bien le remettre au mandant pour qu'il avisât lui-même à ce qu'il y avait de mieux à faire. Mais l'administration ne procéda pas ainsi; elle garda le billet, attendit le rétablissement des communications et ne présenta que tardivement le billet qui ne fut pas payé. C'était un cas flagrant de responsabilité, et, malgré d'habiles efforts, l'administration n'échappa pas à une condamnation.

368. § 4. Un autre cas exige de nous quelques explications: c'est celui qui a lieu lorsque la force majeure se présente alors que le mandat est en voie d'exécution, et que, mettant des obstacles à sa consommation telle qu'elle a été prévue, elle laisse cependant au mandataire des mesures à prendre.

Ce cas se rapproche de celui que nous avons déjà signalé au n° 365; mais il en diffère en ce que nous supposons alors que le mandat avait été arrêté dès son principe par la force majeure, tandis que nous supposons ici qu'exécuté en partie, il est contrarié dans sa consommation par des obstacles qui trompent les prévisions du mandant.

Dans cette hypothèse, le mandataire à qui il reste quelque chose à faire doit prendre le parti qui se rapproche le plus de ses instructions, et qui est le plus conforme aux intérêts de l'entreprise et à la prudence du bon père de famille.

Si, du reste, il était à portée de consulter le mandant, son premier devoir serait de recourir à sa volonté. Mais quand il ne le peut et que ses instructions sont muettes, il ne lui reste plus qu'à prendre le parti le mieux indiqué par les circonstances.

Par exemple, Pierre charge François, capitaine de navire de Marseille, de lui acheter deux cents hectolitres de blé de Maroc, au prix de 200 francs l'hectolitre, et de le lui conduire à Ancône. François fait les achats et se met en route pour Ancône. Mais les pirates infestent la mer, et François, ne pouvant traverser sans un danger évident d'être capturé, prend le parti de dévier vers un autre port non menacé, et d'y attendre de meilleures circonstances. En route, il est assailli par une tempête et la cargaison périt. Périt-elle pour lui ou pour le mandant ?

Nous répondons qu'elle périt pour le mandant (1), et cela nonobstant l'art. 238 du Code de commerce. En effet, le capitaine, arrêté par un danger imprévu, s'est soustrait prudemment à son influence; il a fait ce que le mandant aurait fait à sa place. Il doit donc être exempt de toute responsabilité

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, *disc.* 69, n° 13.
V. le *disc.* 225. Il n'est pas de Casaregis.

pour la perte qui est venue le frapper à l'improviste par fortune de mer.

« *E perciò, dit Casaregis, potevano in tal caso impensato, interpretare la volontà del mandante ed eseguirlo in quella maniera che avean giudicata più prudente e propria, come avrebbe fatto un buono ed assennato padre di famiglia (1).* »

369. C'est surtout dans les mandats diplomatiques que se réalise l'hypothèse dont nous nous occupons en ce moment. Le plus souvent la lenteur des négociations permet à l'ambassadeur de consulter son souverain, et son devoir est de recourir à cette source première de ses pouvoirs. Mais lorsque, dans des cas rares, l'urgence est imminente et le temps manque, l'ambassadeur, tout en pourvoyant avec promptitude aux nécessités du moment, montre son intelligence par le choix du parti le moins compromettant et le plus conforme aux intérêts qu'il représente, au but de sa mission, à la politique dont il est l'agent.

370. § 5. Reste à voir la position du mandataire lorsque, le mandat étant exécuté, il survient une force majeure qui l'empêche de livrer la chose. Les principes généraux ont pourvu à ce cas; les articles 1302 et 1303 en sont l'expression. Nous reviendrons, du reste, sur ce point aux numéros 434 et 437. Nous examinerons une question délicate et importante qui a trait à la perte par force majeure des espèces métalliques dont le mandataire est

(1) *Disc.* 119, n° 55.

détenteur pour le mandant. Nous verrons si les principes généraux sur la force majeure sont applicables à ce cas.

En attendant, nous dirons, à titre de règle générale, que lorsque la chose a péri sans sa faute et avant sa demeure, elle périt pour le mandant.

Lors même qu'il est en demeure, si la chose eût également péri chez le mandant, le mandataire est déchargé.

371. Par suite de ces principes, le mandataire n'est pas tenu de l'insolvabilité des débiteurs avec lesquels il a traité et qui étaient *in bonis* quand il s'est confié à eux. Un commissionnaire vend des toiles à une maison de Paris qui passe pour bonne, mais qui quelque temps après dérange ses affaires et ne peut payer : le commissionnaire ne pouvant recouvrer le prix par suite de cette force majeure n'est responsable de rien (1).

Il en serait autrement s'il avait fait crédit à un acheteur déjà connu pour être mal dans ses affaires (2).

372. C'est au mandataire à prouver la force majeure (3).

Et, pour réussir dans cette preuve, il faut, si le fait est de ceux auxquels la faute vient se mêler si souvent, comme vol, incendie, etc., qu'il prouve

(1) Paul, l. 37, § 1, D., *Negot. gest.*

(2) *Id.*; *infra*, n° 406.

(3) Art. 1302 et 1315 C. c.

Casaregis, *disc.* 119, n° 20 et 57.

Disc. 23, n° 9.

qu'il a été diligent (1); car le sinistre n'est attribué en pareil cas à la force majeure que lorsque le mandataire se montre exempt de faute, et qu'il a fait pour l'empêcher tout ce que doit faire un père de famille attentif.

373. Quelquefois le mandataire prend sur lui la responsabilité de la force majeure (2).

Il peut même se faire assureur, moyennant une prime, du succès de l'opération. C'est ce qu'on appelle la convention *del credere*, convention qui a lieu quand le commissionnaire répond, non-seulement de la solvabilité des débiteurs, mais de l'acquit de la dette au terme convenu, et de toutes les incertitudes du recouvrement (3). Ainsi, supposons que des marchands (je suis l'exemple donné par Straccha) transmettent à un commissionnaire d'Ancône l'ordre de vendre leurs marchandises à crédit, avec une prime de trois pour cent, à charge que ledit commissionnaire prendra à ses risques la solvabilité des débiteurs et le succès du recouvre-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin ont démontré la justesse de mon opinion à cet égard, contre celle de M. Proudhon (t. 2, n° 75 et 221).

Arrêt d'Aix du 28 février 1840.

Infra, n° 410.

V. mes com. de la *Vente*, t. 1, n° 402;

Du *Louage*, t. 1, n° 222; t. 3, n° 1092;

De la *Société*, n° 584;

Du *Prêt*, n° 87.

(2) Neratius, l. 39, D., *Mandati*.

(3) Straccha, *De assicurat.*, introd., n° 72; *De mercat. mandat.*, n° 37.

ment. C'est là une convention fort usuelle dans le commerce, fort utile, et dont les auteurs italiens ont aplani les difficultés (1).

374. Dans l'origine, lorsque la crainte de l'usure troublait les meilleurs esprits, on a douté de la légitimité de la convention *del credere*. Mais Scaccia a démontré qu'elle repose sur des bases exclusives de l'usure (2). Le prix qui, dans cette convention, est attribué au commissionnaire, est l'indemnité du risque auquel il se soumet. Combien ne rencontre-t-on pas de débiteurs qui, d'excellents, deviennent mauvais? Combien de fois leurs gages et leurs cautions ne sont-ils pas trouvés en défaut? Il y a donc un risque et par conséquent un aliment à une assurance; et dès lors le contrat est irréprochable.

375. Mais le *del credere* dégénérerait en usure si, dans l'absence de tout risque, le commissionnaire percevait une prime pour une assurance purement nominale; par exemple, si l'ordre était de vendre au comptant sans délai ni remise (3).

376. Les effets de la convention *del credere* sont remarquables par leur énergie. Tous les risques du recouvrement sont au compte du commissionnaire; il est tenu personnellement du prix, sans qu'il soit

(1) *Junge Decius, cons. 7*;

Scaccia, § 2, gl. 5, n° 400;

Casaregis, *disc. 39*, n° 8, et *disc. 56*, n° 20.

(2) § 3, *glose 3*, n° 6 et 7.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 310, contre Savary.

besoin de recourir préalablement contre les débiteurs (1). La discussion d'un débiteur est une opération longue et minutieuse qui répugne aux intérêts commerciaux; car, dans le commerce, il est de première nécessité que les rentrées s'effectuent avec ponctualité et aux époques prévues. Le commissionnaire, demeurant du croire, est donc obligé principalement, directement, et il répond de tous les faits quelconques qui empêchent le mandant d'être payé (2). Il n'est pas un simple fidéjusseur, comme l'ont voulu quelques auteurs (3); il est débiteur personnel et principal; il est un véritable assureur de tous les cas fortuits qui empêchent le recouvrement.

377. On a prétendu que le commissionnaire demeurant du croire, quoique tenu de la solvabilité du débiteur, n'était cependant pas responsable d'un fait de prince venant mettre le séquestre sur les biens de ce même débiteur et en prononcer la confiscation. Dans ce système, on veut bien que le commissionnaire soit tenu des événements ordinaires et prévus qui détruisent la solvabilité du débiteur, comme une faillite; mais on soutient que le rendre responsable d'un cas aussi extraordinaire

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin ont très bien exposé cette matière, t. 2, nos 300 et 302 et suiv.

Code espagnol, art. 158.

Savary, liv. 3, ch. 3.

(2) Casaregis, *disc. 68*, n° 40 et 41.

(3) Casaregis les réfute, n° 41.

V. mon com. du *Cautionnement*, n° 37.

qu'une confiscation, c'est aggraver injustement les conséquences du contrat de commission. Un tel système n'est pas admissible. Les tribunaux l'ont proscrit à bon droit (1).

378. Au reste, la convention *del credere* ajoutée au mandat n'en dénature pas les qualités ordinaires. Le commissionnaire reste toujours mandataire. Il n'y a qu'un pacte additionnel qui rend ses obligations plus étroites; pacte qui rentre dans ceux que la loi romaine autorisait formellement lorsqu'elle disait que le mandataire pouvait se rendre responsable du cas fortuit (2). Ce pacte n'a pas besoin d'être exprès; il peut résulter, soit de l'usage des lieux, soit des circonstances (3).

379. Nous venons de nous expliquer sur les principales hypothèses que fait naître la force majeure; nous avons montré comment le mandataire est dispensé, par la survenance de la force majeure, de l'obligation que lui impose l'art. 1991 d'accomplir le mandat.

Il est une autre cause qui dispense la mandataire d'agir. C'est lorsque le mandant néglige les agissements qui doivent mettre le mandataire à même de procurer l'exécution du mandat. Si le mandat reste inexécuté, c'est son fait qui en est

(1) Jurisp. de Marseille, t. 11, 1, 106.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 301.

(2) Neratius, l. 39, D., *Mandati*. *Suprà*, n° 373.

(3) Bruxelles, 7 octobre 1818.

Dal., *Commissionnaires*, p. 748.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, *loc. cit.*

cause, et l'on ne saurait rien imputer au mandataire (1). C'est ce que les lois romaines ont décidé avec la sagesse qui les caractérise (2).

Par exemple, vous me chargez de payer à vos créanciers 10,000 fr. que vous m'annoncez par le premier envoi. Ces fonds ne me parviennent pas, et vous me laissez sans provision. Quel est, de vous ou de moi, celui qui est en faute? N'est-ce pas vous, qui n'avez pas remis entre mes mains les moyens convenus d'exécuter vos ordres (3)?

380. Mais notre proposition n'est juste qu'à la condition de ne pas l'étendre aux prestations qui, d'après la nature des choses, ou d'après la convention, ou d'après l'usage, ne doivent être payées par le mandant au mandataire qu'après l'accomplissement du mandat, ou au fur et à mesure de l'exécution.

381. A côté des obstacles physiques ou légaux qui viennent paralyser l'exécution du mandat, il faut placer la révocation du mandat par le mandant (art. 1991 et 2003 C. comm.). Cet acte de volonté, dont nous nous occuperons plus bas avec détail, arrête le cours de l'exécution.

382. Lorsque les choses sont livrées à leur cours

(1) *Mandans alteri aliquid fieri ex naturâ mandati intelligitur obligatus ad providendam pecuniam necessariam pro impimento mandati* (Casaregis, *disc.* 48, n° 44).

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 80, 81.

(2) Paul, l. 45, D., *Mandati*.

Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati*. *Infrà*, n° 633.

V. mon com. du *Cautionnement*, n° 380.

(3) Art. 124 C. de c. espagnol.

naturel, le mandataire doit procurer l'exécution entière du mandat ; ce qu'il a commencé, il doit le finir, sous peine de dommages et intérêts (art. 1991), à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas dont nous avons parlé aux n^{os} 340, 341 et 342. En toutes choses, il faut finir ce qu'on a commencé.

383. Il y a plus : lorsque le décès du mandant met fin au mandat et qu'il y a quelque chose de commencé, le mandataire est tenu, s'il y a urgence, de le terminer (art. 1991).

Mais, dans le cas où il n'y aurait pas d'urgence, la fin du mandat mettrait fin à la gestion, et le mandataire devrait s'abstenir (1).

384. Remarquez, du reste, que ce n'est que dans le cas où le mandat prend fin par le décès du mandant que l'art. 1991 exige du mandataire qu'il termine en cas d'urgence ce qu'il a commencé. Rien de pareil ne lui est imposé pour le cas de révocation. Le mandant a suffisamment montré alors que le mandataire a perdu sa confiance, et l'on ne saurait imposer à ce dernier des devoirs officieux envers une personne qui se défie de lui.

Néanmoins, il y a certains actes qui sont tellement liés à ce qui a été commencé que le mandataire seul peut les parachever. Il doit donc les accomplir. Nous verrons, par quelques exemples donnés plus bas (2), en quel sens restreint ceci doit être entendu.

(1) Pothier, n^o 407. *Infrà*, n^o 740.

(2) *Infrà*, n^o 747.

ARTICLE 1992.

Le mandataire répond, non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

SOMMAIRE.

385. Transition. Des fautes du mandataire. De sa responsabilité.
386. Le droit romain avait marché d'accord sur ce sujet avec la philosophie et la morale.
Opinion de Cicéron. Ses paroles éloquentes sur la fidélité du mandataire.
387. Droit français. Peines contre le mandataire qui détourne frauduleusement les choses confiées à sa foi.
388. Mais quel degré de faute est imputable au mandataire ? la faute lourde ? ou bien la faute légère ? ou même la faute très légère ?
Anciennes discussions à cet égard.
Textes prépondérants du droit romain qui rendent le mandataire responsable de la faute légère.
Pourquoi le mandataire répondait de la faute légère ; tandis que le dépositaire ne répondait que de la faute lourde.
Cependant, dans certains cas exceptionnels, on ne le rendait responsable que de la faute lourde.
389. Non-seulement l'opinion dominante rendait le mandataire responsable de la faute légère, elle lui imputait même, dans certaines circonstances, la faute très légère.

naturel, le mandataire doit procurer l'exécution entière du mandat ; ce qu'il a commencé, il doit le finir, sous peine de dommages et intérêts (art. 1991), à moins qu'il ne se trouve dans l'un des cas dont nous avons parlé aux n^{os} 340, 341 et 342. En toutes choses, il faut finir ce qu'on a commencé.

383. Il y a plus : lorsque le décès du mandant met fin au mandat et qu'il y a quelque chose de commencé, le mandataire est tenu, s'il y a urgence, de le terminer (art. 1991).

Mais, dans le cas où il n'y aurait pas d'urgence, la fin du mandat mettrait fin à la gestion, et le mandataire devrait s'abstenir (1).

384. Remarquez, du reste, que ce n'est que dans le cas où le mandat prend fin par le décès du mandant que l'art. 1991 exige du mandataire qu'il termine en cas d'urgence ce qu'il a commencé. Rien de pareil ne lui est imposé pour le cas de révocation. Le mandant a suffisamment montré alors que le mandataire a perdu sa confiance, et l'on ne saurait imposer à ce dernier des devoirs officieux envers une personne qui se défie de lui.

Néanmoins, il y a certains actes qui sont tellement liés à ce qui a été commencé que le mandataire seul peut les parachever. Il doit donc les accomplir. Nous verrons, par quelques exemples donnés plus bas (2), en quel sens restreint ceci doit être entendu.

(1) Pothier, n^o 407. *Infrà*, n^o 740.

(2) *Infrà*, n^o 747.

ARTICLE 1992.

Le mandataire répond, non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.

SOMMAIRE.

385. Transition. Des fautes du mandataire. De sa responsabilité.
386. Le droit romain avait marché d'accord sur ce sujet avec la philosophie et la morale.
Opinion de Cicéron. Ses paroles éloquentes sur la fidélité du mandataire.
387. Droit français. Peines contre le mandataire qui détourne frauduleusement les choses confiées à sa foi.
388. Mais quel degré de faute est imputable au mandataire ? la faute lourde ? ou bien la faute légère ? ou même la faute très légère ?
Anciennes discussions à cet égard.
Textes prépondérants du droit romain qui rendent le mandataire responsable de la faute légère.
Pourquoi le mandataire répondait de la faute légère ; tandis que le dépositaire ne répondait que de la faute lourde.
Cependant, dans certains cas exceptionnels, on ne le rendait responsable que de la faute lourde.
389. Non-seulement l'opinion dominante rendait le mandataire responsable de la faute légère, elle lui imputait même, dans certaines circonstances, la faute très légère.

390. Sous le Code civil, le mandataire répond de la faute légère.
391. Mais il ne répond pas de la faute très légère. Argument tiré de l'art. 1880 pour fortifier cette opinion.
392. Il faut exclure la faute très légère non-seulement en droit civil, mais même en droit commercial.
Réfutation de l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitevin; qui voudraient, en droit commercial, la responsabilité de la faute très légère.
Explications qui semblent de nature à tout concilier.
393. Au reste, le Code civil a posé, en matière de fautes, des règles élastiques. Elles donnent au juge assez de latitude pour faire bonne justice. Il n'est pas nécessaire de les exagérer par des superlatifs.
394. Application pratique des art. 1994 et 1992.
395. Le mandataire doit être discret. Le secret est l'âme du succès de beaucoup d'affaires.
396. Le mandataire doit tenir son mandat au courant de tout ce qui se passe, sinon il commet une faute.
397. Le mandataire ne doit rien entreprendre de ce qu'il sait être contraire aux intérêts du mandant qui était dans l'ignorance; sinon il commet une faute.
398. Le mandataire doit se mettre à l'œuvre le plus tôt possible et sans perdre de temps.
Il est en faute si, en temporisant, il laisse passer le moment opportun.
399. Le mandataire doit agir conformément à ses instructions.
400. La réception de la marchandise, moins bonne que celle qui avait été demandée, ne fait pas nécessairement disparaître la faute du commissionnaire.
401. Le mandataire commet une faute s'il fait l'opération ailleurs qu'au lieu qui lui était indiqué.
402. Il en commet une autre s'il s'écarte du temps fixé pour l'opération.

- Manière dont il faut entendre l'ordre d'expédier tout de suite.
403. Le mandataire ne doit pas s'écarter des ordres relatifs au prix.
Quid si, en s'en écartant, il cause au mandant un dommage sur un point, tandis qu'il fait des bénéfices sur d'autres? Faudrait-il compenser le désavantage par l'avantage?
Opinions diverses à ce sujet.
L'auteur se prononce ici pour la compensation.
404. Conduite à tenir par le mandataire, alors que le mandant l'a chargé d'agir *au mieux de ses intérêts*.
Le mandataire doit agir, non pas seulement comme pour lui-même, mais comme aurait fait à sa place un bon père de famille.
405. Le mandataire commercial promet plus encore que le mandataire civil, *peritiam et industriam!*
Expérience requise du commissionnaire.
Expérience requise du notaire, de l'avoué, de l'agent de change.
406. Le mandataire ne doit pas suivre la foi de personnes notoirement insolubles.
Mais si la personne, notoirement solvable au moment de l'opération, était devenue insolvable *ex post facto*, le mandataire ne serait pas tenu de ce fait.
Autorité de Marquardus sur ce point.
Cette question se présente souvent à l'égard des notaires chargés par les parties de trouver des emprunteurs.
407. Le mandataire est en faute s'il se substitue un mandataire infidèle ou négligent. Renvoi à l'art. 1994 pour le développement de ce point de droit.
408. De l'opposition d'intérêts entre le mandant et le mandataire.
A qui le mandataire doit-il la préférence?
409. En cas de naufrage ou d'incendie, le mandataire doit-il sauver la chose du mandant plutôt que la sienne?

L'art. 1882 résout cette question pour le cas de commodat, et la résout contre l'emprunteur.

En cas de dépôt, la raison, à défaut de texte, la résout contre le déposant.

En cas de mandat, il faut distinguer le mandat salarié du mandat non salarié.

410. Quand le mandataire est chargé d'objets appartenant à divers, il doit sauver de préférence les objets les plus précieux.

411. Le mandataire doit faire bonne garde de la chose confiée à ses soins.

Exemple de responsabilité à cet égard.

412. La faute du mandataire s'estime suivant l'usage des lieux.

413. Lorsque le mandataire est en faute, la force majeure est à ses risques.

COMMENTAIRE.

385. L'art. 1992 s'occupe des fautes que le mandataire peut commettre dans sa gestion, et de l'étendue de sa responsabilité. Cet article est le corollaire de l'art. 1991. Il se lie à lui par une foule de points que nous avons déjà parcourus, et qui reviendront naturellement sous notre plume dans ce commentaire.

386. Les Romains avaient organisé avec un soin particulier la responsabilité du mandataire. La philosophie et la jurisprudence s'étaient accordées pour lui tracer ses devoirs et lui montrer les conséquences d'une transgression.

Dans les affaires privées, dit Cicéron (1), celui qui, étant chargé d'un mandat, s'en était ac-

(1) *Pro Roscio Amerino*, 38.

» quitté, non-seulement avec déloyauté, mais
 » même avec négligence, celui-là, aux yeux de nos
 » ancêtres, se couvrait d'une honte ineffaçable. Un
 » tribunal est institué pour ce délit, et la justice le
 » flétrit d'une peine infamante tout aussi bien que
 » le vol. La raison en est, à mon avis, que, dans les
 » affaires que nous ne pouvons conduire par nous-
 » mêmes, nous avons recours à nos amis, dont la fi-
 » délité supplée à notre insuffisance. Celui qui viole
 » cette fidélité brise le lien commun des hommes et
 » porte, autant qu'il est en lui, le désordre dans la
 » société. Nous ne pouvons tout faire par nous-mêmes. Chacun a son aptitude à se rendre utile. On
 » se crée des amis afin d'assurer l'avantage général par la réciprocité des services. Pourquoi ac-
 » cepter un mandat, si vous devez le négliger, ou
 » l'accomplir à votre profit? Pourquoi m'offrir vos
 » services, si par votre obligeance simulée vous
 » trahissez mes intérêts? Laissez-moi, un autre
 » fera mon affaire. Vous vous chargez d'un fardeau
 » que vous croyez pouvoir porter, et qui réellement
 » n'est lourd que pour ceux dont la fidélité est lé-
 » gère. Cette faute est donc très honteuse; elle
 » viole ce qu'il y a de plus sacré, l'amitié et la foi.
 » Car on ne donne guère de mandat qu'à un ami;
 » on n'accorde sa confiance qu'à celui que l'on croit
 » fidèle. Or, c'est le comble de la perversité que de
 » violer l'amitié et de tromper celui qui ne l'aurait
 » pas été s'il n'avait placé en vous sa confiance. »

C'est par ces paroles que Cicéron flétrissait la conduite d'un certain Capiton, que le municipale d'Ameria avait chargé, sous le sceau de la foi pu-

blique, de défendre la vie, l'honneur et les biens de Sextus Roscius, et qui, au lieu de remplir ce mandat, détourna à son profit une partie de la fortune de ce dernier et contribua à sa perte.

387. Donc, le dol du mandataire était sans excuse, sans pitié aux yeux des moralistes et des jurisconsultes romains (1). Notre droit civil ne lui est pas plus indulgent, et l'art. 408 du Code pénal met sur la ligne des délits caractérisés le détournement frauduleux des objets confiés au mandataire à titre de mandat (2).

388. Quant à la faute du mandataire, c'était une question agitée par les interprètes (*anceps questio*, dit Doneau) (3) que de savoir si le mandataire n'était tenu que de la faute lourde; comme dans le dépôt, contrat qui, lorsqu'il est gratuit, ne procure d'utilité qu'au déposant (4); ou bien s'il était tenu de la faute légère (5) ou très légère (6).

Pour écarter la faute légère, on disait: Le mandat gratuit est principalement institué dans l'intérêt du mandant, et le bienfait ne doit pas être

(1) L. 10, C., *De procurat.*
(Alexand.).

Diocl. et Max., l. 13, C., *Mandati*: « *Et dolum et omnem culpam.* »

Ulp., l. 8, § dern., D., *Mandati*.

(2) MM. Faustin Hélie et Chauveau, t. 5, p. 429.

(3) Lib. 13, e. XI, n° 8 et 9.

(4) Mon com. du *Dépôt*, n° 64.

(5) Doneau, *loc. cit.*

(6) Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, note (4).

onéreux pour celui qui le rend (1). C'est ce que la loi a voulu en matière de dépôt (2). Or, les textes semblent ne faire peser de responsabilité sur le mandataire que dans le cas de faute lourde. Témoin la loi 8, § 7, dans laquelle Ulprien décide que si le mandataire que j'ai chargé de m'acheter un esclave néglige de le faire par dol ou faute lourde (*latâ culpâ*), il est responsable. En ne parlant pas de faute légère, n'est-il pas clair que par cette préterition affectée il l'exclut formellement? C'est ce qui résulte d'un texte de Papinien, contenu dans la loi 1, D., *De off. ejus cui mand. est jurisd.*, et de deux autres textes d'Ulprien contenus dans les lois 44, D., *Mandati*, et 29, § 3, même titre. Ces décisions sont le corollaire de la loi 10, D., *Mandati*, dans laquelle Ulprien n'exige que la bonne foi: *Nihil amplius quam bonam fidem, præstare eum oportet qui procurat!*

Mais, dans l'opinion contraire, on argumentait de textes positifs qui décident que le mandataire est tenu de *omni culpâ* (3); et leur autorité était plus forte que les inductions que l'autre système tirait, par voie de conséquence, de passages trop peu précis.

Pourquoi cependant, dans le mandat gratuit, soumettait-on le mandataire à la responsabilité de la faute légère, tandis que le dépositaire, autre agent gratuit, ne répondait que de la faute lourde?

La raison qu'on en donnait était celle-ci: le dé-

(1) L. 61, § *Quod verò*, D., *De furtis*.

(2) Mon com. du *Dépôt*, n° 66, 67.

(3) Diocl. et Max., l. 13, C., *Mandati*.

positaire n'a qu'un rôle passif à remplir; il n'a promis qu'une garde oisive en quelque sorte, et qui n'exige que de la bonne foi. Mais le mandataire a promis quelque chose de plus, savoir, habileté à agir et industrie pour faire. Il ne faut donc pas s'étonner s'il est plus sévèrement tenu. Telle est l'explication de Noodt (1) et de Pothier (2).

Pourtant, dans certains cas particuliers, comme par exemple lorsque le mandataire avait été fortement pressé de se charger de l'affaire, et qu'il n'avait fait qu'obéir à de vives instances pour obliger un ami qui ne trouvait personne pour gérer ses affaires, on n'avait égard qu'à la faute lourde (3). Mais, en général, on tenait que le mandataire devait être astreint à quelque chose de plus.

389. La faute lourde ainsi dépassée par la puissance des textes, on se demandait si le mandataire était tenu de la faute très légère. L'affirmative était dominante (4). Et à ceux qui se prévalaient de la loi 23, D., *De reg. juris*, pour soutenir que la faute légère était seule imputable, on opposait les lois 13 et 21 au C., *Mandati*.

Ainsi, tantôt faute lourde, tantôt faute légère, tantôt faute très légère: telles étaient les trois cau-

(1) *Mandati*, p. 204, col.

(2) Pothier, n° 46.

(3) Pothier, n° 49.

(4) Cujas, l. 23, D., *Depositum* (2, *Differ. Modest.*).

Hilliger sur Doneau, lib. XIII, c. 11, note (4).

Voët, n° 9.

Vinnius, *Quæst. soluta*, lib. 1, c. 52.

ses de responsabilité donnant action contre le mandataire.

Voyons maintenant le droit moderne.

390. N'hésitons pas à penser que le mandataire peut devoir, sous le C. c., non-seulement l'indemnité de son dol et de sa faute lourde, mais encore celle de sa faute légère; l'art. 1992 ne laisse pas de doute sur ce point.

391. Mais si l'on me demande ce que je décide de la faute très légère, je réponds que je la repousse de la manière la plus formelle et avec la plus entière conviction. J'ai exposé ailleurs la théorie générale du C. c. sur cette question de responsabilité; j'ai prouvé que le C. c. exclut les superlatifs, et qu'il n'exige du débiteur que la diligence ordinaire, raisonnable, du bon père de famille (1).

Comment pourrait-il en être autrement dans le cas de mandat? Quoi! lorsqu'il s'agit d'une chose prêtée, l'emprunteur a été déchargé par l'art. 1880 de la responsabilité de la faute très légère, que l'ancien droit faisait peser sur lui (2); et l'on voudrait que notre article eût traité le mandataire plus rigoureusement qu'un emprunteur!! C'est le bon sens qui parlait par la bouche de Paul

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 361 et suiv.;

du *Louage*, n° 365 et 1077;

Société, t. 2, n° 566;

Prêt, n° 77, 78;

Dépôt, n° 63 et suiv.

(2) Mon com. du *Prêt*, n° 77.

lorsqu'il disait : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt* (1). Oui! *diligenter*, voilà ce que veulent la saine morale et la raison. Mais point de superlatifs, point d'exagération. Le droit civil n'est pas un code de devoirs ascétiques.

392. En droit civil, MM. Delamarre et Lepoitevin sont de mon avis (2). Mais, trop enclins à trouver des différences entre le droit civil et le droit commercial, ils veulent que le mandataire commercial, plus sévèrement tenu que le mandataire civil, soit le père de famille très diligent, l'homme aux cent yeux toujours ouverts, *totus oculus*. Je ne puis partager cette opinion. Je ne la trouve fondée sur rien de solide. Je ne vois pas pourquoi le mandataire de commerce, qui s'est conduit comme tous les bons négociants se conduisent en pareil cas, encourrait une responsabilité.

Je sais que si l'on compare la conduite habituelle du marchand avec la conduite habituelle de l'homme privé, on trouve le premier plus avisé en général, plus attentif, plus soucieux du gain et du succès. Ceci tient à l'esprit du négoce dont le but est de s'enrichir, et qui veille sans cesse pour faire tourner tous les événements en cause de profits. Si donc on rapportait la conduite du père de famille commerçant à celle du père de famille non commerçant, pour mesurer les obligations de celui-là

(1) L. 5, D., *Mandati*.

(2) T. 2, n° 249. Casaregis (*disc.* 36, n° 2 et 21), que citent MM. Delamarre et Lepoitevin, n'est pas ici une autorité; il parle d'après les idées de l'ancien droit.

sur les obligations de celui-ci, je concède à MM. Delamarre et Lepoitevin qu'on tomberait dans l'erreur provenant d'un défaut de parité. Mais remarquons que notre thèse est tout autre! Nous comparons commerçant à commerçant, ou, comme le dit quelque part Casaregis : « *cæteris ejusdem professionis* (1). » C'est le type du bon père de famille commerçant qui nous sert de base; et quand nous trouvons qu'un mandataire commerçant s'est réglé sur ce modèle, nous soutenons qu'il a satisfait aux devoirs de la prudence et de la bonne foi.

393. Du reste, dans cette échelle qui part du dol pour arriver à la faute légère, il y a assez de marge pour faire justice à qui elle est due. On voit même que le Code civ. a posé une règle élastique, qui permet au juge de discerner les cas et d'appliquer la responsabilité avec plus ou moins de rigueur lorsque le mandataire est salarié ou lorsqu'il est gratuit.

Ainsi, les magistrats pourront prendre conseil de l'équité; dans le cas de mandat gratuit, ils verront si le mandataire qui rend un service d'ami doit autre chose que les soins qu'il donne à ses propres affaires, et si une responsabilité plus sévère ne doit pas être réservée pour le mandataire qui reçoit une rétribution, ou pour celui qui a fait l'officieux et, par ses promesses, a empêché le mandant de choisir un représentant plus capable.

Mais ce qui me paraît sûr, c'est que lorsque les tribunaux ont déclaré en fait l'existence de la

(1) *Infrà*, n° 412.

faute grave, ils ne doivent pas atténuer arbitrairement l'indemnité due au mandant et prendre prétexte de la gratuité du mandat pour enlever à la personne lésée la juste et entière réparation du tort qu'il a souffert. Un arrêt de la Cour de Rennes, cité par MM. Delamarre et Lepoitevin, a consacré cette vérité, et je ne m'associe pas à la critique qu'en font ces savants auteurs (1). A mon sens, comme au sens de la Cour de Rennes, l'art. 1992 ne veut pas dire que, lorsque le mandat est gratuit, les juges seront maîtres d'abaisser la réparation au-dessous de la valeur du préjudice réel et légalement constaté. Il signifie (et rien de plus) que, lorsque le mandat est gratuit, la faute peut n'être pas jugée avec la même sévérité, et qu'il n'est pas toujours juste d'exiger du mandataire certains soins qu'il a pu oublier de bonne foi et sans erreur supine.

394. Passer en revue toutes les fautes dans lesquelles un mandataire pourrait tomber serait une entreprise impossible; toute la science aidée de tous les casuistes n'y réussirait pas. Mais il est du devoir de l'interprète de rassembler un certain nombre de cas qui sont de nature à porter la lumière sur les règles des art. 1991 et 1992.

395. Un premier devoir du mandataire, et surtout du mandataire commercial, c'est la discrétion et le secret. « *Tra mercadanti, dit Casaregis, si usa questa prudenza di tenere occulti et segreti i loro*

(1) T. 2, n° 233.

» *negozj* (1). » C'est pourquoi il arrive si souvent que les opérations de commerce se font pas commissionnaires pour compte, qui ne révèlent par le nom de leur mandant et procèdent sous leur propre nom. Si de l'indiscrétion d'un commissionnaire résultait quelque dommage pour le commettant, il y aurait lieu à responsabilité.

396. Un second devoir du mandataire, c'est de tenir son mandant au courant de tout ce qui peut lui être utile, de l'éclairer sur la situation de l'affaire, sur sa marche, sur les incidents qui la traversent, etc., etc. (2). La négligence du mandataire à donner au mandant les avis propres à influencer sur ses résolutions ouvrirait une action en responsabilité (3). Il faut qu'il sache tout ce qui peut le déterminer à confirmer, réformer ou modifier ses ordres (4). *Si negotium propter dilationem temporis non patitur præjudicium, mercator tenetur prius correspondentem advertere de eo quod inopinatè evenit, vel de impe-*

(1) *Disc.* 58, n° 14.

Ansaldus, disc. 30, n° 32.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, p. 93.

(2) *Caius*, l. 27, § 2, D., *Mandati*.

Casaregis, disc. 425, n° 22.

119, n° 63.

Savary, t. 1, p. 569.

Art. 134 C. espagnol.

Art. 64 C. portugais.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 141.

Et n° 44, *in fine*.

(4) *Confirmar, reformar, modificar sus ordenes*, dit le C. espagnol.

dimento ex cuius causâ nequit mandatum exsequi in formâ præscriptâ, atque exspectare ulteriora mandata (1). Nous avons vu ci-dessus de nombreux exemples de cette nécessité de donner avis (2).

Et non-seulement le mandataire doit aviser le mandant de tout ce qui survient d'important dans le cours de l'opération; il doit encore lui donner le plus prompt avis de la conclusion de l'affaire (3). Sinon, il répondrait des dommages qu'il aurait pu causer au mandant en lui laissant croire par son silence que l'affaire n'était pas faite. Ainsi, par exemple, je vous charge de m'acheter 20 paniers de champagne et de me les expédier le plus tôt possible. Vous, au lieu de me donner avis de la conclusion de l'affaire, vous gardez le silence, et moi, qui crois que vous ne vous êtes pas pourvu, je révoque mon ordre et m'adresse ailleurs pour être servi. La marchandise restera à votre compte. C'est ce que l'art. 2031 décide expressément dans la matière analogue du *cautionnement* (4).

397. Un troisième devoir du mandataire, c'est de ne pas entreprendre une chose qu'il sait devoir nécessairement échouer, et que le mandant ne lui avait commandée que parce qu'il la croyait possible. Entreprendre une chose qui doit évidemment être

(1) Casaregis, *disc.* 125, n° 22, et *disc.* 119, n° 63.

(2) N° 349 et suiv.

(3) Casaregis, *disc.* 26, n° 4. Cod. esp., art. 134.
MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 112.

(4) *Infrâ*, com. de cet art. n° 371.

onéreuse au mandant est une faute (1); le mandataire doit aviser le mandant, s'il en a le temps; sinon, pourvoir avec prudence aux nécessités imprévues de la situation (2).

Ainsi, Pierre envoie à Jacques, son correspondant, des traites à négocier avec François, dont le premier ignore la faillite; le devoir de Jacques, qui en est informé, sera de s'abstenir.

398. Un cinquième devoir du mandataire est, lorsque rien n'arrête l'exécution de l'affaire, de se mettre à l'œuvre le plus tôt possible (3). S'il laisse passer le moment opportun, s'il remet l'opération à un temps éloigné ou indéfini, il répond des pertes et dommages.

Supposons que je charge mon commissionnaire de m'acheter des blés, et qu'il attende sans nécessité une époque à laquelle les céréales auront augmenté de valeur, tandis qu'en faisant l'achat plus tôt, il aurait payé moins cher; il commet une faute; il me doit une indemnité (4).

399. Un sixième devoir du mandataire, c'est de

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, *disc.* 125, n° 19, combiné avec les n° 22 et 23, et *disc.* 119, n° 64, vers la fin.

(2) *Loc. cit.*

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

(3) Caius, l. 27, § 2, D., *Mandati*.

Casaregis, *disc.* 119, n° 15.

Art. 801, C. portug.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 24.

Suprà, n° 339.

(4) Casaregis, *disc.* 119, n° 65.

procurer au mandant une exécution du mandat conforme à ses instructions. Nous avons traité ce point avec détail aux nos 256 et suivants, et nous avons montré, soit sous le rapport philosophique, soit sous le rapport juridique et pratique, l'importance et l'étendue de ce précepte. Nous n'y reviendrons ici que pour dire que le mandataire commet une faute, soit qu'il aille contre la forme du mandat (1), soit qu'il en excède les bornes (2), soit qu'il reste en deçà de ses limites (3), soit qu'il s'écarte des moyens d'exécution indiqués (4).

400. Ce sera donc une faute si le mandataire n'observe pas les instructions qui lui ont été données par rapport à la chose même qui fait l'objet du mandat, s'il l'expédie moins bonne qu'elle n'était demandée (5); ou bien si, hors des circonstances qui peuvent le faire excuser et que nous avons énumérées ci-dessus (6), il substitue une chose à une autre (7).

Et notez que la seule réception de la marchandise moins bonne ne fait pas disparaître nécessairement la faute du commissionnaire. L'article 105 du Code de commerce, dont on a voulu se prévaloir quelquefois, n'est relatif qu'au cas

(1) *Suprà*, nos 260, 261.

(2) *Suprà*, n° 269.

(3) *Suprà*, n° 302.

(4) *Suprà*, n° 308.

(5) Bordeaux, 3 fructidor an VIII. Dal., *Commissionnaire*, p. 750.

(6) *Suprà*, n° 352.

(7) *Suprà*, n° 264. Exemples.

d'avarie et ne concerne que les rapports du voiturier avec le destinataire. Il s'agit ici d'un vice inhérent à la chose, et qui, toutes les fois que la non-identité est reconnue, rend la commission imparfaite (1).

401. Ce sera aussi une faute grave s'il néglige les instructions relatives au lieu. Nous en avons vu un exemple dans une espèce où un commettant ayant chargé son commissionnaire de lui acheter des eaux-de-vie sur le marché de Béziers, ce dernier les avait achetées sur un autre marché (2). Le mandant a souvent de graves raisons pour tenir à ce que l'opération se fasse dans tel lieu plutôt que dans tel autre. Il y a des places plus solides les unes que les autres; il y en a où la marchandise est meilleure et où l'on est sûr de la trouver de la qualité indiquée. Telle provenance a plus de renom parce qu'elle provient de telle origine, etc. C'est donc une faute grave de transgresser l'ordre qui a trait au lieu, et l'on est responsable du dommage quand même on aurait agi à bonne intention (3).

402. Ce ne serait pas une moindre faute que s'écarter du temps fixé par la procuration. La rote de Gènes dit en termes formels: *Mandatum factum in termino non potest exsequi antè nec post* (4).

(1) Lyon, 9 avril 1823.

D., *Commissionnaire*, p. 754.

(2) *Suprà*, n° 267.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 153.

(4) *Decis.* 2, n° 35.

MM. Delamarre et Lepoitevin, nos 124, 137.

Néanmoins, il y a des cas où l'obligation de se conformer au temps indiqué ne doit pas être appliquée avec une trop grande sévérité. Ainsi, l'ordre d'expédier *tout de suite* est souvent subordonné par la nature des choses à un temps moral, équitablement arbitré (1).

403. Les ordres relatifs au prix doivent être également observés avec ponctualité, sans quoi le mandataire commet une faute. Acheter plus cher que le prix indiqué, vendre meilleur marché, sont des manquements qui donnent lieu à des dommages et intérêts, ou qui peuvent même autoriser le mandant à laisser l'opération pour le compte du mandataire (2).

On n'oubliera pas cependant qu'il y a quelquefois des impossibilités qui ne laissent pas au mandataire la liberté d'agir d'après ses instructions, et l'autorisent à se constituer *negotiorum gestor* du mandant à l'effet d'agir au mieux des intérêts de ce dernier (3).

Mais, en général, le mandataire doit s'en tenir à la lettre du mandat. Hors le cas d'impossibilité, il ne lui est permis de s'en écarter que lorsqu'il fait l'avantage du mandant : par exemple, si, ayant pouvoir d'acheter au prix de 40, il achète au prix

(1) Bruxelles, 20 juin 1829. D., *Commissionnaire*, p. 752.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 160, 163, 168. Bruxelles, 20 juin 1819. Dal., *Commissionnaire*, p. 752.

(3) *Suprà*, n° 352, 353 et suiv.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 171, 176.

de 8; si, ayant pouvoir de vendre au prix de 20, il vend au prix de 25 (1).

Du reste, lorsque le mandataire, chargé de plusieurs ordres, dépasse sur un point le prix indiqué, tandis que sur d'autres il obtient des prix meilleurs, on pourra, suivant les circonstances, compenser le bénéfice avec la perte, et ne pas traiter le commissionnaire avec trop de rigueur. Ce tempérament trouve sa raison dans la loi 11, D., *De usuris*.

Il est vrai que la Cour de Bruxelles a jugé le contraire en prenant pour point d'analogie l'article 1850 du C. c. (2). Mais cette décision a été trouvée trop sévère par MM. Delamarre et Lepoitevin (3); je pense aussi que toutes les fois qu'il y a connexité dans les ordres, on fera mieux de ne voir que le résultat de l'opération, et de sanctionner la compensation admise par la loi 11, D., *De usuris*, et surtout par Pomponius dans la loi 11, D., *De neg. gestis*. Ces textes sont plus en harmonie avec notre sujet que l'art. 1850 du C. c. (4).

404. Lorsque le mandant laisse au mandataire la faculté d'agir au mieux de ses intérêts, cette latitude lui indique qu'on a compté sur sa vigilance et

(1) Paul, l. 5, § 3, D., *Mandati*.

(2) 20 juin 1819 (Dal., *Commissionnaire*, p. 752).

Pothier est de cet avis, n° 50, et après lui MM. Duranton, t. 18, n° 244, et *Zacchariæ*, t. 3, p. 127 et 128.

(3) T. 2, n° 147, dont l'avis est conforme à celui de plusieurs docteurs cités par Bruneman, sur la loi 4, C., *Mandati*. *Infrà*, n° 433.

(4) *V. infrà*, n° 433, où ceci est traité avec plus de détails.

son industrie. Il doit donc au mandant tout ce que ce dernier a espéré de lui. Pour se tenir au niveau de ses devoirs, il faudra qu'il se conduise comme font les pères de famille diligents (1). Agir comme il aurait fait pour lui-même ne suffit pas toujours. Quand on agit pour soi, il y a des choses qu'on est maître de négliger ou même de sacrifier, et quelquefois on n'y regarde pas de trop près. Mais un mandataire n'a pas le droit de traiter ainsi les intérêts de son commettant; il ne doit rien faire qu'un père de famille diligent n'aurait fait à sa place.

405. C'est surtout du mandataire commercial qu'on peut dire : *Spondet peritiam et industriam*. Il y a dans la pratique de la commission, une expérience de la qualité et du cours des marchandises, une connaissance des bonnes maisons, une habileté à traiter les affaires, etc., etc., qui font le commissionnaire intelligent, et donnent aux commettants toute sécurité.

La même expérience est exigée dans les notaires, agents de change, avoués, etc., etc.

406. En toute matière, le mandataire commet une faute si, libre de traiter avec les tiers, il suit la foi d'individus insolubles notoirement (2).

Nous disons : insolubles notoirement. Car s'ils étaient solvables notoirement au temps du contrat, et qu'ils fussent devenus insolubles plus tard, le mandataire ne serait pas tenu de ce fait postérieur. Ce point a été cent fois jugé dans les tribunaux

(1) Casaregis, *disc.* 36, n° 13 et 32.

(2) *Suprà*, n° 371.

consulaires, ainsi que nous l'atteste Marquardus dans le passage suivant :

Mercator cui transmissæ sunt merces cum mandato ut eas ad diem vendat; si vendidisset, et mercium emptores, amissâ fide, QUA TEMPORE CONTRACTUS ERANT, decovissent, mandati teneatur, ex eo quòd minùs diligenter illud curaverit; me ad hoc negandum, cum leges alliciunt, tum Baldi auctoritas. Leges inter alias præcipuæ sunt : l. 3, D., De cond. et demonstr. ; l. 37, § 1, D., De neg. gest. ; Baldus verò in cons. 72, vol. 3, etc., scribit : Ille qui tenetur assignare nomina debitorum, tenetur assignare veros debitores ; non autem cogitur assignare tales, qui sint solvendo semper ; nisi hoc facere posset. Atque ita pro factoribus, quibus transmissæ sunt merces ad vendendum, vel alia cura contractuum demandata est, in magnis emporiis sæpè pronuntiatur, et per statutum Hamburgense pleniùs explicatur ; cui adde Decium, cons. 7 ; Straccham, De mand., n° 36.

Ainsi, on ne doit pas dire que le mandataire répond de plein droit de la solvabilité des débiteurs. Il n'est pas garant de leur idoneité à remplir leurs engagements (1), à moins qu'il ne s'y soit engagé (2). Si leur déconfiture se manifeste après coup, il ne répond pas de cet événement, qui peut tromper la prudence de l'homme le plus avisé. Mais il n'en est pas moins certain que s'il s'est

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, p. 571, n° 308.

Ils traduisent Balde, *cons.* 72, vol. 3, et Marq., lib. 2, c. 11, n° 58.

(2) *Suprà*, n° 373.

confié imprudemment à des tiers connus pour leur mauvaise foi, leur insolvabilité, leur dissipation, leur dérangement, il a commis une imprudence dont il doit compte à son commettant.

C'est souvent sur les notaires, chargés par les parties de trouver des emprunteurs, que l'on a cherché à faire peser la responsabilité des mécomptes survenus dans leur solvabilité. Beaucoup ont été déclarés responsables (1). D'autres aussi ont échappé à des recours redoutables, lorsqu'ils ont prouvé leur diligence et leur soin (2).

407. Le mandataire est également en faute s'il se substitue un agent infidèle ou négligent (3). Mais ce point se rattache au commentaire de l'article 1994, et nous y renvoyons.

408. Quand les intérêts du commissionnaire sont en opposition avec ceux du commettant, la préférence est due aux intérêts de celui-ci (4). Le mandataire, qui a accepté la commission, qui par là a empêché le mandant de la confier à une autre personne entièrement neutre, a, en quelque sorte, promis de s'attacher aux intérêts de son mandant plus qu'aux siens propres.

Cette préférence, je le sais, impose au cœur de l'homme un effort pénible. Mais qui donc obligerait

(1) *Sup.*, nos 19 et suiv. Caen, 24 mai 1836. D., 40, 2, 102.

(2) Aix, 29 juillet 1839.

Dal., 40, 2, 112.

(3) Toubeau, p. 119.

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 77, p. 183, e n° 93, p. 219.

le mandataire à se charger du mandat? C'est pourquoi MM. Delamarre et Lepoitevin ont très bien remarqué que, dans la jurisprudence anglaise, les devoirs du commissionnaire quant à l'exécution sont calqués sur ceux du serviteur.

409. De là, la question de savoir si, dans un cas de naufrage, d'incendie, ou autre force majeure, qui ne permet pas de sauver ensemble la chose du mandataire et celle que le mandant lui a confiée, mais où cependant l'une, ou bien l'autre, peut être sauvée, le mandataire doit sauver celle du mandant de préférence à la sienne.

L'art. 1882 du Code civil se pose cette question en cas de commodat, et il la résout contre l'emprunteur! Nous en avons ailleurs expliqué les raisons (1). Le commodataire reçoit un service; il manquerait donc à la reconnaissance s'il ne donnait pas la préférence à la chose du prêteur.

Nous nous sommes également demandé si l'art. 1882 doit être étendu au dépositaire, et nous avons répondu par la négative; car le dépositaire, au lieu de recevoir un service, en rend un au déposant (2).

Ces deux décisions nous serviront à résoudre la question, dans le cas de mandat. Si le mandat est gratuit, le mandataire, qui rend un office comme le dépositaire, ne devra pas être traité avec la même sévérité que l'emprunteur; le mandant qui exigerait de lui le sacrifice de sa propre chose

(1) *Mon com. du Prêt*, n° 115.

(2) *Mon com. du Dépôt*, n° 71.

serait ingrat. Il ne serait pas recevable à se plaindre. Ce n'est qu'autant que la chose du mandataire serait minime, et que celle du mandant serait précieuse, que le mandataire devrait sacrifier la sienne, ainsi que cela a lieu dans le cas de dépôt, sauf à se faire indemniser de sa perte par le mandant.

Mais si le mandat est salarié, alors le mandataire doit au mandant le sacrifice de sa chose. Le salaire ne lui est donné que pour veiller au mieux des intérêts du maître, pour être l'*alter ego* de ce dernier et faire tout ce qu'il ferait s'il était présent. Or, si le mandant était présent, il sauverait sa chose. Le mandataire est donc censé avoir promis qu'il la sauverait pour lui (1).

410. Lorsque le commissionnaire est nanti d'objets appartenant à divers, qu'il ne peut tous arracher à la perte dont les menace la force majeure, il est juste qu'il sauve les plus précieux, s'il a le temps de faire un choix (2). Qui pourrait le trouver répréhensible d'avoir arraché aux flammes une boîte de diamants appartenant à Jacques pendant qu'il laissait périr un sac de blé appartenant à François?

411. Non-seulement le mandataire doit conduire avec intelligence et prudence l'affaire qui lui est confiée, mais il doit garder avec vigilance

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin sont de ce dernier avis, t. 2, n° 77. Mais ils ne font pas la distinction du mandat salarié et du mandat non salarié.

(2) *Id.*, loc. cit.

la chose même dont il est détenteur pour son mandant.

Angelo Camagni, se trouvant à Constantinople, remit à Albert, résidant dans cette ville, une certaine quantité de marchandises pour en opérer la vente moyennant salaire. Albert confia la garde de ces marchandises à la demoiselle Casset, marchande de modes, chez laquelle éclata, dans la nuit du 15 au 16 avril 1838, un violent incendie. Les malfaiteurs profitèrent du désordre inséparable de tels événements pour pénétrer dans les magasins, imparfaitement fermés, et enlevèrent les marchandises. Albert prétendit que si ces marchandises avaient péri, c'était par force majeure. Mais la Cour d'Aix décida, par arrêt du 28 février 1840, que le vol, ayant eu lieu sans effraction ni violence, ne pouvait être imputé qu'à la négligence de la demoiselle Casset, et qu'Albert était tenu de la faute de cette dernière (1).

412. La faute du mandant s'estime suivant l'usage des lieux. Ainsi, il n'y a pas de reproche à faire au commissionnaire qui a procédé conformément aux pratiques usitées sur la place à laquelle il appartient (2). *Mandatarius non obligatur plus agere quàm quod à cæteris ejusdem professionis IN*

(1) Palais, 1840, t. 2.

Suprà, n° 372.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 224.

(2) Straccha, *Mandati*, n° 41.

Casaregis, *disc.* 176, nos 42, 43, 44.

Disc. 144, nos 39 et 40.

LOCO UBI EXSEQUITUR MANDATUM, *in aliis casibus observari solet* (1).

413. Lorsque le mandataire est en faute, il répond de la force majeure. Nous en avons vu un exemple dans une décision rendue par la rote de Gènes, et relative à une expédition de froment faite par des commissionnaires de Palerme au moyen de bâtiments autres que les navires désignés dans l'ordre. Le chargement ayant péri, la rote jugea que la perte était pour le compte des commissionnaires (2). Casaregis applique ces principes au mandat pour assurer ou transporter des marchandises, et il décide que si le mandataire s'écarte des ordres à lui donnés, il est tenu de la force majeure. « *Mandato dato de assicurandis vel transvehendis mercibus sub aliquâ conditione vel qualitate, tenetur mandatarius de casu sinistro* (3). »

ARTICLE 1993.

Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de la procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

SOMMAIRE.

414. De l'obligation de rendre compte. Elle est inhérente au mandat et découle de la bonne foi.

(1) Casaregis, *disc.* 224, n° 18.

(2) *Suprà*, n° 308.

(3) *Disc.* 1, n° 26.

415. Des soutènements du compte.

Il peut être convenu que le mandataire ne fournira pas de pièces justificatives.

Peut-il être convenu qu'il ne rendra pas compte?

416. Des choses que doit comprendre le compte. La règle en cette matière est que le mandataire ne doit rien garder de ce qui est venu dans ses mains par suite du mandat.

417. Application faite par Ulpien de cette règle à un cas particulier. Observations qu'elle fait naître; doutes sérieux qui empêchent de l'admettre en droit français.

418. Le mandataire doit de plein droit l'intérêt des sommes qu'il a appliquées à son profit. Renvoi pour ce point de droit,

419. Ainsi que pour une question qui s'y rattache.

420. Le mandataire doit-il rendre compte des avantages naturellement illicites qu'il a obtenus en agissant pour le mandant?

Examen de cette question dans le cas où la procuration tend à mal faire, par exemple à jouer ou faire des opérations de contrebande.

421. Suite de ce premier cas.

422. Examen de la question dans le cas où le mandataire s'est servi de la chose du mandant pour se procurer des bénéfices illicites sans l'ordre du mandant.

Différence établie sur ce point par les lois romaines entre la société et le mandat. Dans la société, il ne doit pas y avoir de communication de gains déshonnêtes. Dans le mandat, au contraire, le mandataire doit compte de tout, même des gains faits illicitement à l'insu du mandant.

423. *Quid* sous le Code civil?

L'auteur se prononce pour l'affirmative.

424. Explication de la différence que les lois romaines ont mise entre la société et le mandat.

425. Le mandataire doit restituer au mandant la chose à lui confiée par suite du mandat, alors même qu'elle n'appartiendrait pas au mandant.

LOCO UBI EXSEQUITUR MANDATUM, *in aliis casibus observari solet* (1).

413. Lorsque le mandataire est en faute, il répond de la force majeure. Nous en avons vu un exemple dans une décision rendue par la rote de Gènes, et relative à une expédition de froment faite par des commissionnaires de Palerme au moyen de bâtiments autres que les navires désignés dans l'ordre. Le chargement ayant péri, la rote jugea que la perte était pour le compte des commissionnaires (2). Casaregis applique ces principes au mandat pour assurer ou transporter des marchandises, et il décide que si le mandataire s'écarte des ordres à lui donnés, il est tenu de la force majeure. « *Mandato dato de assicurandis vel transvehendis mercibus sub aliquâ conditione vel qualitate, tenetur mandatarius de casu sinistro* (3). »

ARTICLE 1993.

Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de la procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant.

SOMMAIRE.

414. De l'obligation de rendre compte. Elle est inhérente au mandat et découle de la bonne foi.

(1) Casaregis, *disc.* 224, n° 18.

(2) *Suprà*, n° 308.

(3) *Disc.* 1, n° 26.

415. Des soutènements du compte.

Il peut être convenu que le mandataire ne fournira pas de pièces justificatives.

Peut-il être convenu qu'il ne rendra pas compte?

416. Des choses que doit comprendre le compte. La règle en cette matière est que le mandataire ne doit rien garder de ce qui est venu dans ses mains par suite du mandat.

417. Application faite par Ulpien de cette règle à un cas particulier. Observations qu'elle fait naître; doutes sérieux qui empêchent de l'admettre en droit français.

418. Le mandataire doit de plein droit l'intérêt des sommes qu'il a appliquées à son profit. Renvoi pour ce point de droit,

419. Ainsi que pour une question qui s'y rattache.

420. Le mandataire doit-il rendre compte des avantages naturellement illicites qu'il a obtenus en agissant pour le mandant?

Examen de cette question dans le cas où la procuration tend à mal faire, par exemple à jouer ou faire des opérations de contrebande.

421. Suite de ce premier cas.

422. Examen de la question dans le cas où le mandataire s'est servi de la chose du mandant pour se procurer des bénéfices illicites sans l'ordre du mandant.

Différence établie sur ce point par les lois romaines entre la société et le mandat. Dans la société, il ne doit pas y avoir de communication de gains déshonnêtes. Dans le mandat, au contraire, le mandataire doit compte de tout, même des gains faits illicitement à l'insu du mandant.

423. *Quid* sous le Code civil?

L'auteur se prononce pour l'affirmative.

424. Explication de la différence que les lois romaines ont mise entre la société et le mandat.

425. Le mandataire doit restituer au mandant la chose à lui confiée par suite du mandat, alors même qu'elle n'appartiendrait pas au mandant.

Le mandataire n'est qu'un *nudus minister*. Il ne doit pas résoudre des questions de propriété qui ne le concernent pas.

426. *Quid* si le mandataire découvrait que la chose a été volée et qu'on fait de lui un recéleur?

Conclusion sur la doctrine exposée aux n^{os} 425 et 426.

427. Le mandataire ne doit pas accomplir le mandat si ce mandat est illicite. Il doit s'en abstenir.

Exemple tiré du mandat de remettre à une congrégation religieuse non autorisée.

428. Le mandataire doit se dessaisir des pièces qui lui ont été remises pour sa gestion.

Quid des lettres missives?

429. Pratique abusive de certains commissionnaires sur certaines places.

430. Le mari qui administre les paraphernaux de son épouse en vertu d'un mandat tacite n'est pas aussi strictement tenu que les autres mandataires à rendre compte.

Quid en cas de mandat exprès?

431. Le mandataire doit compte de tout ce qu'il a reçu et même de ce qu'il a manqué de recevoir par sa faute.

432. Mais s'il n'y a pas faute de sa part, il ne doit compte que de ce qu'il a reçu.

433. Si le mandataire a sacrifié sur un point les intérêts de son mandant, et si, sur un autre point, il les a faits meilleurs, faudra-t-il compenser?

434. Le mandataire ne doit pas compte des choses qui ont péri par force majeure;

A moins que cette perte n'ait été l'objet d'une indemnité par lui reçue. Décision de la rote de Gènes à cet égard.

435. Le mandataire est responsable de l'accident arrivé par sa faute,

436. Ou lorsqu'il est déjà en demeure.

437. De la perte par force majeure des espèces métalliques

dont le mandataire est détenteur par suite du mandat.

Elle est au compte du mandataire. Pourquoi cette différence entre la perte des espèces métalliques et la perte des autres objets.

438. Explication. Distinction entre l'argent renfermé dans les sacs cachetés et l'argent compté au mandataire sans cette précaution.

439. Suite de cette distinction.

Autre proposée par MM. Delamarre et Lepoitevin et qui s'y rattache.

440. Suite.

441. Suite.

442. Suite.

443. La règle posée au n^o 437 gouverne les matières civiles aussi bien que les matières commerciales.

444. Après le *débet* du mandataire vient le chapitre de ses créances.

Renvoi pour ceci aux art. 1799 et suiv.

COMMENTAIRE.

444. L'obligation de rendre compte est inhérente au mandat (1). Quiconque administre les affaires d'autrui est débiteur d'un compte. Ainsi le veut la bonne foi : *ex bonâ fide rationem reddere debet* (2); ainsi le veulent les préceptes de la loi écrite, d'accord avec la morale (3). Le compte n'est pas seulement dans l'intérêt du mandant, il est encore dans l'intérêt du mandataire lui-même. Il est de l'honneur du mandataire de montrer sa

(1) *Suprà*, n^o 39. *Decis. rotæ gen.*, 24, n^o 1.

Pothier, n^o 51, art. 1577 C. c.

(2) Caius, l. 46, § 4, D., *De procurat.*

(3) L. 1, C., *De ration.*

gestion à découvert; il est de son intérêt de prouver par un compte franc et exact ce qui peut lui être dû à côté de ce qu'il peut devoir.

415. Les soutènements du compte s'établissent par les lettres, les factures, les récépissés, les livres de commerce régulièrement tenus. Un commissionnaire à qui on demanderait la production de ses livres et qui ne la donnerait pas ne serait pas censé avoir rendu un compte régulier et parfait (1).

Il peut cependant être dispensé par la convention de produire des pièces justificatives. La jurisprudence offre des exemples de cette stipulation et du respect que les tribunaux ont eu pour la volonté des parties (2).

Mais la clause par laquelle le mandant dispenserait le mandataire de rendre compte n'irait-elle pas contre l'essence du mandat? et, dès lors, devrait-elle être considérée comme nulle et non-écrite?

Cette question a été résolue, par un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 24 août 1831 (3), dans un sens favorable au maintien de ce pacte. La raison en est que le mandat perd alors ses caractères propres et naturels, et qu'il se trouve

(1) *Decis. rot. gen.* 24: « *In quâ redditio ostendi debent libri.* »

Casaregis, *disc.* 102, nos 37, 38. *Libris non exhibitis semper dicitur ratio imperfecti reddita.*

(2) M. Merlin, *répert.*, v^o *Mandat*, § 4.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 461.

(3) S., 31, 1, 316.

converti en une libéralité faite par le mandant au mandataire, libéralité dont le mandataire est maître de profiter et dont il profite, en effet, lorsqu'il refuse de donner son compte. Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, il y avait des circonstances remarquables et qui font toucher au doigt l'exactitude de la solution: c'était un fils qui avait une fortune considérable et qui, voulant venir au secours de son père dans la gêne, sans humilier sa délicatesse et son amour-propre par l'offre d'une pension alimentaire, lui avait donné le mandat de gérer un de ses domaines situé aux Antilles, avec le droit de percevoir les récoltes, de vendre les meubles et les fruits, d'aliéner l'immeuble lui-même, le tout sans être tenu de rendre compte à qui que ce soit. Le caractère de donation était manifestement empreint dans cet acte de piété filiale; la convention me paraît même tellement respectable, que je suis étonné que le pourvoi ait été admis par la chambre des requêtes contre l'arrêt de la Cour royale de Bordeaux qui avait décidé qu'un compte ne pouvait être exigé par les héritiers du mandant.

416. Le compte doit comprendre tout profit, direct ou indirect, que le mandataire a fait avec la chose du mandant. Paul dit en termes énergiques: « *Ex mandato apud eum qui mandatam suscepit, nihil remanere oportet* (1) »; et Ulpien: « *Debere eum præstare quantumcunque emolumentum sensit* (2). »

(1) L. 20, D., *Mandati*.

(2) L. 10, § 3, D., *Mandati*.

Rien ne doit rester entre ses mains, fruits (1), intérêts (2), profits principaux ou accessoires, intrinsèques ou extrinsèques (3), provenant nécessairement du mandat ou à l'occasion du mandat (4). Le mandataire remplit un office de bonne foi; il n'a droit qu'aux honoraires convenus. Si l'opération a produit des bénéfices plus grands que les bénéfices espérés, si son industrie a fait la chose meilleure qu'on ne le croyait, il doit se souvenir que ce n'est pas pour lui qu'il a travaillé. Garder quelque chose de plus que son honoraire serait s'enrichir aux dépens d'autrui (5) : *Bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat* (6). Il doit suffire au mandataire de ne pas perdre; il ne doit pas gagner (7).

417. C'est pourquoi Ulpien résout contre le mandataire le cas que voici :

J'avais chargé mon mandataire de prêter 10,000 à Titius sans intérêts; mais le prêt a été fait avec stipulation d'usures. Mon mandataire doit-il porter ces usures dans son compte? Oui, sans doute!

(1) Ulp., l. 10, § 2, D., *Mandati*.

(2) *Id.*, l. 10, § 3, D., *Mandati*.

(3) Caius, l. 46, § 4, D., *De procurat. sive principaliter, sive extrinsecus*.

(4) *Occasione mandati* (Doneau sur la loi 11, C., *Mandati*, n° 10).

(5) Favre, *Ration.* sur cette loi.

(6) Ulp., l. 10, § 3, D., *Mandati*.

(7) Arg. de la loi 16, D., *De jure dot.*
Infrà, n° 434.

rien ne doit rester dans ses mains de ce que mon argent a produit (1).

Mais si le mandataire avait prêté la somme à ses risques et périls; par exemple, si, au lieu de la prêter à Titius, comme le portait le mandat, il l'avait prêtée à Sempronius avec intérêt, et que par-là il eût couru les risques du non-remboursement par ce dernier; dans ce cas, Ulpien, d'accord avec Labéon, décide qu'il est fondé à retenir ces intérêts (2), et cela d'après la règle : *Cujus est periculum damni, ejus quoque lucrum esse debet* (3). Paul rend une décision semblable à l'égard de l'associé qui, en son nom et à ses risques, prête l'argent de la société (4); toujours en vertu du principe que les intérêts sont le prix d'un risque que le prêteur a couru, et dont il paraît juste par conséquent qu'il conserve les profits.

Mais, de même que nous ne suivons pas la décision de Paul en ce qui concerne l'associé (l'article 1846, § 1, le porte expressément) (5), de même nous devons rejeter la décision d'Ulpien en ce qui concerne le mandataire (6). Qu'a fait ce dernier? Il a violé la forme du mandat; et par-là

(1) L. 10, § 8, D., *Mandati*.

(2) L. 10, § 8, D., *Mandati*.

(3) Favre sur cette loi. V. Pomp., l. 13, § 1, D., *Commod.*

(4) L. 67, § 1, D., *Pro socio*.

(5) Accurse avait dit que si l'associé pouvait garder les intérêts d'après la décision de Paul, il devait d'un autre côté des dommages et intérêts à la société pour s'être servi de ses fonds, et Favre l'approuve (sur la loi 67, § 1, D., *Pro socio*).

(6) Arg. de l'art. 1996.

même il s'est mis nécessairement en demeure et la chose est passée à ses risques (1). Or, comment pourrait-il se faire un moyen de sa faute, de sa demeure, pour se créer un avantage? Je comprends à merveille que lorsqu'une chose est naturellement et légalement aux risques d'une personne, celle-ci en retire les profits. Mais le principe d'Ulpien me paraît difficilement applicable lorsque le risque est la suite et la punition d'une faute. Le mandataire qui détourne la chose de la destination prévue par le mandat, qui l'applique à ses besoins, qui veut en faire une source de profits pour lui-même, est un mandataire infidèle; il commet un délit; et, pareil au dépositaire qui a appliqué la chose déposée à ses besoins (2), il doit les intérêts de plein droit de cette chose (3). Et l'on voudrait qu'il ne dût pas les intérêts qu'il a effectivement retirés par suite de son détournement? Sans doute, dans la subtilité du droit romain, l'action *mandati* pouvait n'être pas donnée à l'effet d'obtenir précisément le remboursement des usures stipulées par le mandataire. Mais le mandant n'avait-il pas droit à des dommages et intérêts pour cette violation du mandat? N'avait-il pas droit aux intérêts dès le jour où le mandataire avait employé la somme à son usage? Aujourd'hui, nous ne faisons pas ces distinctions ardues entre les diverses espèces d'ac-

(1) *Suprà*, n° 412.

(2) Mon com. du *Dépôt*, n° 104. Scævola, l. 28, D., *Depositum*.

(3) *Ari.* 1996, *infra*.

tions; nous allons droit au but, cherchant à éviter les circuits de la forme!

418. Nous venons de dire que le mandataire doit de plein droit l'intérêt des sommes qu'il a appliquées à son profit; c'est un principe sur lequel nous reviendrons dans le commentaire de l'article 1996 du Code civil.

419. Et nous examinerons alors si le mandataire qui a fait pour son propre compte de grands profits avec l'argent du mandant doit, outre les intérêts, la restitution de ces profits; nous démontrerons que, de même que le dépositaire, il n'est débiteur que des intérêts légaux, et que le surplus doit rester entre ses mains.

420. Mais il y a une autre question: c'est celle de savoir si le mandataire peut être forcé, par l'action *mandati*, de porter dans son compte les avantages naturellement illicites qu'il a obtenus en agissant pour le mandant.

Deux cas peuvent se présenter:

1° Le mandataire avait-il une procuration tendant à mal faire, par exemple, un mandat pour jouer, pour se livrer à des opérations de contrebande, etc.? Dans ce cas, comment le mandant pourrait-il obtenir de la justice d'être écouté dans des réclamations qui portent sur des causes odieuses et punissables (1)? *Atque ideò ab hac actione non agetur*, dit Ulpien (2).

(1) *Suprà*, n° 30 et 31.

(2) L. 6, § 1, D., *Mandati*, et l. 12, § 11, D., *Mandati*.
Suprà, n° 30 et 31.

421. Il n'en serait autrement que si, par l'erreur ou la prévarication du juge, le mandataire avait obtenu la liquidation de ces opérations au profit de son mandant (1). Un jugement passé en force de chose jugée purifie tout par une présomption d'ordre public; il ne permet pas de remettre en doute l'origine de la chose; il suffit qu'elle ait été reçue par le mandataire pour compte du mandant pour que le premier en doive faire raison au second.

422. 2^e Maintenant, voyons ce qui doit être décidé si le mandataire s'est servi de son chef de la chose du mandant pour en retirer des profits naturellement injustes ou illicites, par exemple, pour faire l'usure.

La question a été posée en matière de société par Ulpien. Un associé a fait avec la chose commune des gains illicites; est-il tenu de les communiquer? Non, répond le jurisconsulte! Car, *delictorum turpis atque foeda communitio est* (2). C'est pourquoi Bartole et Favre (3) pensent que l'associé qui a prêté l'argent de la société à un intérêt usuraire n'est pas tenu de ce qui excède l'intérêt permis.

Ceci posé, peut-on dire que, par la même raison, le mandataire ne peut être forcé par le mandant à faire compte de ce qui dépasse le taux légal?

Dans la loi 52, au D., *De hæredit. petit.*, Hermogé-

(1) Caius, l. 46, § 4, D., *De procurat.* Ulp., l. 8, § 4, D., *Negot. gest.*

(2) L. 53, D., *Pro socio.*

(3) Sur la loi 67, § 1, D., *Pro socio.*

nien veut que le possesseur de l'hérédité, qui a fait des gains déshonnêtes (*inhonestos questus*), soit forcé de les restituer. Et pourquoi? Sa raison est remarquable. *Ne honesta interpretatio non honesto questui lucrum possessori faciat*: il ne faut pas qu'une interprétation honnête procure au possesseur des profits déshonnêtes.

Si, par exemple, le possesseur d'une maison héréditaire l'a louée très cher comme lieu de débauche (1), s'il a retiré des capitaux des intérêts usuraires, il devra en faire compte à l'héritier. Il vaut mieux que ce dernier en profite, lui qui en est innocent, que l'auteur même du délit. Ce dernier ne saurait trouver sa récompense dans les scrupules du droit.

Cette décision d'Hermogénien trouve sa confirmation dans un texte d'Ulpien, qui nous rapproche du mandat; car il s'agit d'un *negotiorum gestor*:

« *Item si fundum tuum, vel civitatis, per obreptionem petiero, negotium tuum vel civitatis gerens, et ampliores quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum, tibi vel reipublicæ præstare; licet petere non potuerim.* »

Ainsi donc, si votre *negotiorum gestor*, par une adresse coupable, parvient à se faire payer, par le possesseur de votre héritage, des fruits plus considérables que ceux qui sont dus, il vous en doit compte. Sans doute, il n'aurait pu les réclamer en justice; mais, les ayant reçus, il doit vous les restituer.

(1) Ulp., l. 27, § 1, D., *De hæred. petit.*

De ces solutions il n'y avait qu'un pas à faire pour arriver au mandat. Le président Favre, après beaucoup d'autres, n'a pas hésité à le franchir. Que les capitaux prêtés par le mandataire aient rapporté des intérêts légitimes, qu'ils en aient rapporté d'usuraires, il n'importe. Le mandataire doit compte à son mandant de la totalité. « *Neque rursus distinguere debemus an usuras legitimas perciperit, aut quae in regione frequentantur; an verò ILICITAS et quae legitimum modum usurarum excedunt. Quantumcunque enim emolumentum sit, quod procurator perciperit, quamvis illicitum et indebitum, id totum tamen restituere domino debet, ex leg. 46, § Procurat., D., De procurat. Tantò enim facit improbius et contra bonam fidem, quanto improbius lucrum est quod ex alienâ pecuniâ vult retinere. Deniquè ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet (1).* »

On le voit : dans le mandat et dans les autres situations analogues au mandat, on s'écarte des idées reçues en matière de société. Tandis que dans la société on ne veut pas le partage des choses mal acquises, on exige au contraire, dans le mandat et la gestion d'affaires, que le mandataire ou le gérant rende compte de tous les profits quelconques qui se rattachent à sa gestion, sans distinction d'origine.

423. Ces idées doivent-elles être suivies sous le

(1) Sur la loi 10, § 3, D., *Mandati*.

Junge Doneau sur la loi 11, C., *Mandati*, n° 10.

Code civil? Je le pense (1), et, pour trouver la raison de cette solution, il faut remonter aux notions que j'ai exposées, dans mon commentaire du *Jeu*, sur la théorie de la *condictio ob turpem causam* (2).

Entre le mandant et le mandataire la position n'est pas égale. Le second a commis un délit, le premier en est innocent. Sur quoi donc se fonderait la rétention prétendue par le mandataire? Pourrait-il se prévaloir de la règle : *In pari causâ melior est causa possidentis*?

A cette inégalité de situation qui rend la fin de non-recevoir inapplicable, se joint une autre considération : l'intérêt public et la morale veulent que l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire; et, dans le doute, il vaut toujours mieux préférer l'interprétation la plus défavorable à celui qui a offensé l'honnêteté publique, et la mieux appropriée à sa punition!! Après tout, il est permis d'espérer que le mandant réparera un mal qu'il n'a pas eu la méchanceté de faire. Mais peut-on compter sur le mandataire qui, après avoir malversé avec les tiers, malverse avec le mandant!! La chose sera donc remise entre les mains du mandant. Il est plus digne; il offre plus de garanties.

424. Pourquoi cependant, en matière de société, l'associé délinquant garde-t-il la totalité de

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 459, sont aussi de cet avis.

(2) N° 171, 172 et suiv.

son bénéfice sans être tenu de le communiquer !! C'est qu'un partage des gains illicites fait sous l'autorité de la justice en serait la sanction; la loi ne doit pas s'en mêler. Au contraire, la reddition de compte que nous prescrivons au mandataire est la punition de sa mauvaise action. La loi fait bien de lui prêter son appui.

425. Lorsque le mandataire a reçu, en vertu de son mandat, une chose qui n'appartient pas au mandant, il ne doit pas rechercher le véritable propriétaire pour la lui remettre. C'est au mandant qu'il faut qu'il la livre et en rende compte. Notre article en contient une décision empruntée aux lois romaines (1), et la raison en est saillante. Le mandataire est un intermédiaire, un *nudus minister*. Il n'est pas chargé de résoudre des questions de propriété qui ne le concernent pas. Ayant reçu la chose pour le mandant, il doit la remettre au mandant, sans quoi il transgresse son mandat et commet une faute. Et d'ailleurs, est-ce que la chose d'autrui ne fait pas tous les jours la matière d'une spéculation commerciale, d'une expédition, etc., etc.? Qui a dit au mandataire que ce n'était pas un dépôt que le véritable propriétaire voulait faire, sans être connu, entre les mains du mandant? Comment sait-il si le mandant ne reçoit pas la chose pour la vendre pour le compte du maître, pour l'échanger, la charger sur un na-

(1) Caius, l. 46, § 4, D., *De procurat.*

Arg. de l'art. 1938 C. c.

Et mon com. du *Dépôt*, nos 139 et suiv.

vire, etc., etc.? Est-ce qu'il peut être permis au mandataire de s'entremettre pour déranger toutes ces combinaisons, lui dont, au contraire, la mission est d'y prêter la main?

426. Toutefois, il faut prévoir les fraudes faites à la loi; et si le mandataire venait à découvrir que la chose a été volée et qu'on se sert de lui pour receler un vol et l'associer à un coupable détournement, je pense qu'il serait fondé à se conduire d'après les règles tracées par l'art. 1938 (1).

Mais, hors ce cas, le mandataire se renfermera dans son rôle passif de *nudus minister*. Il ne s'informer pas du droit du mandant sur la chose; il exécutera aveuglément ce qui lui a été prescrit.

Lors même que le mandant l'aurait chargé de recevoir une chose qui ne lui était pas due, si le tiers consent par erreur à la livrer, il est de son devoir de mandataire de la remettre fidèlement au mandant (2).

427. Du reste, quand nous disons que le mandataire doit exécuter aveuglément les ordres contenus dans le mandat, nous sous-entendons que ces ordres sont licites. C'est la première condition imposée par la morale et par le droit. Si le mandataire avait eu la faiblesse d'accepter un mandat illicite, il ne devrait pas hésiter à résigner ses pouvoirs. Un honnête homme peut errer; mais persévérer dans l'erreur est d'un cœur mal inspiré. ®

(1) Mon com. du *Dépôt*, n° 140.

(2) L. 46, § 4, D., *De procurat.*

Supposez, par exemple, que le mandat soit de transmettre une chose à une personne déclarée par la loi incapable de la recevoir (espèce de mandat trop fréquemment mis en œuvre pour enrichir par des moyens détournés les congrégations religieuses non autorisées), le mandataire qui voudra véritablement mériter le titre de pieux s'abstiendra de la consommation de ce mandat illicite. Il rendra la chose au mandant; et si le mandant est décédé, et que le mandat soit par cela même révoqué, il la rendra à ses héritiers et ne trempera pas ses mains dans ces pratiques frauduleuses, dans ces menées indignes d'hommes droits.

428. L'on voit par ces détails l'importance de la règle qui veut que le mandataire fasse compte de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration. Cette règle est la sanction de la bonne foi dans le mandat; elle est la base de la sécurité qu'y placent le commerce et la société civile.

Pour en tirer les dernières conséquences, nous dirons que le mandataire doit également se dessaisir des titres et des pièces que le mandant lui a remis pour sa gestion. *Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat, quâ actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri* (1).

Nous verrons aussi par l'art. 2004 que le mandataire doit remettre au mandant l'original de la procuration ou l'expédition du mandat dans lequel ses pouvoirs sont consignés (2).

(1) Ulp., l. 8, D., *Mandati*.

(2) *Infrà*, n° 766.

Mais ce serait de la part du mandant une prétention exagérée que d'exiger du mandataire la remise des lettres missives que ce dernier a reçues de lui à l'occasion du mandat. Ces lettres sont la propriété du mandataire. C'est ce qu'a très bien jugé un arrêt de la Cour royale de la Martinique, contre lequel on s'est pourvu en cassation par un pourvoi que la chambre des requêtes rejeta le 19 février 1845 (1).

429. Il paraît que, dans certaines localités, il est des mandataires ou des commissionnaires peu scrupuleux qui se servent de leur mandat pour ajouter, aux gains stipulés par le contrat, des gains secrets qu'ils retranchent au mandant. Je vois, par exemple, qu'à Lyon un usage de ce genre s'était introduit, et que (chose incroyable!) on osait l'avouer comme une pratique commerciale usuelle et en quelque sorte autorisée par la coutume. Cet usage consistait à faire payer au mandant les marchandises plus cher que le commissionnaire ne les avait payées lui-même. Par-là, celui-ci faisait un double profit. A son salaire il joignait la différence entre le prix payé par l'acheteur et la somme effectivement versée au mandant. Par arrêt du 23 août 1831, la Cour royale de Lyon a justement flétri cette fraude coupable. Son arrêt contient les vrais principes exprimés avec énergie et dans un langage sévère (2).

(1) Bidon contre Glandu.

Infrà, n° 763.

(2) Dal., 33, 2, 69.

430. Le mari qui, d'après l'art. 1578 du C. c., se trouve dans le cas d'un mandat tacite pour administrer les paraphernaux de sa femme, n'est pas tenu à rendre compte de ce qu'il a reçu, d'une manière aussi absolue que les autres mandataires. La loi fait pour lui une exception; elle ne l'oblige qu'à rendre compte des fruits existants à la dissolution du mariage; mais il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés avant cet événement. Le législateur a supposé que ces fruits avaient été consommés du consentement de la femme pour les besoins du ménage (1). Il en est de même dans le cas de mandat exprès (2), à moins que ce mandat ne porte la clause que le mari rendra compte des fruits. Dans ce dernier cas, le mari est tenu de faire compte de tout ce qu'il a perçu, de même que tout autre mandataire (3).

431. Non-seulement le mandataire doit faire entrer dans son compte ce qu'il a perçu effectivement; il doit aussi y faire entrer ce qu'il aurait dû recevoir et qu'il n'a pas reçu par sa faute (4).

Par exemple, dans la croyance que le prix du blé était à Alger de 200 fr. l'hectolitre, je vous donne commission de me vendre à ce prix 600 hectolitres que j'y ai en magasin. Mais il se trouve que le cours du blé est de 220 fr.; et vous, par une obéissance supine à mon ordre, vous vendez

(1) M. Toullier, t. 14, n° 361.

(2) Art. 1577. Bretonnier, Q. alfab., v° *Paraphernaux*.

(3) Art. 1577. M. Toullier, t. 14, n° 362.

(4) Pothier, n° 51.

au-dessous de ce cours: vous êtes en faute; vous deviez vendre au cours de la place. Vous deviez savoir que le mandat de vendre à 200 contenait virtuellement le mandat de vendre plus s'il était possible. Vous serez donc chargé dans votre compte du prix de 220 fr. l'hectolitre (1).

432. Mais si le mandataire n'est pas en faute, il n'est comptable que de ce qu'il a reçu et nullement de ce qu'il aurait dû recevoir. Ainsi, on ne devra pas le charger des fruits qu'un immeuble aurait dû produire, si, en fait, il ne les a pas produits (2).

433. Si le mandataire a sacrifié sur un point les intérêts de son mandant et que sur un autre point il les ait faits meilleurs, pourra-t-on opérer une compensation? J'ai déjà touché ce point (3). J'y reviens ici pour insister sur une distinction qui me paraît décisive. Ou le mandataire était chargé de deux mandats entièrement distincts, et alors je pense, avec la glose et Pothier, qu'il n'y a aucune compensation à opérer. Ou bien l'affaire confiée au mandataire contenait plusieurs mandats connexes, s'enchaînant l'un à l'autre et constituant une même opération, et je pense, contre la glose et Pothier, et avec Balde, Salicet, Paul de Castro, Bruneman (4), qu'il y a lieu à compenser. Par exemple, je donne à mon mandataire l'ordre de m'acheter du blé à 45 fr. l'hectolitre, de me l'expé-

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Cass., req., 21 janvier 1845 (Devic contre ***);

(3) *Suprà*, n° 403.

(4) Sur la loi 4, C., *De procurat.*

dier par le navire à vapeur *le Sphinx*, moyennant un nolis de 1 fr. par hectolitre. Mon mandataire achète à 45 fr. 50 cent. ; mais il nolis à 50 cent. au lieu de 1 fr. Cette opération contient deux mandats connexes, le mandat d'acheter et le mandat de nolis. Le bénéfice fait sur l'un doit évidemment compenser la perte faite sur l'autre. Pomponius le décide ainsi pour le cas de gestion d'affaires : « *Pensare lucrum cum damno debet*, » (1) et la loi 11 au D., *De usuris*, empruntée aux écrits de Paul, n'est pas moins formelle. Ces deux lois touchent bien plus à la matière du mandat (la seconde surtout qui concerne un administrateur de ville) que l'art. 1850 du C. c., puisé dans les principes du droit romain sur la société (2). Elles font voir qu'il ne faut pas juger le mandataire avec une rigueur outrée ; on doit supposer que, puisqu'il a fait sur un point l'affaire du mandant meilleure, c'est que sa vigilance est entièrement irréprochable, et que s'il n'a pas mieux fait sur l'autre point, c'est qu'il y avait impossibilité.

434. Lorsque les choses que le mandataire a reçues ont péri par force majeure sans sa faute, il n'est pas tenu d'en faire compte. La force majeure ne saurait être imputable au mandataire, comme nous l'avons vu ci-dessus (3). Le mandant qui a

(1) L. 11, D., *Negot. gest.*

(2) *Junge* MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 147.

(3) N° 370.

les profits de l'affaire doit en supporter les pertes (1).

Mais si le mandataire avait reçu une indemnité pour ces pertes, il faudrait qu'il en fit compte au mandant.

Pinelli avait donné à Bordoni de Gènes la commission de conduire et vendre à Alger des balles de toile. Chemin faisant, les pirates s'emparèrent du navire, dissipèrent les marchandises et firent l'équipage prisonnier. Bordoni, qui avait un sauf-conduit pour le Dey, trouva moyen d'avoir accès auprès de lui ; et, lui ayant fait observer que la bonne foi et le respect dus à un sauf-conduit avaient été violés par ses sujets, il obtint une somme considérable en indemnité. De retour à Gènes, Bordoni compta avec Pinelli ; mais il crut qu'il lui suffisait de prouver la perte survenue par force majeure pour être quitte envers son mandant, et que l'indemnité reçue en Algérie devait lui profiter. C'était de sa part ou une erreur grossière, ou un acte de mauvaise foi. La rote de Gènes (2) le condamna à tenir compte des sommes qu'il avait reçues des pirates, sauf à se faire indemniser de ses pertes personnelles et de ses déboursés.

435. Si la faute du mandataire se trouvait mêlée à l'accident, il serait responsable : par exemple, s'il n'avait pas pris toutes les précautions pour se garantir des voleurs, ou de l'incendie ; si sa caisse

(1) Toubéau, p. 119.

(2) *Décis.* 157.

n'était pas fermée ; si les portes extérieures n'étaient pas closes avec les sûretés d'usage, etc. (1).

436. La perte étant également à sa charge quand il est en demeure, il doit se charger en recette de ce qui a péri depuis cette demeure.

437. Mais voici un point que nous avons annoncé ci-dessus, au numéro 370, et dont l'importance exige quelques détails. Il s'agit de la perte par force majeure des espèces dont le commissionnaire est détenteur par suite du mandat. Cette perte doit-elle rester pour le compte du commissionnaire, ou bien est-elle pour le compte du mandant ?

L'art. 131 du Code espagnol résout cette question de la manière suivante : « Quant aux espèces appartenant à son commettant et que le commissionnaire aura en sa possession, il répondra de tout dommage et de toute perte, alors même que ce serait le résultat d'un cas fortuit, ou l'effet de la violence, à moins de convention expresse contraire (2). »

Et le Code portugais contient une semblable disposition (3).

On notera bien, pour l'intelligence de ce point de droit, qu'il ne s'agit ici que d'espèces métalliques, de deniers (*fundos metalicos*, comme dit le Code

(1) *Suprà*, n° 411, l'exemple du commissionnaire Albert.

(2) Traduct. de M. Fouché.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 222, p. 410.

(3) Art. 60.

portugais), que le commissionnaire tient du commettant.

Au premier coup d'œil, cette jurisprudence paraît inexplicable. On ne sait comment la concilier avec la règle : *Res perit domino*, et l'on ne voit pas comment le commissionnaire, exempt de faute, et surpris par la force majeure ou la violence (*da caso fortuito ou violencia*), peut raisonnablement encourir quelque responsabilité.

Mais, en y réfléchissant, les doutes s'évanouissent, et l'on comprend la raison de cette différence entre la perte des espèces métalliques et la perte des autres objets.

438. En effet, l'argent qui entre dans les mains d'un commissionnaire n'y parvient pas pour y rester enfermé dans des sacs cachetés, et pour être ensuite rendu *in individuo* ; il se confond dans la caisse du commissionnaire avec ses autres deniers ; le commissionnaire peut s'en servir, sauf à rendre à la première réquisition, ou quand le moment est venu, des valeurs métalliques équivalentes, c'est-à-dire, sauf à restituer la somme reçue, non avec les mêmes écus (*corpora nummorum eadem*) (1), mais avec d'autres de même valeur et ayant cours. Or, dans cette situation le commissionnaire n'est pas un dépositaire ordinaire, lequel n'est jamais responsable de l'événement de force majeure qui fait périr le corps certain qu'il conserve et doit rendre *in individuo*. Il est dépositaire irrégulier, et nous avons expliqué

(1) Papin., l. 24, D., *Depositum*.

dans notre contrat de dépôt qu'en pareil cas le domaine de l'argent étant censé passer sur la tête du dépositaire, la chose périt pour lui, d'après la règle *Res perit domino* (1). C'est ce qui fait dire à Scaccia : *Per interitum pecuniæ depositæ non liberatur, quia genus perire non potest* (2).

A la vérité, il en est autrement quand la somme reçue est enfermée dans des sacs cachetés, ce qui oblige à la conserver *in individuo*, et à la rendre identiquement. Mais toutes les fois que l'argent est compté sans cette précaution (*pecunia numerata, non obsignata* (3)), il perd son individualité, et l'on tient pour certain dans le commerce que le détenteur prend sur lui le péril de cet argent (4).

Le Code espagnol et le Code portugais sont donc l'expression d'un point de droit incontestable.

439. Nous avons dit qu'il en est autrement quand les sacs d'argent sont cachetés, parce qu'alors la confusion disparaît, que l'argent reste *in individuo*, qu'il conserve la nature de corps certain, et ne passe pas à l'état de genre.

A cette exception nous ajouterons volontiers celle que MM. Delamarre et Lepoitevin proposent dans le cas où l'argent aurait été constamment et soigneusement renfermé dans une caisse à part, la-

(1) N^o 114, 93.

(2) § 1, quæst. 7, part. 1, ampl. 3, n^o 20.

(3) Scaccia, *loc. cit.*, n^o 21.

(4) *SEMPER transit in depositarium.*

Scaccia, *loc. cit.*, n^o 21.

quelle aurait été enlevée à force ouverte par des brigands. L'argent est alors individualisé; il est conservé *in individuo*, pour être rendu *tanquam numerorum corpora eadem*.

440. Serons-nous aussi disposés à décharger le commissionnaire qui, n'ayant pas pris la précaution d'individualiser l'argent déposé, et l'ayant confondu avec les autres deniers de sa caisse, se bornerait à établir pour sa défense que les voleurs ont enlevé de vive force tout l'argent qui se trouvait chez lui?

MM. Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à se prononcer pour l'affirmative (1); mais je ne partagerais leur avis qu'autant que le commissionnaire prouverait que, depuis l'entrée des fonds appartenant au commettant, il n'est pas sorti d'argent de sa caisse. Car si des paiements avaient été faits, comment savoir s'ils ne l'ont pas été avec l'argent du déposant?

441. Je crois aussi qu'on excuserait facilement le commissionnaire s'il justifiait que l'argent à lui remis pour le commettant lui a été volé de vive force quelques heures après la réception, et avant qu'il n'ait eu la possibilité de l'employer (2). Ce serait le cas d'argumenter de l'opinion d'Ulpien (loi 1, § 34, D., *Depositi*), qui, bien que n'étant pas ordinairement suivie, surtout dans les matières de commerce (3), s'appuie ici sur des raisons d'équité

(1) *Loc. cit.*

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 223.

(3) V. mon com. du *Dépôt*, n^o 115.

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 depositaire (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.

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 *eodem 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 depositaire (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 (4). 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 mandatam sibi collatum alium elegerit, semper ipsius periculo facit, sibi quoque 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) *Quod 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.*

Jamment 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 perdatur, 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 subsequitur 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.*, n° 9 et 49. L. 3. D., *De test.*

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

(4) Casaregis, n° 12, 15, 16.

(5) *Id.*, n° 18. *Junge disc.* 225, n° 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, n° 5, 6, 8. Ce discours n'est pas de Casaregis.

ourne. Berti, leur commis, fut chargé de prendre les expéditions à la douane et de consigner le chargement à Orsi. Mais comme ce dernier ne pouvait partir avec toute la célérité désirable, à cause du manque de bateaux, il se substitua François Nicolai, autre batelier, exerçant sur la rivière d'Arno.

Nicolai partit pour Livourne, muni de papiers en règle qui lui furent délivrés par Berti, commis de Lancelotti et Ambrosi. Après avoir dépassé Pise, Nicolai, ayant trouvé des mauvais temps et des glaces, changea la route que l'on tient ordinairement pour aller à Livourne, et il périt corps et biens.

Les propriétaires des marchandises intentèrent un recours contre tous ceux qui avaient pris part à cette expédition; il s'ensuivit un procès, à l'occasion duquel un avocat, nommé Brandi, fut appelé à donner une consultation. On la trouve dans les œuvres de Casaregis (1).

Pour Lancelotti et Ambrosi, le consultant disait qu'il fallait évidemment les mettre hors de cause. Commissionnaires de transport, ils n'avaient pu faire ce transport par eux-mêmes, et leur mandat portait implicitement le pouvoir de se substituer des voituriers ou des bateliers (2). Du reste, aucun reproche ne pouvait leur être fait dans le choix du batelier; ils avaient agi avec discernement (3) et avaient fait choix d'un homme diligent, *virum probum*

(1) *Disc.* 225.

(2) *Id.*, nos 5 et 6.

(3) *Disc.* 225, n° 7.

et in arte propria expertum elegisse (4). Peu importe la faute qu'il a commise après coup (2). Peu importe aussi que le malheureux Nicolai ait été substitué à Orsi. Orsi n'avait pas été désigné dans la commission donnée à Lancelotti et Ambrosi, et ceux-ci étaient libres de confier le chargement à celui qu'ils ont choisi en définitive, parce qu'il était probe et expert (3). C'est aux mandants à s'imputer de n'avoir pas désigné eux-mêmes le nautonier qu'ils voulaient charger du transport. Ils ont laissé à cet égard une latitude dont les commissionnaires florentins ont dû user; il suffit qu'ils l'aient fait en hommes prudents (4). Ils ne sont nullement tenus, du reste, des négligences ultérieures d'Orsi ou de Nicolai.

Ces raisons parurent suffisantes à la rote de Florence pour faire repousser l'action dirigée contre les commissionnaires de transports. Sa décision est ponctuelle (5).

460. Néanmoins, la jurisprudence française nous montre une suite de décisions plus sévères, et c'est sur elles que l'art. 99 du Code de commerce s'est basé. Toubeau cite un arrêt du parlement de Paris,

(1) N° 8.

(2) Nos 8, 9, 10, 11, 12; il renvoie au *disc.* 36, n° 25, de Casaregis, et cite Menochius, *De arbit.*, lib. 1, q. 12, n° 12 et autres.

(3) N° 13, arg. de ce que dit Straccha, *Mandati*, n° 36, et Scaccia, § 2, gl. 5, nos 400 à 407.

(4) *Disc.* 225, n° 13.

(5) *Disc.* 226, n° 2.

du 28 février 1654, qui rend le commissionnaire expéditeur garant des fautes du commissionnaire intermédiaire et du voiturier (1), et plusieurs autres arrêts rendus dans le même sens sont rapportés dans le Répertoire de M. Merlin (2).

Mais, nous le répétons, c'est là une exception au droit commun; il ne faut pas l'étendre hors de son domaine.

461. Dans tous les cas où le mandataire est autorisé à se faire remplacer, son autorisation peut être expresse ou tacite (3). Quand on donne à un mandataire des ordres qu'on sait qu'il ne peut accomplir par lui-même, ou qui comportent nécessairement l'adjonction d'auxiliaires, de substitués, le droit de se faire remplacer est inhérent au mandat; il existe virtuellement et n'a pas besoin d'être écrit.

Par exemple, Pierre écrit à son ami, de Nancy, de lui acheter pour le mariage de sa nièce, qui a lieu dans huit jours, des broderies de cette ville; il est sous-entendu que cet ami les expédiera à Pierre par la diligence et qu'il ne sera pas obligé de les apporter lui-même à Paris.

Ou bien encore :

François, habitant la campagne, a prêté de l'argenterie à Jacques, son ami de la ville. Comme Jérôme a une terre dans le voisinage et qu'il y fait

(1) P. 119.

(2) V° *Commissionnaire*, § 6.

(3) *Le disc.* 225, n° 56, dans les œuvres de Casaregis.
Infrà, n° 467.

de fréquents envois, non pas par lui-même, car il est goutteux et ne quitte pas la ville, mais par ses gens, François lui écrit : « Recevez mon argenterie des mains de Jacques, j'en ai besoin le plus tôt possible. » Il est bien entendu que Jérôme ne sera pas tenu de venir lui-même rapporter l'argenterie, et qu'il a implicitement le droit de faire l'envoi par procureur.

462. Lorsque la substitution a lieu avec l'autorisation du mandant, elle ne dispense pas toujours le substituant de continuer à donner à l'affaire ses soins et sa surveillance. Tout dépend de la nature du fait et des circonstances (1).

Si je vous écris : « Envoyez-moi par votre domestique Paul le plat d'argent que je vous ai prêté; » aussitôt que vous aurez remis ce plat à Paul, vous serez déchargé de toute obligation envers moi. Vous n'êtes pas tenu de suivre Paul et de l'accompagner (2).

463. Mais si je vous dis : « J'ai des fonds dans telle ville où vous avez un agent; profitez de cette circonstance pour me les faire recouvrer; » il n'en est plus de même. Sans doute, je vous ai donné l'autorisation de vous substituer votre agent; vous avez pu le charger du recouvrement; mais, après le recouvrement, il y a eu des diligences à faire pour retirer les fonds de ses mains et me les faire parvenir. Mon mandat ne se traduit pas en

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 64 et suiv.

(2) Arg. de ce que je dis dans mon com. du *Prêt*, n° 111.

un fait pur; il est complexe. L'opération a une suite dont l'accomplissement exige de l'attention, de la surveillance. Êtes-vous déchargé parce que, vous ayant dit de donner des ordres à votre agent, vous lui avez donné ces ordres? Non! Il ne vous suffisait pas, en effet, de vous substituer votre agent; tout en vous le substituant, vous restiez chargé d'exercer sur lui la surveillance et l'autorité à laquelle sa qualité le soumettait à votre égard; et si vous avez négligé ces actes essentiels de surveillance et de concours, vous devez en répondre.

464. C'est ce qu'a jugé la rote de Gènes (1).

Jérôme de Marini, de Gènes, avait donné commission à Antoine Palavicini, de Saragosse, de retirer des mains de l'évêque de Pampelune une somme considérable dont ce dernier lui était redevable; et pour cela il avait remis l'obligation de l'évêque audit Palavicini pour qu'il la fit recouvrer par l'agent qu'il avait à Pampelune. L'agent reçut le montant du billet et le garda assez longtemps avant d'en faire passer le montant à Palavicini: il mourut insolvable (2).

Pour mettre cette perte au compte de Marini, on disait devant la rote: L'agent de Pampelune a été substitué à Palavicini du consentement et avec la désignation de Marini. C'est donc sur Marini, mandant, et non pas sur Palavicini, substituant, que doit retomber l'événement de force majeure

(1) *Decis. rot. gen.*, 160.

(2) N° 5. *Cùm mortuus sit et factus de non solvendo.*

qui rend les fonds irrecouvrables entre les mains du substitué (1).

Mais on répondait: Dans la procuration donnée à Palavicini, l'agent n'a pas été désigné par son nom propre; Marini ne l'a eu en vue que comme agent de Palavicini, comme institeur de ce dernier; comme ayant des qualités qui l'attachaient à Palavicini, et qui ne permettaient pas de penser que Palavicini deviendrait étranger à l'affaire.

Et, par exemple, Palavicini devait faire les diligences nécessaires pour se faire envoyer par son agent ce que ce dernier avait reçu; il en a eu le temps; dix mois se sont écoulés entre l'acceptation du mandat et la mort du substitué; il devait le solliciter, le presser (2). Conçoit-on qu'il ne se soit pas mis en mesure de retirer les fonds de ses mains (3)!!

Dans ces circonstances, la rote de Gènes déclara Palavicini responsable, et cette décision est excellente.

465. Nous venons de voir la règle de l'art. 1994 fléchir dans le cas où le mandataire est autorisé à se substituer un individu désigné. Nous l'avons vue aussi, non pas fléchir entièrement, mais s'atténuer dans les conséquences de la responsabilité du mandataire, lorsque celui-ci est autorisé à faire choix d'un remplaçant non désigné par le mandant et laissé par ce dernier à l'arbitrage du mandataire. Mais ces exceptions sont-elles les seules que com-

(1) N° 6.

(2) *Curare et sollicitare.*

(3) *Ab agente illo recuperare* (n° 2).

porte le principe que le mandataire doit agir par lui-même? Ne faut-il pas en admettre une lorsque le mandataire se trouve atteint d'un empêchement personnel, imprévu, qui ne lui permet pas de faire, par sa propre intervention, ce qu'exige le mandat? N'est-il pas alors autorisé à se choisir un remplaçant et à faire faire par autrui ce qu'il ne peut faire lui-même?

Cette question est très grave. Nous ne pouvons l'aborder qu'avec quelques distinctions.

466. Si l'empêchement survient dans des circonstances telles que l'affaire n'éprouve pas de préjudice par suite d'un retard, le mandataire s'arrêtera et s'abstiendra. Il suffira qu'il donne avis au mandant de ce qui se passe. Ce sera à ce dernier à prendre, en connaissance de cause, le parti le mieux approprié aux circonstances. Il décidera s'il lui convient d'abandonner l'affaire, ou de la confier à un autre mandataire doué des mêmes qualités que le premier.

467. Mais lorsque l'empêchement du mandataire se trouve accompagné de l'urgence de la terminer sans retard, lorsque les délais nécessaires pour donner avis au mandant peuvent tout compromettre, alors le mandat reçoit de la nécessité une interprétation large. On suppose qu'il renferme implicitement la condition qu'en cas de péril en la demeure, le mandataire est autorisé à se donner un remplaçant; que le mandant l'a ainsi entendu *ab initio*; que puisqu'il n'a pas inséré dans la procuration une clause prohibitive, il est censé (comme dans le n° 2 de l'art. 1994) avoir donné un pou-

voir virtuel de substitution, sans remplaçant désigné. Assurément nul ne contestera que la permission de se donner un remplaçant ne puisse être expresse ou tacite : *sive tacita, sive expressa permissio, licentia, aut voluntas principalis* (1). Or, cette permission tacite ne se tire-t-elle pas nécessairement, d'une part, de l'absence de toute clause prohibitive, de l'autre, de la nécessité de pourvoir aux intérêts du mandant conformément aux fins du mandat!

468. La jurisprudence italienne, si instructive et si féconde, nous donne plusieurs exemples décisifs de ce point de droit.

Paul-Baptiste Spinola (2) était associé avec Jules Spinola; mais l'un et l'autre habitaient des sièges de commerce différents. Paul-Baptiste Spinola, sentant sa mort approcher et sachant que les correspondants de la société avaient à faire des versements considérables entre ses mains, tant pour lui que pour Jules, fit son testament et désigna trois exécuteurs testamentaires, fort honorables d'ailleurs, pour toucher les sommes en question (3). Il mourut; les versements eurent lieu de la manière indiquée; mais des pertes furent épouvées ultérieurement par le fait des exécuteurs testamentaires.

Alors, Jules Spinola voulut soutenir que ces pertes

(1) *Disc.* 225, n° 46, dans Casaregis.

Suprà, n° 461.

(2) Casaregis, *disc.* 36.

(3) Notez cet exemple d'un mandat donné pour être exécuté après la mort.

devaient retomber à la charge des héritiers de Paul-Baptiste Spinola. Vous êtes responsables, disait-il, d'une substitution que Paul-Baptiste a faite sans permission de ma part; n'ayant pas le droit de se donner de remplaçants, il répond de la conduite de ces remplaçants.

Mais il faut voir, dans le 36^e discours de Casaregis, la réfutation de ce système. Paul-Baptiste, empêché par sa maladie et se trouvant en présence de la mort, a obéi à une nécessité fatale. Cette nécessité lui a donné le pouvoir de faire ce qu'il n'aurait pas fait en temps ordinaire: « *Hujusmodi necessitas, dilationis impatiens, facit licitum quod aliàs fecisset illicitum; quia acta, necessitatis causâ, sub nullâ lege prohibitivâ, numerantur. — Et pro regulâ admittitur quòd in casu necessitatis, non exigitur consensus, ubi aliàs omninò requireretur. Necessità legge non have (1).* »

Il pouvait donc aviser aux besoins de la circonstance et agir par un substitué. Une seule chose le rendrait responsable: ce serait s'il avait fait choix d'hommes sans idoneité; mais il n'y a pas *mala electio*: le choix a été d'hommes honnêtes, suffisants, de bonne réputation (2). Peu important, dès lors, les fautes ultérieures du substitué; ses manquements tiennent de l'imprévu et de la force majeure; il n'y a rien à imputer pour cela à Paul-Baptiste Spinola.

(1) N^o 25.

(2) N^{os} 6, 7, 8.

469. Voici un autre exemple qui n'a pas moins d'autorité. C'est encore à Cararegis que je l'emprunte (1).

Cardi confie à J.-B. Concino un navire destiné à aller en course contre les Turcs; le navire quitte le port de Livourne en 1666. Neuf mois après, Concino meurt courageusement dans un combat avec les Turcs, après avoir choisi, du consentement de l'équipage, pour son successeur, Barberi, son lieutenant. Ce dernier s'empare injustement de plusieurs vaisseaux appartenant à des chrétiens. Michel-Ange Vaccari, Génois, propriétaire d'un de ces navires, actionne Cardi en restitution et en dommages et intérêts.

Nous décidâmes, dit Casaregis, que ce dernier n'était pas tenu.

Sans doute, le maître est responsable du fait de ses subordonnés, lorsqu'ils ont commis des fautes dans l'office qui leur est délégué (2). Mais cette disposition rigoureuse n'a été introduite que parce qu'on a voulu punir le maître de la faute qu'il a commise en faisant un mauvais choix, *ob culpam in eligendo malos, seu minus idoneos homines* (3). Or, si le maître a choisi les préposés les plus capables au jugement général, il n'est pas tenu des fautes qu'ils ont commises par un changement imprévu d'habitudes. *Receptum quòd quotiescunquè hujusmodi abfuerit culpa, ex eo quòd dominus elegerit viros communi*

(1) *Disc.* 115.

(2) Bartole, l. 1, § *Familiæ, D., De public.*

(3) Casaregis, n^o 2.

existimatione probos et idoneos, toties dominus non tenetur de delicto præpositi qui morès mutaverit (1).

Eh bien ! Cardi a choisi Concino, homme irréprochable, vaillant, intègre, de bonne réputation ; à son tour, Concino, voisin de la mort, délègue ses pouvoirs à Barberi, son lieutenant, qui jusque-là avait joui d'une bonne réputation. Mais voilà que, changeant d'habitudes, il commet un délit que nul ne pouvait raisonnablement prévoir. De quoi se plaint-on ? De ce que Cardi l'a pris pour lieutenant à bord ? Mais comment y serait-on fondé ? Comme lieutenant, il était subordonné à Concino, et on n'avait rien à craindre de lui à raison de cette subordination et de cette dépendance. Est-ce de l'élection par laquelle Concino, à l'article de la mort, lui avait délégué le commandement du bâtiment ? C'est ici le point délicat de l'affaire. Mais il est évident que tout concourt à établir la justice et la bonté de ce choix au moment où il a été fait. Barberi a eu pour lui le suffrage de l'équipage ; il est constant qu'il était le plus digne de commander aux autres (2). De plus, et ceci est décisif, ce choix était nécessaire, imposé, au milieu des mers (*in medio maris*), par une nécessité extrême. Or, dans un cas pareil, Concino avait le droit de déléguer son mandat ; l'urgence lui en faisait une loi, et, en y obéissant, il n'était tenu que de faire un bon choix. Or, ce choix était bon, il était le

(1) N° 3.

(2) N° 4, 5, 6.

meilleur au moment où il a été fait, et cela suffit (1). Casaregis rattache cette décision à celle du discours 36, dont nous venons de donner l'analyse au numéro 468.

470. Rien n'est donc mieux avéré que cette jurisprudence. Elle se lie à la doctrine que nous avons enseignée au numéro 365 ci-dessus, ainsi qu'on le verra tout à l'heure plus clairement (2).

471. Nous allons plus loin, et nous pensons même que, lorsque le mandataire est empêché alors qu'il reste à prendre des mesures conservatoires (3), non-seulement il peut, mais il doit se faire remplacer, s'il le peut, dans les choses où l'action d'autrui est praticable.

472. Maintenant, reste une question à examiner.

Les exemples que nous avons donnés sont empruntés à la jurisprudence commerciale, et les principes sur lesquels ils reposent ne sont pas contestés dans la pratique des tribunaux consulaires de tous les pays.

Mais ces mêmes principes sont-ils aussi la règle du droit civil, ou bien le droit commercial se les serait-il donnés par exception au droit civil ?

473. MM. Delamarre et Lepoitevin ont traité cette question avec beaucoup de diligence et de savoir (4) ; mais leur tendance à faire du droit com-

(1) N° 6, 7, 8, 9, 10.

(2) N° 479.

(3) *Suprà*, n° 361, 366.

(4) T. 2, n° 56 à 62.

mercial un droit à part, indépendant du droit civil, les a égarés dans leurs conclusions.

Voici leur théorie :

D'après l'art. 1994, éclairé par la discussion du conseil d'État, le mandataire, empêché dans sa gestion, répond du tiers qu'il s'est substitué, et il en répond comme tout autre mandataire qui n'a pas reçu le pouvoir de se donner un remplaçant, comme le mandataire dont il est question dans le n° 1 de l'art. 1994 (1). En principe, rien de plus logique. Quand le mandataire est personnellement empêché, le mandat prend fin, le mandataire étant délié de son obligation. Que fait-il donc lorsque, malgré cette extinction de son obligation, il se donne un remplaçant? Il agit comme *negotiorum gestor*, et non plus comme mandataire. Or, s'il est quelque chose de certain, c'est que le *negotiorum gestor* répond de son remplaçant, de sa négligence, de ses fautes (2), etc. Donc, le mandataire qui fait faire par autrui la chose qu'il n'était plus obligé de faire, est garant de son représentant; il n'y a pas de différence entre le cas d'impossibilité d'agir, et celui où le mandataire, pouvant agir, aime mieux se faire remplacer. L'art. 1994 traite ces

(1) *Suprà*, n° 450.

(2) Paul, l. 21, § 3, D., *Negot. gest.*

L. 4, C., *De negot. gest.*

L'auteur de la consult. 225, nos 26 et 27, dans Casaregis, prétend qu'il n'est tenu que de *mala electionis*; mais c'est une erreur.

Junge M. Toullier, t. 11, n° 47.

deux situations de la même manière; une logique rigoureuse lui en faisait un devoir.

Tel est donc le droit civil.

Mais, en matière commerciale, il en est autrement, et l'art. 1994 doit être écarté. L'intérêt du commerce le repousse; car dans les affaires commerciales, où tant d'événements de force majeure viennent s'interposer, où il est si dangereux de laisser les affaires interrompues, on détournerait les négociants de s'entraider, si l'on faisait peser la responsabilité du droit civil sur le mandataire qui, pour empêcher une opération d'avorter, se donne un remplaçant capable d'agir. L'équité veut d'ailleurs que le mandataire qui a fait, dans un cas de nécessité, ce que son mandant aurait fait à sa place, soit absous (1). Or, ne doit-on pas présumer que si le mandant eût prévu la nécessité d'une substitution, il aurait investi le mandataire du droit de se choisir un remplaçant? Dans tous les cas, et mettant à part les conjectures sur l'intention probable du mandant, il y a quelque chose de plus certain, de plus frappant, de plus décisif: c'est que le mandataire a fait pour autrui ce qu'il aurait voulu qu'on fit pour lui-même. Dès lors, il est clair que le mandataire est censé agir, non plus comme *negotiorum gestor*, ainsi qu'il agit dans l'espèce de l'art. 1994, mais en vertu de son mandat même, en vertu du pouvoir de substituer, implicitement et

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, *disc. 36, n° 25; disc. 33, n° 16; disc. 119, n° 55.*

C. portugais, art. 816.

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, n° 6, 10, 11.

(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?

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?

497. En matière commerciale, l'art. 1995 n'est pas suivi.
Origine de cette jurisprudence.

COMMENTAIRE.

489. L'art. 1995 s'occupe de la question de solidarité passive à l'égard de deux ou plusieurs mandataires constitués par le même acte. Cet article se prononce contre la solidarité, d'accord en cela avec le principe général posé dans l'art. 1202. Il n'admet la solidarité qu'autant qu'elle a été exprimée et stipulée (1).

490. Le jurisconsulte Scævola ne résolvait pas cette question de la même manière : « *Duobus, dit-il, qui mandavit negotiorum administrationem, quesitum est an unusquisque mandati iudicio, in solidum teneatur. Respondi : unumquemque pro solido convenire debere, dummodò ab utroque non amplius debito exigatur* » (2). Il déclare donc que si la même affaire a été confiée à plusieurs procureurs, tous sont tenus *in solidum*. Car, bien qu'il y ait plusieurs débiteurs, il n'y a qu'une seule dette.

Dans son commentaire du liv. 1 des *Rep.* de Scævola, Cujas a exposé à merveille le sens de cette loi ; il fait remarquer (3) que les mandataires sont responsables de la faute les uns des autres, comme dans le cas de commodat fait à plusieurs, de louage

(1) V. par contre l'art. 2002.

Infrà, 685, n°

(2) L. 60, § 2, D., *Mandati*.

(3) Sur cette loi.

fait à plusieurs (1), d'obligation solidairement contractée par plusieurs (2).

491. Ainsi, avant Justinien, on traitait le mandat comme le prêt, en ce qui concerne la solidarité. De même que si une chose avait été empruntée par plusieurs conjointement, on déclarait les emprunteurs solidairement responsables envers le prêteur (3) ; de même, on voulait que si un même agissement avait été confié aux soins de plusieurs personnes, toutes en fussent tenues pour le tout.

492. Remarquons, en outre, que le mandat fait à plusieurs se rapprochait du dépôt d'un corps certain fait à plusieurs, en ce que les dépositaires étaient tenus solidairement de l'obligation de rendre la chose (4) ; mais il en différait en ce que tous les mandataires étaient solidairement tenus de la faute de l'un d'eux ; tandis que dans le dépôt les fautes étaient personnelles, et l'innocent ne payait pas pour le coupable (5) ; Cujas a fait ressortir cette différence (6).

493. Justinien, en abolissant la solidarité de plein droit d'une manière générale, l'abolit-il par cela même dans le mandat ? Les opinions sont par-

(1) L. 5, § 15, D., *Commodati*.

(2) L. *penult.*, D., *De duob. reis*.

(3) Mon com. du *Prêt*, n° 139.

Junge art. 1887.

(4) Mon com. du *Dépôt*, n° 112.

(5) L. 1, § 43, D., *Depositum*.

(6) *Loc. cit.*

tagées : Automne (1) et Favre (2) tiennent l'affirmative, Domat (3) et Pothier (4) la négative, par la raison qu'une gestion qu'on a acceptée pour le total entraîne, par la nature des choses, des engagements solidaires. Quoi qu'il en soit, l'art. 1995 se prononce contre la solidarité. Quand même l'affaire serait unique, quand même les mandataires auraient été constitués par le même acte, leur obligation se divise. Point de solidarité sans stipulation, c'est la règle générale de notre droit civil.

494. En cela, le mandat diffère du commodat, où la solidarité a été maintenue (5).

Il n'est pas impossible de trouver des raisons plausibles de cette différence. Le commodat suppose une jouissance simultanée de l'immeuble prêté et une obligation conjointe de le rendre. Comment diviser cette obligation? Comment ne pas constituer les commodataires solidairement responsables des dommages occasionnés par le fait de l'un d'eux à une chose qu'ils ont simultanément empruntée, et qui leur a été prêtée à tous deux pour leur faire plaisir?

Mais quand le législateur s'est occupé du mandat, d'autres idées se sont présentées à sa pensée.

(1) Sur la loi 60, § 2, D., *Mandati*.

(2) Sur la loi 60, § 2, D., *Mandati*. Il cite aussi la nov. 4, *De fidej.*, c. 1.

(3) Liv. 1, t. 15, § 3, n° 13.

(4) N° 63.

(5) Art. 1887 C. c. Mon com. du Prêt, n° 139.

Il s'est souvenu que les obligations des mandataires prennent leur source dans un service officieux, et il a voulu les resserrer dans leurs bornes naturelles (1). Il a supposé que chaque mandataire n'avait entendu demeurer garant que de ses propres faits (2).

Ainsi, tandis que Pothier et Domat, d'accord avec Scævola, considéraient une gestion comme un tout indivisible, le Code, se plaçant à un autre point de vue, et préoccupé surtout des dommages et intérêts auxquels peut donner lieu l'inexécution du mandat, divise l'obligation. Il considère même les faits de gestion comme personnels à chaque mandataire, et chacun répond de ce qu'il a fait ou de ce qu'il a omis de faire, sans que le mandant puisse s'en prendre à l'autre mandataire, qui n'est pas en faute (3).

495. Lorsque le mandat est conféré à plusieurs, chacun peut faire séparément tous les actes qui se rapportent à l'exécution du mandat (4), à moins que la procuration ne règle d'une manière différente l'exercice des pouvoirs (5).

496. Quelquefois le dépôt se trouve mêlé au

(1) M. Tarrible (Fenet, t. 14, p. 599).

Infra, n° 691.

(2) M. Bertrand de Greuille (Fenet, t. 14, p. 610).

(3) M. Zacchariae, t. 3, p. 129.

M. Duranton, t. 18, n° 254.

(4) Arg. de l'art. 1857 C. c.

Mon com. de la Société, t. 2, n° 701.

M. Delvincourt, t. 3, p. 242, note (12).

(5) Arg. de l'art. 1858.

mandat (1). Peut-on dire alors que les mandataires sont tenus *in solidum* de la restitution de la chose qu'ils ont reçue ensemble?

L'art. 1033, qui règle le mandat des exécuteurs testamentaires, paraît résoudre cette question pour l'affirmative lorsqu'il dit que les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié. Et la décision de cet article 1033 semble, au premier coup d'œil, pouvoir être considérée comme la conséquence du principe de droit que nous avons exposé dans notre commentaire du *Dépôt*, n° 112, d'après la loi romaine.

Cependant cet article ne peut être accepté d'une manière générale. Il ne distingue pas, comme nous l'avons fait au lieu cité, entre les corps certains déposés et les objets matériellement divisibles (2). Il a donc quelque chose d'exceptionnel, et il faut le restreindre à la matière pour laquelle il a été fait. Le législateur a pensé que la volonté des mourants avait besoin de garanties, et qu'il fallait assurer, par une forte responsabilité, la conservation du mobilier de la succession, si facile à faire disparaître.

Ici, il n'en est pas tout-à-fait de même, et l'obligation des mandataires-dépositaires est divisible si la chose est matériellement divisible. Sans doute, toutes les fois que deux ou plusieurs mandataires reçoivent en dépôt des corps certains, chacun d'eux

(1) Mon com. du *Dépôt*, n° 32.

(2) *Id.*, n° 112.

peut être actionné pour les rendre en entier, sauf au demandeur à conclure contre le défendeur pour sa part seulement de dommages et intérêts, en cas de non-représentation. Mais ceci est moins de la solidarité que de l'indivisibilité.

497. Dans les matières de commerce, l'article 1995 n'est pas suivi. On sait que le droit commercial, obéissant aux nécessités du crédit privé, admet la solidarité *ipso jure* dans toutes les affaires où deux commerçants s'obligent conjointement (1).

Je ne veux pas rechercher ici l'origine de cet usage du commerce, dont la puissance a été assez forte pour faire fléchir la loi civile. Quelques jurisconsultes ont cherché à le rattacher au droit romain. M. Frémery a écrit dans ce sens une dissertation intéressante dont MM. Delamarre et Lepoitevin approuvent les conclusions. Mais je ne saurais me rendre à leurs conjectures. Je crois avoir démontré, dans mon commentaire de la *Société* (2), que c'est au contraire au droit romain qu'il faut attribuer les idées de notre droit civil sur la division des obligations. Quelle que soit, au surplus, la valeur de cette réfutation, si on laisse à l'écart le côté général de la difficulté pour se préoccuper exclusivement de la solidarité établie par le droit commercial, dans le cas spécial de mandat, toute controverse devient oiseuse. Il est clair que le droit des prudents (qui déclarait la

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 153.

(2) T. 2, n° 850.

solidarité des mandataires employés à la même affaire), n'ayant été modifié que par Justinien, a dû se prolonger dans l'empire d'Occident, et servir de règle jusqu'à ce que la faveur des livres de Justinien ait opéré un divorce entre le droit civil, plus scrupuleusement soumis aux doctrines scientifiques, et le droit commercial, plus ami de la tradition, de l'usage et de la pratique.

ARTICLE 1996.

Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure.

SOMMAIRE.

498. Transition. De l'intérêt des sommes employées par le mandataire à son usage.
Fondement de l'obligation du mandataire à cet égard.
499. Dans quel cas le mandataire est tenu des intérêts.
Il doit même l'intérêt des intérêts appliqués à son profit.
500. Différence à ce sujet entre le dépositaire et le mandataire. En quoi ils se rapprochent.
501. Le mandataire qui s'est servi de l'argent du mandant avec le consentement de ce dernier en doit-il l'intérêt de plein droit et sans convention? l'art. 1996 lui est-il applicable?
502. Le mandataire qui a retiré, des sommes employées, des profits plus considérables que les intérêts légaux, est-il comptable, outre ces intérêts, des profits et avantages?
Distinction.
1^{re} branche de la distinction.

2^e branche de la distinction. Renvoi aux principes du dépôt.

503. C'est au mandant à prouver l'emploi.

Le commissionnaire de commerce qui a le droit de se servir des espèces métalliques non cachetées est-il présumé de droit s'en être servi? et, dans tous les cas, doit-il les intérêts légaux des sommes à lui envoyées par le commettant sans être cachetées et individualisées, s'il en a tenu d'autres à la disposition du mandant?

504. Cas où le mandataire doit, outre les intérêts légaux, des dommages et intérêts.

505. De l'abus de confiance commis par le mandataire.

506. Des circonstances nécessaires pour caractériser cet abus dans le sens de la loi pénale.

507. Des intérêts du reliquat de compte.

508. De la demeure du mandataire de payer le reliquat. Actes dont elle peut résulter.

509. Suite. Arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821 qui décide que le mandataire peut être censé mis en demeure par ses propres aveux, ses propres promesses et l'ouverture d'un crédit au mandant.

COMMENTAIRE.

498. La règle consacrée par notre article a déjà été touchée ci-dessus (1). Elle est une suite de la fidélité que le mandataire doit au mandant; elle découle de son obligation de faire tourner la chose au profit de ce dernier, et de lui rendre compte de tout ce qu'il a retiré de cette chose. *Bonæ fidei non congruit*, dit Ulpien, *ne de alieno lucrum sentiat* (2). De là il tire tout de suite cette conséquence qui est la nôtre :

(1) N^o 418.

(2) L. 10, § 3, D., *Mandati*.

solidarité des mandataires employés à la même affaire), n'ayant été modifié que par Justinien, a dû se prolonger dans l'empire d'Occident, et servir de règle jusqu'à ce que la faveur des livres de Justinien ait opéré un divorce entre le droit civil, plus scrupuleusement soumis aux doctrines scientifiques, et le droit commercial, plus ami de la tradition, de l'usage et de la pratique.

ARTICLE 1996.

Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour où il est mis en demeure.

SOMMAIRE.

498. Transition. De l'intérêt des sommes employées par le mandataire à son usage.
Fondement de l'obligation du mandataire à cet égard.
499. Dans quel cas le mandataire est tenu des intérêts.
Il doit même l'intérêt des intérêts appliqués à son profit.
500. Différence à ce sujet entre le dépositaire et le mandataire. En quoi ils se rapprochent.
501. Le mandataire qui s'est servi de l'argent du mandant avec le consentement de ce dernier en doit-il l'intérêt de plein droit et sans convention? l'art. 1996 lui est-il applicable?
502. Le mandataire qui a retiré, des sommes employées, des profits plus considérables que les intérêts légaux, est-il comptable, outre ces intérêts, des profits et avantages?
Distinction.
1^{re} branche de la distinction.

2^e branche de la distinction. Renvoi aux principes du dépôt.

503. C'est au mandant à prouver l'emploi.

Le commissionnaire de commerce qui a le droit de se servir des espèces métalliques non cachetées est-il présumé de droit s'en être servi? et, dans tous les cas, doit-il les intérêts légaux des sommes à lui envoyées par le commettant sans être cachetées et individualisées, s'il en a tenu d'autres à la disposition du mandant?

504. Cas où le mandataire doit, outre les intérêts légaux, des dommages et intérêts.

505. De l'abus de confiance commis par le mandataire.

506. Des circonstances nécessaires pour caractériser cet abus dans le sens de la loi pénale.

507. Des intérêts du reliquat de compte.

508. De la demeure du mandataire de payer le reliquat. Actes dont elle peut résulter.

509. Suite. Arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821 qui décide que le mandataire peut être censé mis en demeure par ses propres aveux, ses propres promesses et l'ouverture d'un crédit au mandant.

COMMENTAIRE.

498. La règle consacrée par notre article a déjà été touchée ci-dessus (1). Elle est une suite de la fidélité que le mandataire doit au mandant; elle découle de son obligation de faire tourner la chose au profit de ce dernier, et de lui rendre compte de tout ce qu'il a retiré de cette chose. *Bonæ fidei non congruit*, dit Ulpien, *ne de alieno lucrum sentiat* (2). De là il tire tout de suite cette conséquence qui est la nôtre :

(1) N^o 418.

(2) L. 10, § 3, D., *Mandati*.

« Quòd si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos con-
 » verterit in usuras convenietur, quæ legitimo modo in
 » regionibus frequentantur. »

499. Le mandataire est tenu des intérêts des sommes qu'il a appliquées à son profit, soit qu'elles aient été mises dans ses mains pour y fructifier par des prêts à des tiers, soit qu'il ne les ait reçues que pour les tenir à la disposition du mandant. De même, lorsque le mandant les a déposées auprès de lui pour qu'elles y restassent oisives, si lui, mandataire, les a mises en action pour son propre intérêt, il doit compte des fruits légaux (1).

Suivant Papinien, la même responsabilité s'applique, soit que les fonds employés aux affaires du mandataire soient des capitaux, soit qu'ils ne soient que des intérêts versés par des tiers (2). En cela, Papinien ne donne pas à l'anatocisme une extension rigoureuse. Ces intérêts étaient pour le mandataire un capital; il en devait compte; il n'a pu les appliquer à ses besoins sans s'obliger par cela même à en payer les intérêts.

500. On voit, du reste, que l'obligation de faire compte des intérêts des sommes employées par le mandataire à ses besoins ne tient pas tout-à-fait aux mêmes causes que l'obligation pareille imposée au dépositaire qui use dans son intérêt des sommes déposées (3). Chez le dépositaire la chose doit rester nécessairement inactive, inviolable,

(1) Arg. de la loi 40, § 3, D., *Mandati*.

(2) L. 40, § 3, D., *Mandati*, où Ulpien le cite.

(3) Mon com. du *Dépôt*, n° 404.

sacrée; c'est un abus de confiance, c'est un délit de s'en servir.

Dans le mandat, au contraire, le mandataire n'est pas toujours retenu par une obligation aussi étroite de ne pas toucher à la chose; il peut même être autorisé à en disposer pour la faire fructifier, et alors quand il en tire pour le mandant une source de profits, il est louable comme le serviteur fidèle de la parabole des talents.

Seulement il est comptable de son activité; et il est entendu qu'il ne cesse pas de l'être parce qu'il a mis son intérêt à la place de celui du mandant.

Tout ce qu'on peut dire pour rapprocher, sous le rapport de la faute, le mandataire du dépositaire, c'est que le mandataire qui applique à son usage les sommes par lui reçues le fait souvent mystérieusement et en cachette; qu'on peut supposer qu'il cherche son avantage plutôt que celui du mandant; qu'il était mieux qu'il restât dans son rôle de procureur, d'intermédiaire, en s'abstenant de tout lucre personnel; qu'il est par conséquent fautif pour avoir cédé à des sentiments égoïstes et mis son intérêt en présence de celui du mandant. « *Integram et abstinentem ab omni lucro prestare fidem debebat. Licentia, quæ videtur abuti, maximis usuris, vice cujusdam poenæ subjicitur.* » Ces belles paroles sont de Tryphoninus (1).

501. Nous remarquerons du reste avec Cujas (2)

(1) L. 38, D., *De negot. gestis*.

(2) 13, *observat.* 15.

et Favre (1) que quand les jurisconsultes romains parlent de celui qui a employé l'argent d'autrui à ses besoins, ils en parlent toujours en mauvaise part. *Dum ita loquuntur auctores, semper accipiunt in malam partem* (2). Ils supposent un abus et un cas de responsabilité.

C'est pourquoi la décision de notre article n'est pas applicable au cas où le mandataire a employé l'argent du mandant à ses besoins, avec l'autorisation de ce dernier. Cette autorisation fait disparaître l'abus; elle met le mandataire à couvert de tout reproche, et l'on ne conçoit pas comment on pourrait trouver quelque part un principe d'action *mandati* contre le mandataire qui au lieu de sortir de son mandat n'a fait que s'y conformer.

Quelle est donc, dans cette hypothèse, la situation du mandataire à l'égard du mandant? Ce n'est plus celle d'un mandataire; c'est celle d'un emprunteur. Ce n'est pas l'action *mandati* qui existe contre lui; c'est l'action pour prêt, la condition.

Et comme l'argent prêté ne produit intérêt qu'en vertu d'une convention, il s'ensuit que le mandataire, ainsi transformé en emprunteur, ne devra des intérêts qu'autant qu'il y aura à cet égard une stipulation expresse, ou du moins un pacte tacite, mais certain.

Cette décision s'autorise d'un texte du jurisconsulte Ulpien (3). Un mandant avait donné l'ordre à

(1) *Ration.* sur la loi 10, § 3, D., *Mandati*.

(2) Cujas, *loc. cit.*

(3) L. 10, § 4, D., *Mandati*.

son procureur de retirer des fonds de chez ses agents et de les garder auprès de lui à titre de prêt. Question de savoir si ce mandataire devra des intérêts, et par quelle action il devra être poursuivi. Papinien consulté répondit (Ulpien nous a conservé sa décision) qu'il ne fallait pas songer à l'action de mandat: *mandati eum non acturum*; que l'action de prêt était seule admissible: *de mutuâ pecuniâ eum habet obligatum*; que, par conséquent, les principes du mandat n'étaient d'aucun secours pour réclamer des intérêts: *et ideò usuras eum petere non posse quasi ex causâ mandati*; qu'enfin les intérêts n'étaient dus qu'autant qu'ils avaient été convenus: *si in stipulationem deductæ non sunt*.

Et puisque ces intérêts sont des intérêts conventionnels, il s'ensuit qu'ils sont prescriptibles comme tous les intérêts de cette nature, c'est-à-dire par cinq ans.

502. L'art. 1996 règle par les intérêts légaux l'indemnité que le mandataire doit au mandant pour avoir employé à son usage des sommes appartenant à ce dernier.

Mais s'il a retiré de l'emploi de ces sommes de plus grands profits, sera-t-il comptable, outre les intérêts, de ces profits et avantages? Nous avons examiné d'ailleurs, à propos du dépositaire, une question analogue (1), et nous nous sommes prononcés avec Dumoulin pour la négative.

Doit-il en être autrement en cas de mandat? Il faut distinguer. Quand le mandat consiste à faire

(1) *Dépôt*, n° 105.

valoir la somme reçue, le mandataire est tenu de la négocier pour le mandant; tous les emplois quelconques qu'il en fait sont censés faits pour le compte du mandant. *Tenetur negotiari*, dit Dumoulin (1); il doit donc reporter sur le mandant tous les avantages de l'opération.

Mais quand le mandat n'oblige pas le mandataire à donner une destination précise à la somme, et que même le mandataire est tenu de la conserver dans ses coffres à la disposition du mandant, alors la solution ne doit pas être la même.

Et en voici la raison :

Sans aucun doute, le mandataire doit faire compte de tous les profits qu'il a retirés de la chose quand il a agi comme mandataire et *nomine principalis* (2). Tout ce qui a été fait pour le mandant doit entrer dans les mains du mandant. Mais nous supposons ici que le mandataire n'a pas agi *nomine procuratorio* et qu'il a agi dans son propre intérêt. Quelle est alors sa position? C'est celle d'un emprunteur. Il a fait un emprunt forcé au mandant; il en doit les intérêts. Mais les intérêts payés il est quitte; il n'est pas redevable des avantages extrinsèques qu'il s'est procurés, *nomine proprio*, par son industrie.

• Ainsi, par exemple, Pierre, mandataire de François, reçoit 10,000 fr. des débiteurs de ce dernier, et il en achète en son propre nom des actions d'une

(1) *De usuris*, n° 628.

(2) Bruneman sur la loi 46, D., *De procurat.*, n° 6.

compagnie de chemin de fer, qui augmentent d'un tiers en peu de temps. François aura-t-il le droit de se faire donner ces actions? Nullement (1). Ces actions ont été achetées par Pierre, en son propre nom, pour son propre compte. Il n'avait pas ordre de faire cet achat pour son mandant. Il n'avait donc pas de mandat à cet égard; il a donc agi pour lui-même; il ne doit donc que les intérêts de la somme dont il a disposé.

En un mot, ce mandataire, bien différent de celui dont nous avons examiné la position dans la première branche de notre distinction, ne devait pas faire valoir la chose, il devait seulement la garder; il est donc, tout au plus, comparable à un dépositaire; or, le dépositaire ne serait pas tenu de rendre compte des bénéfices extrinsèques. Le mandataire ne doit pas être tenu davantage.

503. C'est au mandant à prouver en général que le mandataire a employé les sommes à son profit (2). Il ne lui suffit pas de dire que les sommes reçues par son commissionnaire sont entrées dans les coffres et par conséquent dans le négoce de ce dernier; que dans le commerce les fonds ne restent jamais oisifs; etc. Il faut encore qu'il prouve que le commissionnaire ne les a pas tenues à sa disposition; sans quoi le commissionnaire sera présumé

(1) Arg. de la loi 6, C., *De rei vindicat.* (Gordien.)

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 463.

Rennes, 16 janvier 1816.

Dal., 7, 4, 716.

avoir suivi les règles de bonne foi que nul n'est censé violer facilement.

On peut cependant présenter une objection ; elle se tire de ce que nous avons dit au n° 438 ci-dessus, savoir : que le commissionnaire qui a reçu des espèces par suite de son mandat peut s'en servir toutes les fois qu'elles ne sont pas renfermées dans des sacs cachetés ; que cet état de choses place le mandataire dans la catégorie des dépositaires irréguliers, lesquels ont le droit de se servir de la chose déposée. Or, s'il a le droit de s'en servir, comment croire qu'il ne s'en est pas servi effectivement pour les besoins de son commerce et pour activer des opérations qui n'échappent à la langueur que par l'emploi des capitaux ? Et s'il s'en est servi, comment le soustraire à l'art. 1996 ? comment imaginer que lui, dépositaire - détenteur d'espèces métalliques, lui qui les a employées pour son avantage, il ne devra pas à son commettant les intérêts de plein droit ?

Mais deux raisons s'opposent à cette conclusion rigoureuse.

La première, c'est que de cela qu'il a la faculté de s'en servir il ne s'ensuit pas qu'il s'en soit servi réellement. Or, notre article ne met les intérêts de plein droit à la charge du mandataire que lorsqu'il a effectivement employé la chose à ses besoins.

La seconde, c'est qu'en supposant qu'il se soit servi des écus déposés plutôt que d'autres qu'il avait dans sa caisse, il ne serait pas exact de décider pour cela qu'il se trouve dans le cas de notre article. A-t-il toujours été, oui ou non, en mesure

de rendre les fonds aussitôt qu'il en serait requis ? S'il a été en mesure de les rendre, c'est que ces fonds ont été constamment tenus à la disposition du commettant ; et dès lors on ne peut pas dire qu'il les a appliqués à son profit. Il s'est servi, à la vérité, des écus du commettant ; mais, pendant ce temps-là, il y en avait d'autres dans sa caisse qui tenaient leur place et qui n'attendaient qu'une demande. Ce n'est donc pas le cas de notre article (1).

504. J'ai dit que le mandataire était quitte en payant les intérêts, et c'est, en effet, la règle qui domine en général ; elle est conforme à l'art. 1153 du C. c. Mais ceci ne doit pas s'appliquer au cas où, par le fait de l'emploi de la somme d'argent à son profit, il a causé au mandant un dommage que celui-ci serait personnellement tenu de réparer. Ainsi, je vous donne 10,000 fr. pour les porter à Jacques, à qui je les dois, le 25 juin 1843. Vous, au lieu de les porter à leur destination, vous les employez à votre profit. Évidemment vous me devez les intérêts, plus les dommages et intérêts que je suis obligé de payer à Jacques par le fait d'un retard qui vient de vous (2). Ici apparaissent deux causes de réparation : 1° violation du mandat pour n'avoir pas payé à Jacques ; 2° violation du mandat pour avoir appliqué les fonds à une destination égoïste.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 224, p. 416.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 246.

M. Zacchariaë, t. 3, p. 128.

505. Dans ce dernier cas, comme dans tous ceux où le mandat est spécial, le mandataire qui détourne la chose de la fin prévue, pour l'appliquer à ses besoins, commet un abus de confiance dont les lois pénales assurent la répression (1).

L'art. 593 du Code de commerce déclare même banqueroutier frauduleux tout commerçant failli qui, ayant été chargé d'un mandat spécial, a, au préjudice du mandant, appliqué à son profit les valeurs ou fonds sur lesquels portait le mandat.

506. Mais, faisons-y attention; la rigueur de ces dispositions ne doit être mise à exécution que lorsque l'emploi est un détournement de l'usage précis et spécial prescrit au mandataire par le mandat. Si, au contraire, cet usage n'était pas en opposition manifeste avec le mandat, il faudrait rester dans la peine civile des intérêts légaux. Par exemple, vous chargez Grandin, votre banquier, de recouvrer 10,000 fr. et le priez de les faire valoir par prêts ou autrement jusqu'au retrait. Évidemment ce banquier n'aura pas commis d'abus de confiance s'il se sert de cette somme dans ses propres affaires. Nulle loi pénale ne lui est applicable, car il n'a pas détourné la chose de sa destination.

507. L'article 1996 a une seconde disposition: il veut que le mandataire, qui est reliquataire, soit tenu des intérêts du reliquat à partir du jour où il est mis en demeure (2).

(1) Art. 408 C. p.

(2) Ulp., l. 10, § 3, D., Mandat:

« Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex morâ itaque usuras mihi pendet. »

508. La demeure résulte soit d'une sommation, soit de tout autre acte équivalent (art. 1139 C. c.).

509. Il a même été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821, au rapport de mon honorable et savant ami M. Lasagni, que, sans qu'il y eût aucun acte judiciaire, la mise en demeure pouvait suffisamment résulter de la correspondance, lorsqu'elle attestait que le mandataire avait reconnu et avoué la dette, qu'il avait promis de la payer sans aucune autre interpellation, qu'il avait ouvert un crédit au mandant (1).

ARTICLE 1997.

Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.

SOMMAIRE.

510. Résumé de l'art. 1997. Il règle les rapports du mandataire avec les tiers. Son importance est très grande.
511. A Rome, le mandataire n'était pas un simple intermédiaire, *nudus minister*. Il s'obligeait envers les tiers. Il n'obligeait pas le mandant envers eux.
512. Les instituteurs seuls, dans l'origine, obligeaient leurs préposés à l'égard des tiers.

(1) Dalloz, *Mandat*, p. 969.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 464.

505. Dans ce dernier cas, comme dans tous ceux où le mandat est spécial, le mandataire qui détourne la chose de la fin prévue, pour l'appliquer à ses besoins, commet un abus de confiance dont les lois pénales assurent la répression (1).

L'art. 593 du Code de commerce déclare même banqueroutier frauduleux tout commerçant failli qui, ayant été chargé d'un mandat spécial, a, au préjudice du mandant, appliqué à son profit les valeurs ou fonds sur lesquels portait le mandat.

506. Mais, faisons-y attention; la rigueur de ces dispositions ne doit être mise à exécution que lorsque l'emploi est un détournement de l'usage précis et spécial prescrit au mandataire par le mandat. Si, au contraire, cet usage n'était pas en opposition manifeste avec le mandat, il faudrait rester dans la peine civile des intérêts légaux. Par exemple, vous chargez Grandin, votre banquier, de recouvrer 10,000 fr. et le priez de les faire valoir par prêts ou autrement jusqu'au retrait. Évidemment ce banquier n'aura pas commis d'abus de confiance s'il se sert de cette somme dans ses propres affaires. Nulle loi pénale ne lui est applicable, car il n'a pas détourné la chose de sa destination.

507. L'article 1996 a une seconde disposition: il veut que le mandataire, qui est reliquataire, soit tenu des intérêts du reliquat à partir du jour où il est mis en demeure (2).

(1) Art. 408 C. p.

(2) Ulp., l. 10, § 3, D., Mandat:

« Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex morâ itaque usuras mihi pendet. »

508. La demeure résulte soit d'une sommation, soit de tout autre acte équivalent (art. 1139 C. c.).

509. Il a même été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1821, au rapport de mon honorable et savant ami M. Lasagni, que, sans qu'il y eût aucun acte judiciaire, la mise en demeure pouvait suffisamment résulter de la correspondance, lorsqu'elle attestait que le mandataire avait reconnu et avoué la dette, qu'il avait promis de la payer sans aucune autre interpellation, qu'il avait ouvert un crédit au mandant (1).

ARTICLE 1997.

Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis.

SOMMAIRE.

510. Résumé de l'art. 1997. Il règle les rapports du mandataire avec les tiers. Son importance est très grande.
511. A Rome, le mandataire n'était pas un simple intermédiaire, *nudus minister*. Il s'obligeait envers les tiers. Il n'obligeait pas le mandant envers eux.
512. Les instituteurs seuls, dans l'origine, obligeaient leurs préposés à l'égard des tiers.

(1) Dalloz, *Mandat*, p. 969.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 464.

De même, le capitaine de navire, à l'imitation de l'instituteur, obligeait l'armateur à l'égard des tiers auprès desquels il l'avait représenté.

513. Mais si les tiers avaient action contre le préposant, le préposant n'avait pas action contre les tiers.

Modification de cette jurisprudence. Commencement et développement de l'action du mandant contre les tiers.

514. Suite.

515. Ces développements s'étendent des instituteurs et capitaines aux autres cas de mandat.

516. Le droit moderne a fixé, systématisé et élargi ces idées. Il tient que le mandataire est un *nudus minister* quand il a donné connaissance de ses pouvoirs. De la règle : *Qui mandat ipse fecisse videtur*.

517. Les tiers qui traitent avec un procureur ont intérêt à se faire représenter la procuration. Il y a cependant quelques cas où ils peuvent s'en passer. Mais, en général, la prudence fait un devoir d'en exiger l'exhibition.

518. Les tiers peuvent-ils exiger du mandataire la preuve de l'identité de sa personne ?

519. Mais le mandataire n'est *nudus minister* qu'autant qu'il a révélé sa qualité.

Il en est autrement s'il contracte *nomine proprio*. Il devient alors obligé direct.

520. Les procureurs qui contractent en leur nom sont fréquents en droit commercial et même en droit civil.

Utilité, dans beaucoup de cas, de taire le nom du mandant.

521. C'est une erreur de penser que les mandataires agissant *nomine proprio* sont particuliers au commerce.

522. Lorsque le mandat a été caché, le mandant n'a pas action contre les tiers ; les tiers n'ont pas d'action contre le mandant.

523. Seulement le mandant peut exercer contre les tiers l'action de son mandataire.

524. Mais cela n'est possible qu'à la condition qu'il existe une action.

525. Et il n'en existe pas lorsque le tiers a compensé avec le commissionnaire.

526. Ceci est vrai non-seulement dans les affaires commerciales, mais encore dans les affaires civiles.

527. Ainsi, en résumé, les rapports du mandant avec les tiers sont changés, du tout au tout, suivant que le mandat a été exécuté *nomine proprio* ou *nomine procuratorio*.

528. Le mandataire est-il maître de taire ou révéler le nom du mandant ?

Quid en droit civil ?

529. *Quid* s'il tait le nom du mandant, quoique son mandat lui recommandât de le nommer ? Droit des tiers qui dans cette situation ont ignoré qu'il était mandataire.

530. En matière commerciale, le commissionnaire doit agir en son propre nom.

531. Raison de cet usage.

Mais, malgré le secret nécessaire aux affaires de commerce, il y a cependant, en matière d'assurance, un moment où le commissionnaire doit révéler le pour compte. Renvoi aux n^{os} 559 et suiv.

532. Du reste, en toute matière, si le commettant veut se révéler, il en est le maître. Effet de cette intervention volontaire.

533. On a prétendu à tort qu'elle fait disparaître le commissionnaire et qu'elle ne laisse plus en présence que le commettant et les tiers.

Le commissionnaire ne s'efface qu'autant que l'opération est faite sous la condition résolutoire d'une personne à nommer.

534. Arrêt remarquable de la Cour de Bordeaux sur cette question.

535. De même que le mandant n'a pas action contre les tiers quand son nom a été tu, de même les tiers n'ont pas d'action contre lui.

536. Mais ceci ne reçoit-il pas exception lorsqu'il est notoire que l'affaire se fait pour le mandant, et que les tiers ont été déterminés par le crédit de ce dernier? Opinion de Pothier.
537. Opinion contraire de MM. Delamarre et Lepoitevin. Arrêts divers et opposés de la Cour de Rennes.
538. Suite.
539. Faut-il appliquer ici la règle « *Personam contrahentium non egrediuntur contractus* ? »
540. Examen de cette question. Explication des autorités invoquées par MM. Delamarre et Lepoitevin. Analogie tirée du cas de société.
541. En fait, il faut toujours voir si les tiers ont suivi le crédit du mandant, et si ce mandant, quoique non nommé, a laissé croire qu'il était l'âme et le soutien des opérations du mandataire. Alors, le mandant est responsable.
542. Sans quoi la fraude pénétrerait dans des rapports qui reposent sur la bonne foi. Exemple.
543. Preuve supplémentaire tirée du droit romain. Institeurs; capitaines de navire.
544. Autorité discrétionnaire des tribunaux pour apprécier les faits, circonstances et documents, alors que se présentent de pareilles questions. Il y a cependant certaines formules adoptées et qui fixent ordinairement, et à moins de circonstances spéciales, le rôle des parties. Examen de ces formules. De la formule: *Vendu à un tel, commissionnaire, d'ordre de ses commettants.*
545. De la formule: *Vendu à un tel, commissionnaire, pour compte de Jacques.* La règle est, dans le commerce, que le commissionnaire pour compte n'oblige que lui-même et que les tiers ne connaissent que lui.
546. Régulièrement, le commissionnaire ne s'efface que lorsqu'il agit sous le nom du commettant.

547. Le commissionnaire qui traite en son nom est seul et personnellement obligé, quand même le commettant serait présent.
548. Du mandataire qui traite pour une personne qu'il se réserve de nommer plus tard. Effets de ce pacte. De la faculté d'élire command.
549. Dans le commerce, il est d'usage de prendre assurance pour une personne qu'on se réserve de nommer. La nomination a un effet rétroactif.
550. Il en est de même quand on achète tel navire pour une personne à nommer dans tel délai. Les principes du droit civil et du droit commercial sont ici d'accord.
551. Différence entre cette formule et celle des n^{os} 546, 547, 548.
552. De la formule alternative *pour soi OU pour un tiers à nommer.*
553. De la formule copulative *pour soi ET pour une personne à nommer.* D'une formule particulière aux assurances et ainsi conçue: « *Pour compte de qui il appartiendra, ou pour compte de qui que ce soit.* »
555. Portée de cette formule dans les diverses phases par lesquelles passe une assurance avant d'arriver au paiement du sinistre. De l'obligation du commissionnaire pour compte de qui il appartiendra au moment de la passation de la police.
556. De quoi il est tenu personnellement, et en quel sens et dans quelle mesure il faut le considérer comme assuré véritable.
557. Est-il responsable du dol du commettant?
558. Quand le sinistre arrive, un nouvel ordre de choses commence pour le commissionnaire.
559. Il est obligé de nommer l'assuré. Raison de cette obligation.

560. Suite.
 561. Suite. Textes du Code de commerce.
 562. Suite.
 563. Effets de la nomination du commettant assuré.
 564. Le commissionnaire n'est pas déchargé pour le passé.
 565. Mais il l'est pour les nouvelles obligations qui naîtront à l'avenir.
 566. Est-il personne capable pour recevoir le montant de l'indemnité?
 567. Différence à cet égard entre le commissionnaire d'assurance et le commissionnaire ordinaire.
 568. Le commissionnaire ne peut toucher l'indemnité qu'autant qu'il reste porteur de la police.
 569. Explication de ce point de droit.
 570. Les assureurs ne peuvent compenser avec le commissionnaire depuis la révélation du pour compte.
 571. L'assuré véritable a seul qualité pour toucher, ou bien celui qu'il a investi de ce droit en le rendant porteur de la police.
 572. La police est payable au porteur.
 573. Suite.
 574. Utilité de ces principes et de ces distinctions.
 Et de la question de savoir si le commissionnaire qui a touché de bonne foi et comme porteur de la police le montant du sinistre peut être personnellement actionné en restitution, s'il vient à être reconnu que le sinistre était supposé, imaginaire et le résultat d'une invention frauduleuse de l'assuré.
 575. 1^{re} espèce jugée à Bordeaux.
 Réflexions du rapporteur à la Cour de cassation.
 576. Suite.
 577. Suite.
 578. Suite.
 579. Suite.
 580. 2^e espèce jugée à Aix.
 Arrêt remarquable de cette Cour.

581. Suite, et observations sur quelques réflexions des arrêtistes sur cet arrêt.
 582. Suite.
 583. Suite.
 584. Suite.
 585. Suite.
 586. Suite.
 587. Suite.
 588. Résumé sur cette matière peu familière aux esprits préoccupés du droit civil.
 589. 2^e disposition de l'art 1997.
 Du cas où le mandataire a excédé les bornes de la procuration, et où les tiers veulent l'en rendre responsable.
 590. Quand il n'a pas donné connaissance de son mandat, il est responsable de ce qu'il a fait au delà de la procuration.
 591. Mais sa responsabilité cesse quand il a fait savoir aux tiers quelles étaient les limites de son pouvoir.
 592. C'est une question de fait que de savoir si la connaissance donnée aux tiers a été suffisante ou insuffisante.

COMMENTAIRE.

510. Le mandataire est un intermédiaire; il est *nudus minister*; les actes qu'il a faits avec les tiers en cette qualité ne réfléchissent pas sur lui; il n'en est pas garant à l'égard de ces tiers. Lors même que le mandataire a excédé les fins de la procuration, s'il est prouvé que les tiers ont eu une suffisante connaissance des termes du mandat, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes d'avoir été plus loin qu'il ne fallait, et le mandataire n'est pas tenu envers eux.

Tel est le résumé de l'art. 1997; il règle les rapports du mandataire avec les tiers. L'importance

en est considérable. Reprenons les choses de plus haut.

511. Chez les Romains, le mandataire ne jouait pas, dans l'origine, le rôle de pur intermédiaire auquel le réduit, en général, notre contrat de mandat. Le mandataire contractait en son nom propre ; il s'engageait personnellement envers les tiers, et les tiers n'avaient aucune action contre le mandant qui n'était pas censé avoir été partie au contrat. Nous avons expliqué ci-dessus l'origine de cet usage (1). D'une part, l'antique formalisme romain n'admettait pas qu'on pût faire par autrui ces traités et ces actes de la vie civile dans lesquels on engageait personnellement sa parole et sa foi ; d'un autre côté, lorsque la force des choses eut contraint à admettre la représentation d'une personne par une autre, on rencontra le principe non moins formaliste que chacun contracte pour soi, et il fallut soumettre le mandataire à un rôle personnel, tandis que le mandant, qui n'avait pas été partie présente au contrat, y demeurait étranger (2).

Seulement, entre le mandant et le mandataire il y avait un lien de droit produit par le mandat, et qui obligeait le second à rendre compte au premier et le premier à indemniser et garantir le second, *suscipere obligationem* (3), *transfere judicium*

(1) Nos 4 et 41.

(2) M. Dacourroy, *Inst. expliq.*, nos 1007 et 1249.
M. Ortolan, t. 2, p. 873.

(3) Paul, 45, D., *Mandati*.

in se (1). Le mandant pouvait même obliger le mandataire à lui céder ses actions contre les tiers (2).

Ces circuits d'action rapprochaient les parties de la vérité ; mais ce n'était pas la vérité même, simple, droite, comme elle doit être dans un système de jurisprudence équitable.

512. Bientôt on commença à y toucher par un point.

Les Romains étaient dans l'usage de mettre à la tête des établissements commerciaux qu'ils exploitaient un esclave, un fils de famille, même une personne libre, chargés de les faire valoir. Ces individus préposés aux affaires d'autrui, et ordinairement connus pour les gérer à titre de représentants (3), étaient appelés *institeurs*. Le préteur, dans le but de favoriser le commerce (4), établit que, puisque leur gestion profitait au maître, celui-ci serait obligé par leurs contrats, qu'il les ratifierait, qu'il en prendrait sur lui la responsabilité (5). Voilà donc le préposant se montrant aux yeux du

(1) L. 45, § 1, 2, 3, D., *Mandati*.

(2) Ulp., l. 43, D., *Mandati*.

Paul, l. 59, D., *Mandati*.

Papinien, l. 95, § 11, D., *De solut.*

Infrà, mon com. du *Caution*, n° 522.

(3) Arg. de la loi 1, D., *De exercit.*

(4) Paul, *sent.* 11, 8, 2.

Ulp., l. 1, D., *De inst. act.*

Favre, *Rationalia*, sur ce texte.

(5) Caius, l. 2, D., *De inst. act.*

Ulp., l. 11, § 2, D., *De inst. act.*

public à travers l'acte de son représentant, et exposé aux coups des tiers, quoiqu'il n'eût pas été matériellement présent au contrat.

Le même droit régnait dans le cas de préposition pour l'exercice d'un navire (1). Les actes faits avec le capitaine réfléchissaient sur l'armateur, et rendaient celui-ci obligé des tiers qui avaient contracté avec son représentant. C'était encore là une innovation du préteur, et la rigidité du pur droit civil pouvait s'en étonner.

513. Il y a plus : en principe, le préposant ne pouvait actionner les tiers pour les contrats que ceux-ci avaient faits avec son préposé. Les tiers, n'ayant pas traité avec lui, ne pouvaient être inquiétés par ses actions ; car, en ceci, le préteur n'avait pas formellement osé s'écarter du principe qu'on ne contracte que pour soi. S'il avait donné aux tiers une action contre le préposant, c'est parce que le fait de sa préposition était, en quelque sorte, un principe d'obligation envers le public. Mais une raison pareille n'existait pas pour attribuer au préposant une action contre les tiers. Le préposant pouvait d'ailleurs se faire céder par son préposé, en vertu de l'action *mandati*, ses actions contre les tiers. Rien donc n'obligeait le préteur à s'écarter dans cette hypothèse de la rigueur civile des principes (2).

Cependant les jurisconsultes avaient entrevu plusieurs cas où cette cession d'actions pouvait n'a-

(1) Ulp., l. 1, § 17 et 24, D., *De exercit. act.*

(2) Ulp., l. 1, D., *De inst. act.*

voir pas lieu par une cause ou par une autre ; plusieurs cas, par conséquent, où le maître était exposé à se trouver en perte. L'équité les avait portés, en conséquence, à décider que lorsque le préposant y était contraint par quelque grande raison de conservation et de salut de son patrimoine, il pût intenter l'action directe contre les tiers (1).

514. Du reste, quand le préposé était une personne en puissance du préposant, il n'y avait pas à entrer dans toutes ces distinctions et dans tous ces scrupules ; l'acte de celui qui était en puissance réfléchissait activement et passivement sur le préposant (2). L'incapacité de ceux qui étaient en puissance d'autrui avait nécessairement conduit du premier coup à ce résultat.

515. Toutes ces innovations étaient dictées par la raison ; elles étaient une concession faite au mouvement des affaires et aux nécessités du commerce.

Mais pourquoi les tenir captives dans les seuls cas d'exercice d'un navire ou d'une boutique ? Pourquoi ne pas les étendre à tous les mandats quelconques ? Les raisons n'étaient-elles pas les mêmes ? On finit par le sentir, et Papinien décida que rien n'empêchait de donner, soit contre le mandant ordinaire, soit au profit de ce même mandant, une action utile,

(1) Cæus, l. 2, D., *De inst. act.*

Favre, *Ration*, sur cette loi.

(2) Ulp., l. 1, D., *De inst. act.*

Suprà, n° 41.

à l'exemple de l'action institoire (1). Sur tous ces points que je résume rapidement pour en montrer la liaison historique, on peut consulter Doneau (2), Gomès (3) et Pacius (4).

Ainsi, en définitive, le droit romain, parvenu à l'époque de ses progrès, avait secoué le joug de la représentation matérielle ; il avait organisé un état de choses à peu près semblable à celui qui domine aujourd'hui chez nous.

516. Dans le droit moderne, ces idées se sont élargies ; elles se sont fixées et systématisées.

Quand le mandataire donne connaissance de sa procuration, et agit au nom d'un mandant désigné, la personne de ce mandataire disparaît en quelque sorte à l'égard de ces tiers. Le droit moderne le tient pour un instrument passif (*nudum organum, nudus minister*, comme disent les docteurs), qui ne contracte envers eux aucun engagement personnel, et qui, image de son mandant, renvoie à ce dernier tout ce que le mandat entraîne de droits, d'obligations, d'actions : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Le mandataire n'a de comptes à régler qu'avec son mandant. Quant aux tiers, il leur est *penitus*

(1) L. 19, D., *De inst. act.*

Junge Ulp., l. 13, § 25, D., *De act. empt.*, et l. 10, § 5, D., *Mandati*.

Suprà, n° 41, note ; je renvoie à Cujas.

Junge Doneau, lib. 12, c. 17, n° 22.

(2) Lib. 12, c. 17, n° 22.

(3) 2, résolut. 11, n° 18.

(4) 2, 9, 35.

extraneus. Ceux-ci ont su, par le seul énoncé de la qualité de mandataire, que toute l'affaire réfléchissait sur le mandant et que c'est avec lui seul qu'ils traitaient en réalité.

517. Seulement, comme le mandataire ne représente le mandant que dans la mesure de la procuration, la prudence veut que les tiers se fassent représenter cette procuration pour en connaître les termes et la limite (1). Ils s'exposeraient à de fâcheuses déceptions s'ils ajoutaient foi, avec une confiance trop facile et voisine de la crédulité, à l'existence d'un mandat supposé peut-être, ou perverti par le mandataire infidèle. Ils pourraient voir le mandant désavouer ce qui a été fait, et exercer contre eux des actions révocatoires (2). Ce n'est pas qu'il n'y ait quelques cas où cette précaution est inutile (3). Avec un procureur général bien connu pour tel, et lorsqu'il ne s'agit que de quelques actes d'administration rapides, on n'a pas toujours le temps de requérir l'exhibition de ses pouvoirs, et la prudence n'en fait pas une loi. Mais, en général, il en est autrement. On doit s'assurer de la qualité de celui avec lequel on traite.

518. On a même demandé si les tiers ne seraient pas fondés à exiger du mandataire qui est porteur de la procuration la preuve de l'identité de sa per-

(1) Arg. de la loi 13, D., *Depositum*.

(2) L. 5, § 1, D., *Mandati*, et Favre sur ce texte.

Infrà, n° 771.

(3) *Infrà*, n° 771.

sonne (1). Mais Scaccia décide très bien que cette prétention serait insolite et inouïe. La possession de la procuration suffit au mandataire pour se faire accepter comme personne légitime.

519. Cette règle, qui fait du mandataire un *nudus minister*, n'a lieu que lorsque le mandataire a révélé sa qualité et déclaré agir au nom du mandant. Que si, au lieu de se faire connaître aux tiers comme mandataire, il contracte, il agit en son propre nom, alors naît un autre ordre de rapports (2). Le mandataire entre dans l'obligation, il est personnellement lié envers les tiers auxquels il a offert son nom, son crédit, sa responsabilité; il est pour eux l'obligé direct, le véritable obligé (3). Ce n'est pas qu'il cesse pour cela d'être mandataire, ainsi que M. Locré l'a dit fort inconsiderément (4). Entre son mandant et lui, il n'a pas d'autre rôle que celui qu'il tient de la procuration: *Respectu ad mandantem retinet semper figuram mandatarii* (5). Les actions *mandati directa et contraria* produisent tous leurs ef-

(1) Scaccia, § 2, glos. 5, n° 345.

(2) *Suprà*, n° 8.

(3) Casaregis, *disc.* 5, n° 57.

Disc. 76, n° 2.

Disc. 56, n°s 12, 13.

(4) *Esprit du C. de c.*, t. 1, p. 336.

MM. Delamarre et Lepoitevin l'ont si solidement réfuté que je ne puis que renvoyer à leur ouvrage, t. 2, n° 257.

(5) Casaregis, *loc. cit.*, et *disc.* 56, n°s 12 et 13.

fets. Mais, à l'égard des tiers, le mandant s'efface; le mandataire est seul connu (1).

520. Ces mandataires agissant en leur propre nom sont fréquents, très fréquents, surtout dans le commerce (2). On vient de voir qu'en droit romain c'était une pratique dominante (3). Elle a lieu aussi dans les usages modernes de notre droit civil (4), et elle y donne un solennel démenti à la définition du mandat si incomplètement formulée par l'art. 1984 (5). Le contrat de command en présente la preuve. Dans le droit commercial, elle est un moyen d'opérer qui a de très grands avantages et une autorité journalière; tellement que l'art. 91 du C. de c. la consacre en termes exprès, et semble même la considérer comme de droit dans la commission.

On conçoit, en effet, qu'il y a une foule de combinaisons de nature à exiger que le mandant reste caché pour les tiers. Dans le commerce, il y en a des exemples quotidiens (6), et ces exemples sont le résultat d'un intérêt puissant. Le commettant a très souvent un grand avantage à ce qu'on ne sache

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 255.

Casaregis, *disc.* 5, n° 35.

(2) *Infrà*, n° 531, où je reviens sur les raisons de cet usage.

(3) *Suprà*, n°s 4, 8, 41, 511.

(4) Pothier, *Mandat*, n° 88.

(5) *Suprà*, n° 8.

(6) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n°s 23, 24.

Infrà, n° 531.

pas sur telle place qu'il se livre à telle ou telle opération. Spéculateur habile et prévoyant, il peut lui importer de ne pas provoquer les imitateurs et les concurrents que sa réputation d'homme heureux, intelligent, capable, ne manquerait pas de mettre en éveil. En temps de guerre, aussi, le secret est quelquefois non-seulement un acte de prudence, mais encore de nécessité. Dans tous les cas, il peut être utile aux tiers qui traitent sur une place de commerce de n'avoir affaire qu'à un commissionnaire qu'ils connaissent et qui leur offre des garanties, plutôt qu'à un étranger dont il ne leur est pas facile de discuter la solvabilité. Il faut rendre grâce à l'ingénieuse fécondité de la jurisprudence qui a des expédients pour toutes les situations.

521. A prendre à la lettre les articles 91 et 92 du C. de com., il semblerait à un esprit superficiel que cette situation d'un mandataire agissant en son propre nom est particulière au contrat de commission, tandis que celle du mandataire agissant au nom du mandant est propre au droit civil. Mais il n'y aurait pas de plus grande erreur, et je suis étonné que M. Vincens s'y soit laissé tromper (1). Notre article prouve, par un argument à *contrario* invincible, que le C. c. reconnaît et admet des mandataires qui ne donnent pas connaissance de leur

(1) T. 2, p. 113.

MM. Delamarre et Lepoitevin l'ont réfuté à merveille, t. 2, n° 261;

mandat, tels que le commissionnaire de l'art. 91 du C. de c. Et puis, lors même que le C. c. serait muet sur cette position, il est évident qu'il n'y a dans le titre du mandat rien qui affaiblisse la légitimité de ce mode d'action, si précieux dans l'un et l'autre droit.

522. Le mandataire agissant en son propre nom s'oblige directement, avons-nous dit.

A cette proposition viennent se joindre deux règles que je trouve constatées par les monuments les plus importants de la jurisprudence.

Savoir : que le silence gardé sur l'existence du mandat, fait 1° que le mandant n'a pas d'action contre les tiers ; 2° que les tiers n'ont pas d'action contre le mandant.

1° *Quando mandatarius*, dit Casaregis, *simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeo in eo radicatur contractus, ut mandanti amplius contra tertium nulla competere possit actio* (1). Et plus bas il ajoute ces paroles remarquables : *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea*. Ainsi, point d'action contre les tiers de la part du mandant.

2° *Tampoco*, dit le Code espagnol, *adquieren accion alguna contra el comitente los que trataren con su comissionista por las obligaciones que este contrajo* (2).

(1) *Disc.* 76, n° 2 ; d'après la rote de Gènes, 10, nos 13 et 137, n° 2. *Surdus*, com. 49, n° 40.

(2) Art. 119. *Junge* C. portugais, art. 42, 43.

Emerigon, t. 1, p. 139, sect. 4.

Infrà, n° 548.

Ainsi donc, c'est le commissionnaire qui est le seul et unique obligé. S'il vend, il est censé être le vendeur véritable; s'il achète, il est censé être l'acheteur véritable; s'il s'assure, il est censé être le vrai assuré. Tel est le droit commun. Il semble cependant résulter d'un considérant d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 mai 1841 (1), relatif à un contrat d'assurance, que la concentration de tous les droits et actions dans la personne du commissionnaire *pour compte* est particulière au contrat d'assurance. C'est une erreur grave. Cette concentration est encore plus intense dans les autres contrats que dans le contrat d'assurance (2). Je répète, au surplus, que c'est le droit commun.

523. Sur le premier point, nous ferons remarquer tout de suite que si le mandant est sans action directe contre les tiers avec lesquels il n'a pas nommément contracté, cependant il peut obliger son mandataire à lui céder ses actions (3).

Ainsi, Pierre, mon commissionnaire, a une action contre Jacques pour un achat de toiles peintes qu'il a fait pour mon compte auprès de ce dernier. J'aurai le droit d'exercer cette action au nom de

(1) Ch. civile.

Dev., 44, 1, 386.

Dal., 44, 1, 238, 239.

(2) *Infrà*, n° 559.

(3) Casaregis, *disc.* 5, n° 27, 28, 29.

— *Disc.* 76, n° 3.

Decis. rot. gen. 137, n° 2.

Art. 1166 C. c.

Pierre contre Jacques (1); mais je ne le pourrai qu'en son nom, et, comme dit Casaregis, *indutus loricâ personæ et jurium commissionarii* (2).

524. Pour cela, il faut que ces actions existent; car si elles avaient été éteintes par paiement, compensation ou autrement, le mandant serait repoussé par une exception invincible (3).

525. C'est pourquoi si Pierre, commissionnaire, se trouvant débiteur d'un tiers, de François par exemple, lui vend des marchandises consignées à lui Pierre par Jacques, pour être vendues, François et Pierre pourront compenser le prix avec ce que Pierre doit personnellement, quoiqu'en réalité ce prix soit dû à Jacques, propriétaire des marchandises vendues.

Vainement dira-t-on qu'il ne peut être opposé de compensation lorsque l'une des deux créances concerne une personne autre que celles entre lesquelles s'opère la compensation (4). Ce principe incontestable et incontesté ne pourrait être appliqué dans l'espèce qu'autant que Pierre, commissionnaire, aurait agi au nom du propriétaire des marchandises (5). Mais il n'en a pas été ainsi; l'opération s'est faite en laissant à l'écart le nom de

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 271.

(2) *Disc.* 5, n° 63.

(3) Casaregis, *disc.* 76, n° 3.

(4) Pothier, *Oblig.*, n° 594.

Casaregis, *disc.* 135, n° 4.

(5) Casaregis, *disc.* 135, n° 3.

Et aussi *disc.* 56, n° 24.

Jacques. Jacques s'est confié à Pierre; François a également suivi la foi de cet individu, qu'il a eu juste raison de croire maître d'agir en son propre nom, et même propriétaire du prix (1). Une telle compensation est l'acte du monde le plus régulier.

526. Et il ne faudrait pas croire, avec MM. Delamarre et Lepoitevin, que cette décision est propre aux matières de commerce, et qu'en droit civil elle n'est pas admissible (2). Rien de plus légitime, au contraire, dans les rapports civils, qu'une telle compensation; rien de plus fréquent que cette manière d'éliminer le mandant resté inconnu, pour concentrer les effets de l'opération entre le mandataire et le tiers avec lequel il a traité.

Par exemple, François, se trouvant gêné dans ses affaires, remet à Jacques son ami un vase d'argent ciselé pour le vendre à un bon prix, mais avec recommandation de ne pas faire connaître son nom, ne voulant pas qu'on sache qu'il est contraint d'avoir recours à cet expédient désespéré. Jacques, qui est amateur de ces curiosités et qui s'y connaît, s'adresse à Isaac, aussi amateur, et lui vend le vase, en son nom, pour 3,000 fr. Il se trouve que Isaac est débiteur de 1,000 fr. envers Jacques. Est-ce que la compensation ne se fera pas entre Isaac et Jacques tout aussi bien qu'elle se ferait en matière de commerce? Et comment serait-il possible qu'elle

(1) Casaregis, *disc.* 56, n° 24.

— *Disc.* 5, n° 57.

(2) T. 2, n° 274.

ne se fit pas? Pour l'empêcher, il faudrait donc que Jacques fit connaître qu'il n'est pas propriétaire du vase, lequel appartient à François; qu'il déclarât qu'il n'agit qu'en vertu d'une procuration (et l'on pourrait l'obliger à la montrer); que par conséquent il révélât le fait même sur lequel le secret lui a été demandé par son ami!! Il est évident que le mandant, en donnant l'ordre de taire son nom, a investi son mandataire du droit de se faire passer pour propriétaire de la chose. Il doit par conséquent subir les conséquences de ce fait.

527. On aperçoit par-là qu'il n'est pas indifférent que le mandat soit exécuté au nom du mandataire ou sous le nom du mandant. Les rapports du mandant avec les tiers se trouvent changés du tout au tout, suivant l'un ou l'autre mode d'opérer.

De là la question de savoir si le mandataire est maître de taire ou de révéler le nom du mandant et de modifier ainsi par son fait les droits de celui-ci.

528. En matière civile, le plus sûr est de suivre la procuration, de ne taire le nom du mandant qu'autant que la procuration exige ou du moins autorise cette réticence. En règle générale, le mandataire doit révéler sa qualité et faire connaître le nom du mandant. Si la réticence a occasionné quelque dommage au mandant, le mandataire en est tenu. ®

529. Mais le tiers avec lequel le mandataire a traité, dans la juste ignorance du mandat, ne pourra être inquiété pour des faits accomplis. C'est tant pis pour le mandant s'il a investi de sa

confiance une personne qui n'en était pas digne. Les tiers ne doivent pas souffrir de cette imprudence (1).

J'envoie à Jacques un vase d'argent pour qu'il le vende en mon nom à un marchand de bric-à-brac. Jacques le vend sous son nom à Isaac, qui est son créancier, et compense. Bien que je révèle plus tard mon nom à Isaac, je ne puis empêcher les effets de cette compensation, qui s'est opérée *ipso jure* et qui est consommée et acquise.

Du reste, Isaac est bien et dûment propriétaire. Quoiqu'il ait acquis de Jacques, qui n'avait pouvoir que de vendre en mon nom et non au sien, il n'en est pas moins investi par la vente d'un droit de propriété. En fait de *meubles la possession vaut titre* (2). Je ne pourrais l'évincer qu'en prouvant qu'il était de mauvaise foi (3).

530. Quant aux matières commerciales, l'usage a fixé le rôle du commissionnaire. Celui-ci doit agir en son propre nom; il ne doit pas faire connaître le nom de son commettant (4). *Mercatores non solent*, dit Casaregis (5), *tàm propria quàm aliena negotia proपालare; sed ea, secretò suoque proprio nomine, agere, nusquàm exprimendo nomen committentis vel sui corresponsalis, cui fortè quoque expedit ob motiva*

(1) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1070.

(2) *Id.*

(3) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1061.

(4) Straccha, *Mandati*, n° 47.

Ansaldus, *disc.*, 30, n° 32.

(5) *Disc.* 76, n° 5.

prudentialia, sub alieno nomine, sua negotia peragere, ut ponderat Ansaldus (1). Cela est si vrai que le projet de Code de com. (art. 55) voulait que le commissionnaire ne pût faire connaître le nom de son commettant qu'autant qu'il en aurait un pouvoir spécial. La rédaction définitive ne contient pas de disposition semblable. Mais l'usage commercial y supplée, et d'ailleurs l'art. 91 du Code de com. fait clairement voir que le rôle normal du commissionnaire est d'agir en son propre nom.

531. La raison de cet usage est évidente. Dans le commerce, le secret est presque toujours l'âme du succès. Tantôt le nom du commettant, révélé sur la place, provoquerait des concurrences ou ferait naître des entraves; tantôt il donnerait lieu à des préventions et empêcherait la consommation de l'affaire; dans les rapports maritimes, il pourrait, en temps de guerre, susciter des visites de navire, des saisies, etc., etc.

D'un autre côté (et ceci n'est pas moins grave), les tiers qui traitent sur une place ont intérêt à n'avoir affaire qu'à un négociant dont ils connaissent le crédit, et non pas à un commettant éloigné, qu'ils ne peuvent discuter. Enfin, il est de leur intérêt, si des procès s'élèvent, de n'avoir pas à aller plaider au loin, et d'avoir pour juges les magistrats

(1) Et il revient là-dessus, *disc.* 56, n° 12, 13 :

« Essendo stile dei mercanti, introdotto per motivi di prudenza, il contrattare senza spiegare la persona per cui fanno il commercio. »

du lieu où le commissionnaire a son domicile (1).

De tout cela il résulte : 1° que le commissionnaire commercial agit, en général, sous son propre nom ;

2° Qu'il est de son devoir et de sa prudence de ne pas révéler le nom du commettant, toutes les fois qu'il en peut résulter quelque inconvénient à son égard.

Cependant, nous verrons tout-à-l'heure que, dans le contrat d'assurance, il y a un moment où le commissionnaire doit nécessairement révéler le nom du commettant (2). C'est une particularité de ce contrat, et une exception au droit commun.

532. Rien n'empêche cependant le commettant lui-même de se montrer s'il le croit nécessaire, et de déclarer aux tiers avec lesquels son mandataire a traité que c'est pour lui que l'affaire a été faite, qu'il entend la prendre pour sienne et en tenir les conditions.

Mais cette révélation volontaire du pour compte ne change en rien les rapports originaires liés entre le commissionnaire et les tiers. Le commissionnaire ne sort pas pour cela du contrat, à moins que les tiers ne veuillent bien y consentir. Il continue à être engagé personnellement ; car il a contracté *pro se*. Ce contrat a été enraciné dans sa personne, et le fait du commettant ne peut altérer cet état de choses. Il suit de là que l'intervention du com-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 264, 265, ont traité ceci avec une grande expérience.

(2) N° 559, 560, *infra*.

mettant ne fait que fortifier le contrat, et joindre la garantie du commettant à celle du commissionnaire. C'est le cas d'appliquer ici la doctrine d'Ansaldus et de Casaregis, dont je cite plus bas les expressions énergiques (1). Elle est fondamentale ; elle est du reste éclatante de raison et d'équité.

533. Dans son estimable recueil, M. Devilleneuve a cependant enseigné que, par suite de cette révélation, le commissionnaire s'efface entièrement, même pour le passé, et qu'il ne laisse plus en présence que les deux parties intéressées à la négociation : le commettant et les tiers (2). Mais c'est là une inadvertance que je signale à son esprit judicieux. Comment est-il possible que le fait d'une personne étrangère au contrat en change les conditions et déplace l'obligation sans la volonté de l'autre partie ? Où serait la justice ? Où serait la fixité des contrats ? Où serait la garantie des tiers ?

M. Devilleneuve a étayé son opinion sur celle de MM. Delamarre et Lepoitevin (3), et sur une doctrine de Casaregis (4), de la rote de Gènes (5) et d'Ansaldus (6), mise en lumière par ces savants auteurs. Mais il n'a pas remarqué que ni MM. De-

(1) N° 553.

Arg. de Pothier, *Mandat*, n° 83.

(2) 44, 2, 494 (note).

(3) T. 2, n° 346.

(4) Casaregis, *disc.* 5, n° 49.

(5) *Décis.* 44, n° 53.

(6) *Décis.* 12, n° 3.

lamarre et Lepoitevin, ni Casaregis, ni la rote, ni Ansaldus n'ont en vue le cas qui nous occupe. Le principe que le commissionnaire s'efface par la révélation du pour compte n'existe que lorsque l'opération a été faite sous la condition résolutoire d'une *personne à nommer* (1); comme, par exemple, en cas de command, ou autre analogue, et usité soit en droit civil, soit dans le commerce. Mais cette hypothèse, dont nous nous occuperons plus tard (2), n'a aucun rapport avec celle dont il s'agit ici, et où le commissionnaire s'est engagé personnellement, *pro se*, et sans condition aucune. Nous verrons même au n° 553 que MM. Delamarre et Lepoitevin, suivant à cet égard Casaregis et Ansaldus, enseignent expressément que dans le cas où le commissionnaire s'est engagé *pro se*, et, de plus, pour une personne à nommer, cette réserve n'autorise pas le commissionnaire à se retirer du contrat; que, loin de là, cette nomination ne fait que joindre un nouvel obligé à l'obligé principal.

Et il ne faut pas croire, comme le fait M. Deville-neuve, que cette doctrine, d'après laquelle le commissionnaire reste enlacé dans le contrat, malgré la révélation du pour compte, est particulière au contrat d'assurance. Car il est remarquable que, précisément dans le contrat d'assurance, on est conduit à modifier cette doctrine lorsqu'un

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 342.

(2) *Infra*, n° 549, 550.

sinistre arrivant force à révéler le pour compte et à le mettre en présence des assureurs (1).

534. Au surplus, voici une espèce tout-à-fait digne d'attention où notre doctrine a reçu une sanction éclatante par un arrêt de la Cour royale de Bordeaux, fruit d'épreuves contradictoires et de conflits singuliers (2).

Louzeau-Coudrais, négociant commissionnaire à Nantes, passa, le 4 janvier 1842, avec le sieur Audicq, négociant dans la même ville, un marché par lequel il vendait à ce dernier 30 pièces de 3/6, livrables en mai et juin 1842. La vente portait cette clause extraordinaire: que si, à l'époque de la livraison, la vente des 3/6 ne présentait pas de bénéfice, le marché resterait pour le compte de Louzeau-Coudrais, et qu'Audicq serait quitte envers lui en lui payant 2 p. 0/0 de perte.

Louzeau-Coudrais qui, comme on vient de le voir, avait agi en son propre nom, était le représentant, à Nantes, de la maison Hannapier, de Bordeaux (3). Il donna avis à ses commettants, et, le

(1) *Infra*, n° 563, 564, 565.

(2) V. le recueil de M. Devill., *loc. cit.*, et celui de M. Dalloz, 44, 2, 161. Ce dernier recueil cite aussi Casaregis et Ansaldus, et il n'a pas fait non plus assez d'attention à l'hypothèse que ces jurisconsultes ont en vue; ce qui l'entraîne dans une fausse application de leur doctrine.

(3) Le recueil de M. Dalloz ne fixe pas les rôles avec assez de précision; il considère Coudrais comme le commissionnaire d'Audicq pour acheter auprès d'Hannapier. Telle n'était pas la vraie situation. Coudrais était commissionnaire d'Hannapier; il avait vendu à Audicq, et Audicq était tiers acheteur. Cela

21 janvier suivant, ceux-ci écrivirent à Audicq pour lui annoncer qu'ils s'étaient procuré les 3/6, suivant l'ordre à eux transmis par Louzeau-Coudrais, leur représentant; qu'ils en feraient livraison en mai et juin. Audicq, se tenant pour averti, ne répondit rien.

Il paraît, du reste, que Louzeau-Coudrais ne donna aucune connaissance à la maison Hannapier de la clause particulière qui dégagait Audicq dans le cas où les 3/6 se vendraient à perte en mai et juin.

Quoi qu'il en soit, l'époque des livraisons étant arrivée, une baisse se manifesta et Audicq refusa livraison, en offrant 2 p. 0/0 de perte.

La maison Hannapier, de Bordeaux, voulut l'y contraindre et lui opposa le système suivant :

Nous n'avions pas connaissance des arrangements particuliers intervenus entre vous et Louzeau-Coudrais. Lorsque nous vous avons donné connaissance de l'achat fait par nous dans votre intérêt, vous ne nous avez rien répondu qui pût nous mettre sur la voie de ces arrangements, quoiqu'à cette époque il fût très important pour nous d'en avoir connaissance. Sur ces données, nous avons fait l'achat, de bonne foi, conformément à l'ordre émané de Louzeau-Coudrais. Les conditions particulières intervenues entre vous, Audicq, et ce dernier, ne nous concernent pas. Nous avons

résulte formellement de l'arrêt du 26 juillet 1843, et même de l'arrêt du 4 juillet 1843, où on cherche à assimiler Coudrais à un commis voyageur, à un représentant de la maison Hannapier, et où on le qualifie de *représentant d'Hannapier*.

dû croire que vous aviez ratifié l'ordre dans les termes où nous vous en parlions dans notre lettre. Au surplus, la clause dont vous vous prévalez est insolite; elle est contraire à ce qui se pratique dans ce genre d'opérations.

D'un autre côté, il est de principe que les propositions faites par les représentants et commis voyageurs ne sont valables qu'après la ratification de leurs mandants, lorsqu'ils ne sont pas porteurs de pouvoirs suffisants pour terminer l'opération. Tel était le cas de l'affaire. Nous n'avons donc pu être obligés, par le fait de Louzeau-Coudrais, que dans la limite de la ratification que nous avons donnée à ses propositions; et comme il ne nous a donné connaissance que de l'ordre d'acheter, et non de la condition en question, nous n'avons ratifié que l'ordre d'acheter et de fournir; le surplus ne saurait nous être opposé.

Ce système était subversif de toutes les idées reçues en matière de contrat de commission. Il fut cependant adopté par le tribunal de commerce de Bordeaux, et (chose non moins incroyable) consacré par un premier arrêt de la Cour royale du 4 juillet 1843 (1).

Quel était, en effet, l'état des choses?

Le commissionnaire avait vendu des 3/6 en son propre et privé nom à Audicq, tiers, qui avait traité avec lui comme vendeur. Audicq ne connaissait pas la maison de Bordeaux cachée derrière le commissionnaire; il n'avait donc pour obligé que

(1) Devill., 44, 2, 193 et suiv.

ce dernier (1), et, dès lors, entre lui et le commissionnaire il ne pouvait y avoir le moindre doute sur le droit d'Audicq de refuser le marché, le cas de baisse arrivant. — Quant à la maison de Bordeaux dont Louzeau-Coudrais avait les pouvoirs, elle n'avait aucune action contre Audicq, et Audicq n'avait aucune action contre elle (2). Rien de plus certain que cette proposition.

Mais voilà que la maison de Bordeaux, prenant l'initiative, écrit à Audicq pour se révéler. Elle lui fait savoir que Coudrais est son commissionnaire; que les achats de 3/6 ont été faits par elle, et qu'elle en fournira livraison aux époques convenues. Qu'est-ce à dire? Est-ce que cette révélation pouvait changer les rapports primitifs et opérer dans les rôles une novation? Non. Un nouvel obligé vient se joindre à l'obligé primitif, fortifier ses obligations, en garantir l'exécution (3): voilà tout. Mais comment serait-il possible que cette intervention enlevât aux tiers le bénéfice de leur contrat ou en diminuât l'étendue? Les tiers ont suivi la foi du commissionnaire; le contrat est enraciné dans sa personne. C'est là un état consommé, un point acquis. Tout ce que la révélation du *pour compte* peut faire, c'est d'accumuler garantie sur garantie; *persona accumulatur ipsi contractui*, comme dit Casaregis (4).

(1) *Suprà*, nos 523, 535, 539.

(2) *Suprà*, nos 523, 535, 539.

(3) *Infrà*, n° 553, la citation d'Ansaldus et Casaregis.

(4) *Infrà*, n° 553.

Il n'en pourrait être autrement qu'autant que le tiers aurait consenti à une novation. Mais la novation ne se présume pas. Dans l'espèce, d'ailleurs, il était constant qu'Audicq n'avait rien répondu à la lettre par laquelle la maison de Bordeaux lui annonçait les achats. Son silence ne pouvait donc être interprété comme cause d'interversion dans le rôle primitif des parties. Il était, au contraire, une preuve qu'Audicq avait cru à une ratification du marché par les commettants de Louzeau-Coudrais.

Peu importait, du reste, à Audicq que la condition résolutoire de son marché eût été ignorée du commettant et que le commissionnaire n'eût pas donné connaissance à celui dont il avait mandat d'un pacte qui dépassait ses pouvoirs. Audicq n'avait traité qu'avec Louzeau-Coudrais agissant *proprio nomine*. Le commettant ne pouvait intervenir contre Audicq, véritable tiers à son égard, qu'en exerçant les droits du commissionnaire, et par conséquent en acceptant toutes ses obligations.

Ainsi, de toute manière, la maison de Bordeaux était tenue. Et le tribunal de commerce et la Cour royale, en considérant Louzeau-Coudrais comme un mandataire simple, *nudus minister*, tandis qu'il avait contracté en son nom, sans désignation de son commettant, avaient violé l'article 91 du Code de commerce, les usages les plus constants, les notions les plus vulgaires et les plus accréditées.

C'est pourquoi, la question s'étant représentée lors des livraisons du mois de juin qu'Audicq s'obstina à refuser, la Cour royale de Bordeaux

(même chambre), mieux éclairée sur le point de droit, rendit, le 26 juillet 1843, un arrêt contraire au précédent, et annula la décision par laquelle le tribunal de commerce avait persisté dans son inconcevable jurisprudence (1). Cet arrêt fait honneur aux lumières et à l'impartialité de cette Cour. Il contient la consécration des vrais principes (2).

Et il est à noter qu'il renverse toutes les idées que M. Devilleneuve attache à la révélation du *pour compte* (3) : car, au lieu de considérer le commissionnaire comme effacé dès l'instant que le commettant se découvre, l'arrêt décide en toutes lettres que la maison de Bordeaux n'a d'autre titre et d'autres droits que ceux de Louzeau-Coudrais lui-même. Le commettant ne peut en effet, en se démasquant, que prendre la position faite par le commissionnaire, y adhérer par son adjonction ; mais il ne peut pas se créer contre les tiers des droits, des titres, des actions autres que ceux dérivant de la personne même du commissionnaire. Je le répète : M. Devilleneuve a appliqué à notre espèce des règles qui ne sont faites que pour le cas d'une condition résolutoire stipulée lors du contrat. Ici, le contrat est pur et simple ; il donne aux tiers un obligé personnel que le fait du com-

(1) Devill., *loc. cit.* ; Dalloz, *loc. cit.*

(2) C'est ce que reconnaissent MM. Dalloz et Devilleneuve, bien que toutes leurs observations sur cet arrêt ne puissent être goûtées.

(3) Le recueil de M. Dalloz est bien loin d'aller aussi loin que lui sur ce point.

mettant ne saurait faire disparaître à leur préjudice. Tous les jurisconsultes qui font autorité en cette matière le décident ainsi, et il n'y a pas de point de droit qu'on puisse moins contester que celui-ci.

535. Nous avons dit que le mandant ignoré des tiers, et dissimulé dans le contrat, n'a pas d'action contre eux.

La règle inverse et réciproque est que les tiers n'ont pas d'action contre lui. Nous avons vu ci-dessus le texte du Code espagnol à cet égard (1).

Ainsi, lorsque le mandataire a exécuté le mandat en son nom et sans en donner connaissance, le mandant est pour les tiers une personne *penitus extranea* ; il n'a pas d'action contre les tiers ; les tiers n'ont pas d'action contre lui (2).

Supposons, par exemple, que, dans l'espèce jugée à Bordeaux, et dont nous avons rendu compte tout-à-l'heure (3), Audicq fût le commettant de Louzeau-Coudrais qu'il aurait chargé de lui acheter des 3/6, et que ce dernier les eût achetés en son nom et d'ordre d'Audicq auprès de la maison de Bordeaux : la maison de Bordeaux n'aurait pour obligé que Louzeau-Coudrais ; elle ne pourrait transformer Audicq en acheteur en ce qui la concerne ; elle ne pourrait l'obliger à prendre livrai-

(1) *Suprà*, n° 523.

Infrà, n° 597.

(2) *Infrà*, n° 548, exemple.

(3) N° 534.

son dans des termes différents du marché qu'il aurait passé avec Louzeau-Coudrais!!

C'est à peu près comme si l'affaire se fût traitée par un intermédiaire prête-nom. Ce dernier serait seul engagé, seul responsable, et nullement celui qu'il aurait mission de représenter sous ce masque d'emprunt.

536. Mais ce principe certain ne reçoit-il pas exception lorsqu'il est notoire que l'affaire se faisait pour le mandant, que le mandataire agissait comme tel et dans son intérêt déclaré; en un mot, que les tiers, touchés par cette notoriété, ont suivi la foi du mandant autant que celle du mandataire?

Pothier tranche cette question de la manière suivante (1) : il veut que le mandataire soit obligé principal, puisqu'il a donné son nom ; mais il veut en même temps qu'il oblige son mandant conjointement avec lui : « Le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire, et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis institoria*, qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant. »

Et il cite ce passage des sentences de Paul (2). »

« *Si quis fœnerandæ pecuniæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus præpositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi domi-*

(1) *Mandat*, n° 88.

(2) *Sent.*, 2, 8, 2.

» *nus obligabitur*; » passage qui est conforme à la loi 5, § 2, *De instit. act.*, empruntée par Ulpien aux écrits de Labéon.

537. Mais MM. Delamarre et Lepoitevin, sans citer Pothier, contestent cette doctrine; ils attaquent plusieurs arrêts de la Cour de Rennes qui l'ont consacrée dans une espèce qu'il est utile de rappeler.

Poirier avait été commissionné par un sieur Ozou, négociant, pour faire des achats de céréales. Poirier traitait en son propre nom avec les vendeurs: il faisait apposer des affiches, réglait les prix, achetait, payait, expédiait, toujours sous son nom et sans nommer Ozou, qui, d'une part, lui fournissait les fonds nécessaires pour ces opérations, et, de l'autre, lui payait un droit de commission. Il était constant qu'Ozou n'avait jamais eu de rapports directs avec les vendeurs.

Cette situation avait duré huit ans; mais, au bout de ce temps, Poirier se dérangea; il ne paya pas plusieurs vendeurs, et ceux-ci exercèrent un recours contre Ozou.

Ozou répondit d'abord qu'il était en avance sur Poirier de sommes considérables; de plus, que, n'ayant jamais traité ni personnellement ni par procureur avec les tiers, il n'était tenu de rien envers eux. Tous les marchés ont été faits avec Poirier et sous le nom de Poirier; c'est de ce dernier qu'on a suivi la foi. En matière commerciale, il n'est jamais permis de rechercher le commettant dont le nom n'a pas été prononcé dans les contrats.

Néanmoins, trois arrêts, des 17 janvier, 9 février et 27 mars 1832, décidèrent, d'après les faits, que Poirier n'avait été qu'un simple mandataire, achetant notoirement pour Ozou; qu'il était généralement considéré comme préposé et facteur de ce dernier; que son peu de crédit et de solvabilité ne permettait pas de supposer que les tiers eussent suivi sa foi; qu'on avait plutôt eu égard à celle d'Ozou qui était derrière lui, et dont la fortune était pour le public la garantie déterminante.

538. Mais, dans deux autres affaires distribuées à d'autres chambres et intéressant le sieur Ozou et les vendeurs de Poirier, la Cour de Rennes fit prévaloir d'autres idées. Elle s'arrêta à la circonstance que tout, publications, achats, paiements, avait été fait au nom de Poirier; que ce dernier n'avait jamais pris la qualité de mandataire; qu'Ozou ne s'était jamais montré et n'avait pas eu de rapports avec les tiers. Elle déclara donc, par deux arrêts, les tiers sans action contre Ozou.

539. MM. Delamarre et Lepoitevin, à qui nous devons la connaissance de ces arrêts et de ces intéressants détails, n'hésitent pas à enseigner que les deux derniers arrêts de la Cour de Rennes sont seuls juridiques (1). Ils se retranchent dans la maxime : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus*. Ils invoquent d'Argentré, dont la maxime est : « Quo-
» tiens quisquam in rebus agit, vendit, permutat, contra-
» hit sine adjectione externæ qualitatis, semper nomine

(1) T. 2, n° 268.

» suo contrahere videtur (1); » ils fortifient cette règle de la doctrine de Casaregis (2) et d'Ansaldus (3).

Voici en effet les expressions de Casaregis :

« Aut procurator simpliciter contraxit non expresso mandato; et tunc res est plana : quia persona domini, respectu alterius contrahentis, non habetur in consideratione, nullaque idcirco acquiritur, ex contractu procuratoris, actio domino, contra alterum contrahentem (4). »

Et ailleurs : *Quando mandatarius simpliciter contrahit, non expresso mandato, adeò in eo radieatur contractus, ut mandanti amplius contra tertium emptorem nulla competere possit actio. Nam respectu habito ad dictum tertium, mandans consideratur ut persona penitus extranea, etc., etc. (5).*

540. Ces autorités, que je ne récuse pas, sont-elles cependant inconciliables avec la doctrine de Pothier et avec les arrêts de la Cour de Rennes que critiquent MM. Delamarre et Lepoitevin? Je ne le pense pas.

En traitant du contrat de société, nous avons dit que lorsqu'un associé contracte seul, en son propre et privé nom, il n'oblige que lui; les tiers qui

(1) Sur Bretagne, glos. 1, n° 4.

Nous avons cité ce texte dans notre com. de la Société, t. 2, n° 778.

(2) Disc. 76, n° 2; disc. 9, n° 9, d'après la rote de Gènes, 137, n° 1.

(3) Disc. 30, nos 31 et 32.

(4) Disc. 9, n° 9, d'après la loi *Res ex mandato*, D., *De acq. rer. dom.*, et l. *Si procurator*, 85, fin., D., *Mandati*.

(5) Disc. 76, n° 2.

ont suivi sa foi n'ont pas d'action contre la société; et cela, quand même la société aurait profité du contrat (1). Cette proposition, appuyée de l'autorité de Papinien, de Cujas et autres, ne saurait être révoquée en doute; je n'ai pas à revenir ici sur les preuves qui la rendent plus éclatante que la lumière.

Mais nous avons dit aussi que lorsque l'existence de la société est notoire, et qu'il est reconnu que les tiers ont suivi la foi de cette société, il importe peu que la société n'ait pas été formellement nommée dans les actes passés avec les tiers. L'acte est accompagné de circonstances telles que le public n'a pu le séparer d'une situation sociale réelle, présente, agissante, provoquant leur confiance. *Eadem est vis expressi taciti ac expressi*. Le silence est ici insignifiant; les faits parlent haut et n'ont pas besoin d'explication (2). Une société ne se désigne pas toujours par sa raison sociale. Il y a des équipollents (3); il y a des circonstances de fait (4) qui impriment à chaque acte le caractère social, quoique la société ne soit pas nommée en termes formels.

Eh bien! cette doctrine est parfaitement applicable ici. Le mandataire est comme l'associé. Il n'oblige son mandant envers le tiers que lorsqu'il

(1) Mon com. de la Société, t. 2, nos 772, 773.

(2) *Loc. cit.*, nos 781, 782.
N° 376.

(3) N° 795, où je cite la rote de Gènes.

(4) N° 376, où je cite Casaregis.

a pris la qualité de son mandataire. Mais, pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position, que les tribunaux doivent apprécier avec équité; et c'est ce que Casaregis lui-même enseigne formellement dans son discours 43 (1).

541. Dans les espèces jugées à Rennes, Poirier avait été pendant de longues années l'homme d'Ozou. Il y avait eu entre eux une série de rapports constants, continus, sans cesse renaissants. Or, pendant ces longues communications, comment est-il possible de croire qu'Ozou ne s'était pas montré aux tiers, qu'il n'avait pas avoué Poirier pour son facteur, qu'il n'avait pas révélé la main qui soutenait ce dernier, alimentait ses opérations, lui communiquait un crédit qu'il n'avait pas personnellement? Sans doute, Ozou n'avait pas figuré en nom propre dans les achats; Poirier les avait faits sans le nommer. Mais qu'importe, si son concours ressortait des faits! qu'importe si son crédit en avait été la cause déterminante! Était-il absolument nécessaire d'exprimer ce que tout le monde

(1) Nos 39, 40, surtout si l'acte ne convient pas avec le crédit et la personne du mandataire: *Addito præcipue quòd negotium actum per Barios* (le mandataire), domino Regi (le mandant), non sibi conveniebat, n° 40.

Junge disc. 5, n° 93.

savait, et ce qu'Ozou n'avait rien fait pour démentir? Ce n'était donc pas le cas d'appliquer la doctrine des auteurs cités au n° 538; car elle n'est vraie que lorsque la personne du mandant n'a pas été prise en considération par les tiers. *Nullumque ad personam mandantis respectum habuisse*, dit Casaregis (1). Ou bien, comme dit Ansaldo: *Ea semper persona remanet obligata, cujus intuitu ac respectu contractus reperitur celebratus* (2). Ici, au contraire, ce n'est pas le crédit de Poirier qui a été déterminant. On constate en fait qu'il en était privé; c'est la foi et le crédit d'Ozou, tacitement et implicitement exposés, qui ont été suivis.

542. S'il en était autrement, la fraude s'emparerait de ce moyen de droit pour tromper les tiers. On mettrait les mots au-dessus des choses, les apparences concertées au-dessus de la réalité.

Voici, en effet, une espèce qui vient à l'appui de cette proposition. J'étais rapporteur de l'affaire à la chambre des requêtes (audience du 20 août 1844).

Leloutre, fils mineur, demeurant avec son père à Quilleboeuf (Eure), faisait sous son nom un commerce de chevaux. Les dépôts étaient placés chez Leloutre père; les ventes étaient livrées dans des bâtiments et des écuries appartenant à ce dernier. Les hommes et les bestiaux qui fonctionnaient dans ce commerce étaient hébergés chez Leloutre père; tout, en un mot, indiquait que le fils agissait pour

(1) Cité par MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 266.

(2) *Disc.* 12, n° 7.

le père, quoiqu'il évitât de prononcer le nom de ce dernier.

Le 13 novembre 1842, un sieur Chaise vendit à Leloutre fils un cheval du prix de 805 fr. Il fut livré au domicile de Leloutre père. Le prix n'ayant pas été payé, Chaise assigna Leloutre père devant le tribunal d'Évreux en paiement de cette somme, intérêts et frais.

Leloutre répondit: Ce n'est pas moi qui fais ce commerce; c'est mon fils qui l'exerce, en son nom, à ses risques et périls. J'y suis étranger.

Mais le sieur Chaise insistait sur une foule de circonstances pour démontrer que Leloutre fils n'était que l'agent de son père. Il rappelait que c'était chez lui qu'était le siège du commerce; que son crédit protégeait ce fils dans les actes auxquels il procédait; il lui opposait ce dilemme insurmontable: ou votre fils est votre mandataire, agissant ostensiblement pour vous, quoique ce soit lui qui paraisse en personne, et vous êtes tenu; ou il n'est pas votre mandataire; mais alors vous avez trompé le public en laissant croire que l'affaire est vôtre; c'est, de votre part, une fraude dont vous êtes coupable envers le public que vous induisez en erreur par ce système de coopération apparente.

Chaise ayant prouvé les faits allégués, un jugement du tribunal d'Évreux, rendu en dernier ressort, condamna Leloutre.

Au fond, la décision me parut bien fondée et inattaquable. Mais, en la forme, le jugement présentait un vice qui donna lieu à l'admission du pourvoi.

543. Pour fortifier cette démonstration, je rap-

pelle que le droit romain, qui accorde une action directe, *exercitoria* ou *institoria*, contre l'armateur et le maître pour les faits du capitaine ou du préposé, n'est fondé que sur cette notoriété dont je parle, et le prêteur n'a pas hésité à la donner, quoique le capitaine ou l'institeur eussent agi en leur nom personnel. Voudrions-nous restaurer une rigueur d'actions que les Romains eux-mêmes avaient cru sage d'abandonner, *omissis legum rigoribus* (1) ?

544. Au surplus, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits et décider, d'après les circonstances, si le commissionnaire a agi en son nom, ou au nom de son commettant qu'il a ainsi obligé envers les tiers. Ils consultent les correspondances, les factures, les livres (2), et se prononcent pour la vérité avec une autorité que la Cour de cassation ne peut contrôler.

Mais, pour aplanir les difficultés qui pourront se présenter à ce sujet, il faut entrer dans quelques explications propres à faire connaître dans quels cas le mandataire est censé traiter au nom de son mandant, ou bien en son nom propre et privé. Les formules usitées dans le commerce nécessitent quelques observations.

Un commissionnaire, connu pour tel, fait un achat de marchandises sans décliner le nom de son commettant; la facture porte : « *Vendu à tel, commissionnaire, d'ordre de ses commettants.* » Évi-

(1) Expressions de Casaregis, *disc.* 76, n° 4.

(2) Cassat., 18 mars 1829 (Dal. 29, 1, 413).

demment, ce commissionnaire n'oblige que lui-même au paiement. Comment le mandant serait-il obligé directement, puisqu'il n'est pas nommé dans la facture ?

545. Mais supposons que le contrat porte : « *Vendu, pour compte de Pierre, à Jacques, par François.* » Ici la clause est moins claire, et l'on pourrait croire, au premier coup d'œil, que Jacques, ayant non-seulement déclaré sa qualité de commissionnaire, mais même ayant nommé son commettant, n'oblige que ce dernier et ne s'oblige pas personnellement. Il n'en est rien toutefois (1). C'est à Jacques que la chose a été vendue; il est acheteur aux yeux des tiers; c'est sur sa tête que repose l'obligation de prendre livraison et de payer.

Peu importe qu'il ait déclaré agir *pour compte de Pierre*. Qu'est-ce à dire? Ne sait-on pas qu'il est commissionnaire, puisqu'il en exerce publiquement la profession? Ne sait-on pas qu'en définitive ce n'est pas pour lui-même qu'il se livre aux actes de son ministère? Qu'est-ce donc qu'ajoutent au contrat les expressions : *pour compte de Pierre*? Rien absolument qui ait de l'importance. Elles ne font que confirmer un fait déjà notoire, savoir, que Jacques est commissionnaire. Seulement, elles apprennent qu'au cas particulier, il est commissionnaire de Pierre : mais il faut bien qu'il soit le commissionnaire de quelqu'un.

Voilà pourquoi il est admis, dans le style com-

(1) Emerigon, des *Assurances*, ch. 5, sect. 3, t. 1, p. 138. *Infrà*, n° 582.

mercial, que l'expression du *pour compte*, à côté du commissionnaire agissant en son propre et privé nom, ne fait pas du commissionnaire un mandataire ordinaire, un *nudus minister*, un *nudum organum*. Bien loin de là! le commissionnaire appelé *pour compte* est, au contraire, dans la langue commerciale, le vrai commissionnaire agissant en son nom propre et privé, et distinct du commissionnaire agissant sous le nom du commettant. L'usage commercial est constant; il est appuyé sur les autorités les plus ponctuelles (1) et sur le texte des art. 91 et 92 du Code de commerce combinés.

546. Que faut-il donc pour que, dans les matières commerciales, le commissionnaire soit censé se réduire au rôle d'intermédiaire passif? Il faut qu'il déclare positivement agir sous le nom de son commettant; il faut qu'il le déclare d'une manière expresse ou par des moyens équipollents. Mais la règle générale est que l'expression de *pour compte de **** ne lui enlève rien du caractère à lui attribué par l'art. 91 du Code de commerce et par le droit commun en cette matière.

547. La jurisprudence a même été jusqu'à juger que le commissionnaire qui achète de la marchandise en son nom, mais en présence de son commettant dont il est accompagné et dont il fait connaître le nom, ne laisse pas que d'être seul obligé, alors que c'est la foi du commissionnaire seul qui a été

(1) Ansaldus, *disc.* 30, nos 28, 32.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nos 339 et 267.
Emerigon, *loc. cit.*

suivie (1). Qu'importe au tiers qui vend sa marchandise le nom de ce commettant qu'il ne connaît peut-être pas, et dont le crédit est ignoré sur la place? Ce n'est pas avec lui qu'on a traité, quoique ce soit pour lui. Ainsi l'exige la sûreté du commerce.

548. A côté de ces deux situations, savoir, du commissionnaire qui traite pour compte, et du commissionnaire qui traite sous le nom du commettant, il en est une troisième : c'est celle du mandataire qui traite pour une personne qu'il se réserve de nommer plus tard (2). Quels sont les effets de cette clause, tant à l'égard du mandataire qu'à l'égard de la personne à nommer?

Il est dans le droit civil un pacte qui vient se présenter comme exemple de cette position. C'est l'achat avec pacte de command. Nous avons exposé les principes à cet égard dans notre commentaire de la *Vente* (3). Jusqu'à la déclaration, l'acheteur qui a acheté pour un ami à élire, cet acheteur en nom est seul obligé (4). Mais, aussitôt que la déclara-

(1) Jurisp. de Marseille, 1827, 4, 135.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 267.

V. aussi un arrêt de rejet de la ch. des requêtes du 25 novembre 1829 (Dal., 29, 4, 42).

(2) Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 4, t. 28, n° 22.

Casaregis, *disc.* 5, où cette matière est traitée à fond.
MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, nos 337, 338.

(3) T. 1, n° 64.

(4) Favre, *Code*, lib. 4, t. 34, déf. 5.

Casaregis, *disc.* 10, n° 93.

ration est faite, l'acquéreur ostensible est délié, et la personne nommée prend sa place avec effet rétroactif (1).

Et quand je dis que l'acquéreur est délié, j'entends cependant que cette proposition, vraie en général, doit être combinée avec quelques cas particuliers, surtout avec celui que définit l'art. 713 du C. de proc. civ., où l'on voit le législateur rendre responsable envers les tiers l'avoué qui s'est rendu adjudicataire pour un insolvable ou autres personnes déclarées incapables d'après ce même article. Revel, avoué, s'était rendu adjudicataire pour un individu qui n'existait pas, mais à l'existence duquel il avait ajouté foi sur des rapports mensongers et frauduleux. Déclaré responsable par arrêt de la Cour d'Aix, il se pourvut en cassation. Mais, par arrêt de la chambre des requêtes du 17 mars 1844, son pourvoi fut rejeté, sur le fondement de l'art. 713 du Code de procédure civile.

En fait et en droit, on pourrait en dire autant de tout mandataire quelconque qui, par sa faute, aurait porté préjudice à autrui. L'art. 1382 du Code civil est absolu et doit l'être.

549. Ces règles ne sont pas particulières au droit civil et aux achats d'immeubles. Le droit commercial les applique dans une foule de circonstances, alors que le succès de l'opération exige une dissimulation momentanée du véritable intéressé (2). On en trouve surtout des exemples dans les assurances,

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 64.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n°s 342 et suiv.

où il est si souvent nécessaire de tenir en suspens le nom du véritable assuré, jusqu'à ce que le moment soit venu de prouver qu'il était propriétaire sérieux de l'intérêt en risque, et que l'assurance n'était pas un pari.

Ainsi, moi commissionnaire aux assurances, je prends une assurance au Havre, d'ordre et pour compte de la personne que je me réserve de nommer. Tant que je n'ai pas fait connaître mon commettant, je suis pour les assureurs un obligé personnel (1).

Mais, aussitôt que la nomination est faite, l'assurance est censée prise *ab initio* par la personne nommée, et tous les droits, tant actifs que passifs, se concentrent sur sa personne : « *Facta intra tempus nominatione, censeri debet contractus ab initio radicatus in personâ nominandâ, et transfunditur omne jus in nominatum, nullo penes nominantem existente* (2). » Le commissionnaire s'efface, il ne reste plus que comme *merus executor* (3).

550. Il en est de même si j'achète tel navire d'ordre et pour compte de la personne que je me réserve de nommer dans tel délai (4) ;

Ou bien si je me rends adjudicataire de la ferme de l'octroi de telle ville, d'ordre et pour compte de telle société à nommer dans les délais légaux (5).

(1) Casaregis, *disc.* 5, n° 22.

(2) Casaregis, *disc.* 5, n° 6.

(3) *Id.*, n°s 10, 20, 21, 66.

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n°s 342, 343.

(5) *Rotæ gen.*, décis. 14, n°s 51, 52, 53.

La jurisprudence de la rote de Gènes enseigne en pareil cas (et elle concorde avec la doctrine de Casaregis) que la nomination fait sortir le mandataire du contrat et transfère toutes les obligations sur la personne nommée (1) : *Ille qui nominat eximit se ab obligatione prius contractâ, et non remanet amplius obligatus; sed in illum nominatum transfunditur obligatio; et onus, quod prius contrahens habebat, in hunc secundum transit perindè ac si ab initio contraxisset.*

On voit que ce sont les purs principes du droit civil en matière de command.

551. Pourquoi cependant cette révélation dégage-t-elle rétroactivement le mandataire, tandis que, dans les cas que nous avons parcourus aux numéros 544, 545, 546, 547, la désignation du pour compte n'a aucun effet sur les obligations contractées par le commissionnaire?

La raison en est simple :

Dans les hypothèses dont il s'agit, les tiers n'ont voulu avoir aucun égard au commettant nommé *ab initio*; ils ont voulu suivre la foi du commissionnaire, avec lequel ils avaient intérêt à traiter uniquement et nommément. Telle a été la convention. Les contrats sont ce que les font les parties.

Mais ici il n'en est pas de même : le commissionnaire a annoncé qu'il y aurait un inconnu qui pourrait entrer dans l'obligation; il s'est réservé de l'y introduire, et les tiers ont accepté cette condition résolutoire. On ne peut donc argumenter dans un cas pareil des principes admis dans les

(1) *Id.*, n° 53.

espèces où les tiers, répudiant l'obligation du commettant, s'en sont tenus au nom du commissionnaire.

552. Mais que devra-t-on décider si le commissionnaire déclare agir, non pas seulement *d'ordre et pour compte d'un tiers à nommer*, mais aussi *pour soi ou pour un tiers à désigner*?

Cette clause présente une alternative dont la portée empêche qu'on ne modifie en quoique ce soit les solutions que nous venons de donner. Le commissionnaire s'est engagé sans doute; mais il ne s'est pas engagé purement et simplement; il a apposé au contrat une condition: il a annoncé qu'il pourrait mettre à sa place une personne à nommer. La désignation de cette personne réalise l'alternative, elle en efface le premier membre, et concentre l'obligation sur le second. Telle est aussi l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitevin (1). Nous restons donc, ici encore, dans les principes du droit civil en matière de command.

553. Mais il faut en sortir lorsque, faisant un pas de plus, nous nous trouvons en présence, non plus de la clause alternative qui précède, mais de la clause copulative que voici : *J'achète pour moi et pour un tiers à nommer dans tel délai; ou bien : Je m'as-*

(1) T. 2, n° 349, combiné avec le n° 348. On pourrait cependant insérer de quelques passages de Casaregis que la formule: *pour soi OU pour une personne à nommer*, ne diffère pas de celle-ci : *pour soi ET pour une personne à nommer*, dont nous allons parler au n° suivant. V. Casaregis, *disc.* 5, nos 1 et 67. Mais ce pourrait bien être de sa part un *lapsus*.

sure pour moi et pour telle personne à faire connaître plus tard.

Il est vrai que, dans mon commentaire du contrat de *Vente*, j'ai enseigné qu'il ne faut pas distinguer cette locution de la locution alternative (1). Mais s'il est exact (comme je le crois) d'enseigner qu'en matière civile il en doit être ainsi, on ne saurait prendre le même parti dans les matières commerciales, où les garanties sont de droit étroit et où le crédit ne s'accommode pas d'interprétations de nature à enlever aux mots leur sens légitime. Le commissionnaire s'est engagé personnellement pour lui-même en son propre et privé nom. De ce qu'il s'est adjoint une personne à nommer il ne s'ensuit pas que la désignation de cette personne puisse en rien changer sa situation d'obligé personnel. Le tiers avec lequel il a stipulé a compté sur une double garantie; il ne faut pas la diminuer de moitié.

Aussi les auteurs italiens qui se sont occupés de cette clause, fort fréquente dans leurs contrats d'assurance, et surtout à Gènes, ont-ils enseigné que lorsque la police est passée avec la formule *pro se et pro personâ nominandâ sive exclarendâ*, la nomination ne change pas l'obligation contractée par l'assuré en nom. La personne ultérieurement désignée ne fait que s'adjoindre au contrat; elle en augmente et en accumule les garanties (2), mais

(1) T. 1, n° 75.

(2) Quando etiam apparet clausula apposita PER SE, tunc declaratione secuta, tenetur quidem nominatus quotiens ratum

elle ne diminue pas celles qui existaient dès l'origine et elle ne fait pas sortir le commissionnaire du contrat (1). On peut voir le discours 5 de Casaregis, où un certain Viviani s'était assuré pour lui et pour une personne à nommer, et le discours 10, où un certain Vosch avait pris une assurance avec la même formule. L'auteur fait ressortir la différence qui existe, dans la jurisprudence, entre l'assurance prise simplement *pour une personne à nommer* (2) et l'assurance prise *pour soi ET pour une personne à désigner*. Il insiste sur ce que, dans ce dernier cas, la nomination n'efface pas la personne du commissionnaire, lequel continue à rester dans les liens du contrat.

554. Il est une autre formule propre aux assurances faites par commission, et qui tient à notre point de vue; c'est celle qui est faite par le commissionnaire, *pour soi et pour compte de qui il appartiendra* (*per se e per conto di chi spetta*), ou bien tout simplement *pour compte de qui il appartiendra* (c'est

habuerit nominationem, ad omnia onera contractus; sed nihilominus persona contrahens pro se cumulativè remanebit obligationis vinculo innodata, duosque insimul debendi reos, in hoc casu, altera pars, sub eadem acquirit actione (Ansaldus, disc. 12, n° 9).

(1) *Non admittimus quòt factâ nominatione stipulator seu contrahens exeat à contractu qui erat in eo radicans ab initio... sed persona accumulatur ipsi contractui* (Casaregis, disc. 5, n°s 26, 67). *Junge* Emerigon, t. 1, p. 326; MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 349.

(2) *Disc. 5, n° 66 et 67.*

Suprà, n°s 549, 550, 551.

la formule de Marseille), ou *pour compte de qui que ce soit* (c'est la formule de Bordeaux). Toutes ces locutions sont identiques(1); elles ont été imaginées pour ôter aux assureurs les exceptions qu'ils ne manquent jamais de faire sur le défaut d'intérêt en risque (2); elles ont les mêmes effets que la formule *pour soi et pour une personne à nommer*. Je n'y vois pas, dans la pratique, de différence sérieuse(3). La raison en est que, dans l'assurance, la révélation du *pour compte* devient indispensable lorsqu'il arrive un sinistre, et cela, pour qu'il soit bien prouvé que le commissionnaire n'a pas fait une gageure sur les fortunes de mer (4). Or, cette révélation forcée doit nécessairement avoir les mêmes effets que la révélation facultative que le commissionnaire s'est réservée dans la formule *pour soi et pour une personne à nommer*. Cette nomination forcée adjoint le commettant au commissionnaire; elle met deux obligés à la place d'un seul; elle ne fait pas disparaître l'obligation personnelle du commissionnaire (5).

555. C'est peu cependant d'avoir exposé en gros les effets de ces clauses. Il est intéressant d'en sui-

(1) Casaregis, *disc.* 4.

— *Disc.* 5, n° 10.

— *Disc.* 173, n° 22.

Emerigon, t. 1, p. 320.

Valin, p. 32, 34.

(2) Casaregis, *disc.* 174, nos 22, 23.

(3) Celles que signale Casaregis, *disc.* 5, n° 2, sont insignifiantes, si on a égard au n° 4.

(4) *Infrà*, nos 559, 560.

(5) *Infrà*, n° 564.

vre l'application dans les incidents au milieu desquels se déroule le contrat d'assurance. On verra dans cet examen la confirmation de nos principes et quelques modifications nécessitées par une pratique intelligente.

Trois époques doivent être distinguées, si l'on ne veut pas se servir inconsidérément de règles dont le maniement est délicat et exige de la réflexion.

La première époque est celle de la passation de la police. Le commissionnaire vient demander une assurance pour un commettant qui a intérêt à n'être pas nommé; il déclare sa qualité de commissionnaire, conformément à l'art. 332 du Code de commerce, et s'assure en son nom personnel pour compte de qui il appartiendra. Il est évident qu'il est obligé personnellement envers l'assureur, lequel ignore le commettant qui garde l'*incognito*. L'assureur a suivi la foi du commissionnaire (1); il a eu confiance dans sa personne et dans son crédit. C'est donc le commissionnaire qui, par une fiction nécessaire, est censé assuré, en ce sens qu'il s'oblige à exécuter personnellement les conditions du contrat (2).

556. Par suite, le commissionnaire est tenu di-

(1) Emerigon, t. 1, p. 324, 134, 137.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 267.

(2) Aix, 17 juillet 1829

(Dev., 9, 2, 303).

Bordeaux, 6 avril 1830

(Dev., 9, 2, 128).

rectement de la prime envers les assureurs (1) ; il est tenu de répondre pour le véritable assuré à toutes les discussions que les assureurs peuvent élever sur les bases de l'assurance ; c'est son domicile qui détermine la compétence dans tout ce qui tient aux actions relatives à la réalité du risque, de l'intérêt assurable, etc., etc., et il ne peut renvoyer les assureurs à plaider avec l'intéressé dans des contrées souvent éloignées. Si son mandant l'a laissé porteur de la police, et qu'à ce titre de porteur de la police il fasse le délaissement (2), il sera obligé de rendre compte des effets sauvés, parce que c'est là une obligation qui découle du délaissement (3). Sous tous ces rapports, il sera considéré et traité comme assuré véritable. La justice, l'équité et le crédit le veulent ainsi.

557. Mais sera-t-il responsable du dol du commettant ? On sait que lorsque l'assuré connaît l'absence de risque au moment de l'assurance, cette assurance est nulle, et que l'assuré est passible d'une double prime au profit des assureurs. Eh bien ! la question s'est élevée de savoir si le commissionnaire de bonne foi, qui a passé, en son nom et pour compte, cette assurance ainsi entachée de nullité, doit la double prime. Les jurisconsultes s'accordent à reconnaître que la double prime et

(1) Pothier, *Assurances*, n° 98.

Valin, t. 2, p. 32.

Emerigon, t. 1, p. 139.

(2) Emerigon, t. 1, p. 140.

(3) *Id.*

autres peines ne frappent que sur celui-là seul qui est coupable du dol. *Pœnæ suis teneant auctores* (1).

558. Voilà ce qui concerne la première époque.

Venons à la seconde époque, à celle où arrive le sinistre.

Le contrat d'assurance est un contrat conditionnel, en ce sens que les assureurs sont obligés d'indemniser l'assuré s'il arrive un sinistre (2). Les assureurs doivent donc savoir, avant de payer, si la condition est arrivée.

Ce n'est pas tout ; le sinistre constaté, le paiement n'est acquis qu'autant que les assureurs ont été à même de vérifier si l'assurance pour compte a été, oui ou non, de la part du commissionnaire, un jeu, une gageure.

Ici commence un ordre de faits qui exige une sérieuse attention.

559. Dans les opérations commerciales ordinaires, le commissionnaire est en droit de cacher jusqu'au bout le nom de son mandant. Les tiers qui ont traité avec lui ont sa garantie personnelle ; ils ne peuvent exiger rien de plus (3).

Dans le contrat d'assurance, il n'en est pas de

(1) Emerigon, t. 2, p. 148.

Il cite Valin, Pothier, Casaregis, etc., etc.

Junge Estrangin, p. 468.

Cassat., *ch. civ.*, 8 mai 1844

(Dal., 44, 1, 238, 239)

(Devill., 44, 1, 386).

(2) Emerigon, t. 2, p. 350.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 269.

même (1). L'assureur peut, lorsque le sinistre est arrivé, contraindre le commissionnaire à nommer son commettant. C'est une dérogation au droit commun, dérogation nécessitée par la nature du contrat d'assurance. On ne saurait trop le répéter : l'assurance est sans doute un contrat aléatoire ; mais elle n'est pas un jeu, un pari. Or, si le commissionnaire pouvait taire le nom du commettant, rien ne serait plus facile que de faire dégénérer l'assurance en gageures illicites. Par exemple : Pierre, négociant de Bordeaux, sachant qu'un vaisseau est parti d'Amérique, prendrait une assurance dans cette ville pour ce vaisseau dont il n'est pas propriétaire, et sans l'ordre du vrai propriétaire. Si le vaisseau arrivait à bon port, il en serait quitte pour payer la prime. Mais s'il périssait, il aurait une grosse somme pour prix de la chance courue. Ce serait là une gageure sur une fortune de mer. Ce ne serait pas une assurance (2).

560. Il suit de là que, de toute nécessité, le commissionnaire doit, le sinistre arrivant, révéler l'ordre qu'il a reçu et nommer le propriétaire véritable. Si, dans l'origine, la sûreté des transactions a permis une dissimulation momentanée, aujourd'hui, un intérêt non moins grand exige que tout soit mis à découvert. Les fictions ne sont plus admissibles désormais. Il faut rentrer dans la vérité

(1) *Id.*, n° 270.

(2) Casaregis, *disc.* 173.

et faire tomber les masques (1). L'assuré véritable doit apparaître, et le rôle de l'assuré pour compte est consommé pour l'avenir.

561. Le Code de commerce a plusieurs textes qui supposent la nécessité rigoureuse de cette révélation : l'art. 332, qui exige que le commissionnaire déclare sa qualité précisément pour que plus tard on fasse intervenir le mandant ; l'art. 351, qui, en exonérant l'assureur des dommages provenant du fait de l'assuré, entend par conséquent que cet assuré soit un jour connu ; l'art. 379, qui, en suspendant le paiement par les assureurs tant que l'assuré n'a pas déclaré les assurances prises et l'argent emprunté à la grosse, annonce par-là la volonté de connaître quel est le véritable assuré pour vérifier ses actes ; enfin, l'art. 384, qui n'accorde aux assureurs un délai de trois mois pour le paiement du dommage, que parce qu'il suppose que les assureurs auront besoin de soumettre à de sérieuses recherches la conduite de l'assuré lui-même.

L'assuré doit donc quitter l'anonyme ; et, pour que cette révélation réponde aux justes exigences des assureurs, le commissionnaire a deux choses à établir s'il ne veut pas laisser croire à des paris sur les périls de la mer :

562. 1° Il faut qu'il prouve qu'il avait un

(1) M. Vincens, t. 3, p. 213.

Casaregis, *disc.* 5, n° 57.

Estrangin, *loc. cit.*, contre Emerigon.

mandat, un ordre exprès ou virtuel (1) pour prendre l'assurance (2), ou que du moins sa démarche spontanée a été ratifiée, en temps utile (3), par son correspondant. Car une assurance prise, *proprio motu*, par une personne non intéressée, et non ratifiée en temps opportun par le véritable propriétaire, n'est pas valable. On ne peut assurer la chose d'autrui sans faire entrer le jeu dans l'assurance (4).

2° L'ordre étant rapporté, il faut prouver de plus que celui qui l'a donné était propriétaire de la chose, ou qu'il y avait un intérêt assurable (5). Cette justification n'est pas moins essentielle que la précédente pour purger l'assurance de tout élément de gageure sur les fortunes de mer.

563. Maintenant, que résulte-t-il de là? C'est que, dès l'instant que le commettant a été nommé et que le mandat a été produit, on ne peut plus dire que le commissionnaire continue, pour l'avenir, à être assuré. Non! La vérité a pris la place de la fiction. Le voile de l'*incognito* n'est plus là pour dissimuler le *pour compte*. Celui-ci entre en nom dans les effets

(1) Sur le mandat virtuel pour faire assurer, v. *infra*, n° 625.

(2) Casaregis, *disc.* 173. Il y a une décision formelle de la rote.

(3) *Rebus integris*, dit Casaregis, *disc.* 173, n° 31.
Infrà, n° 620, un exemple.

(4) *Id.*, et *disc.* 5, n° 72.

(5) Casaregis, *disc.* 5, n° 57.
Baldasseroni, t. 1, p. 204.

de la police. Il peut actionner directement les assureurs : « *Quandò, dit Casaregis (1), stipulatum est per conto di chi spetta, omnes interesse habentes, licet non exclarati, possunt actionem intentare contra assuretores uti in contractu nominati; eo ipso quòd ostenderint spectantiam risici seu interesse in mercibus assicuratis (2).* » Ce langage est barbare, mais il est énergique et expressif. Aussitôt que le véritable assuré a montré son intérêt, tout se concentre sur lui pour l'avenir; il éclipe le commissionnaire.

564. Nous n'entendons pas dire cependant que cette manifestation décharge le commissionnaire pour le passé. Ce serait une erreur grave. Toutes les obligations qu'il a contractées par la police et lors de la police continuent à peser sur lui; à cet égard, il reste obligé conjointement avec l'assuré véritable, qui, par sa nomination, *accumulatur ipsi contractui* (3). Ainsi, comme dit Valin, il doit toujours la prime (4); il est toujours garant des obligations acceptées par la police; l'assureur a suivi sa foi; il l'a enraciné dans le contrat: donc toutes les obligations découlant dans le passé de ce même contrat demeurent intactes.

565. Mais, pour les nouvelles obligations qui naîtront dans l'avenir, la révélation du *pour compte* ouvre un autre ordre de rapports. Le mandat du commissionnaire est épuisé par la consommation

(1) *Disc.* 3, n° 2.

(2) *Junge Emerigon*, t. 1, p. 321.

(3) *Suprà*, n° 553.

(4) T. 2, p. 33.

de l'affaire : *peracto negotio, finitur officium* (1). Le commissionnaire a délivré toutes les pièces aux assureurs; il leur a montré celui qu'ils doivent discuter; il les a mis en rapport avec lui pour qu'ils l'enveloppent de leurs investigations. Tout a été examiné, soit à l'amiable, soit devant les tribunaux. L'approbation des assureurs, ou le jugement qui en tient lieu, a tout appuré. Que reste-t-il donc à faire pour le commissionnaire? Rien, et, je le répète, son mandat est désormais expiré.

566. Ceci nous conduit à la troisième époque; c'est celle du paiement de l'indemnité.

Nous venons de le voir : à cette phase de l'assurance, les assureurs connaissent le véritable assuré; celui-ci est entré en nom dans les errements de l'affaire, et le commissionnaire, effacé pour l'avenir, *functus est officio*. Il ne reste plus qu'une chose à faire par les assureurs nantis de toutes les pièces : c'est de payer.

A qui sont-ils tenus de faire le paiement? Quel est le véritable créancier, ayant droit de recevoir?

Ici se présente une différence remarquable entre le commissionnaire en matière ordinaire et le commissionnaire d'assurances.

567. Quand un commissionnaire a traité en son nom, pour compte, il a seul qualité pour toucher le montant (2). Pierre, commissionnaire, me vend, pour compte, dix pièces de vin de Médoc. Lui seul aura droit à toucher le prix. Si j'ai des compensa-

(1) *Infra*, n° 760.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 269.

tions à lui faire, je pourrai les lui opposer (1). Peu importe son mandant, je ne le connais pas. Tout ce qu'il peut faire, c'est d'exercer les actions de son commissionnaire.

568. Mais en matière d'assurances et au point où nous sommes parvenus, il en est tout autrement. L'assuré réel a seul droit de toucher l'indemnité du sinistre; le commissionnaire est sans qualité, à moins qu'il ne soit porteur de la police. Mais alors ce n'est pas comme ayant passé l'assurance en son nom qu'il touche, c'est comme porteur de la police, ainsi que le ferait toute autre personne anonyme.

569. Si l'on opposait que le commissionnaire est assuré en nom dans la police, et que par conséquent c'est à lui que les assureurs se sont obligés à payer l'indemnité du sinistre, en retour de ce qu'il s'est obligé à leur payer la prime : on répondrait que cette objection tient à une fâcheuse confusion. Entre la police et le paiement il s'est passé un fait grave et remarquable, propre au contrat d'assurances, et insolite dans les autres négociations : c'est la révélation forcée du mandant; c'est la production de la procuration par l'effet d'une nécessité invincible et, pour ainsi dire, d'ordre public. Dans les pactes que nous examinons ci-dessus (2) : *pour soi et pour une personne à nommer*, le commissionnaire annonce qu'il nommera quelqu'un; mais il n'est

(1) Casaregis, *disc.* 76, n° 2.

Suprà, n° 524.

(2) *Suprà*, n° 553.

pas tenu de cette nomination; elle est facultative. Ici, au contraire, elle est obligatoire dans l'intérêt des assureurs; le commissionnaire a dû la faire en cas de sinistre; les assureurs ont dû y compter; ils l'ont exigée; ils l'ont voulue; elle a été faite à leur réquisition. C'est donc le cas d'appliquer à ce moment, mais pour le temps à venir seulement, les réflexions que nous faisons au n° 551. Ce fait de la révélation du *pour compte* a modifié les positions. Le commissionnaire a dû s'effacer désormais pour les événements ultérieurs, le mandant est devenu le maître ostensible de l'affaire; il a action directe, comme nous l'avons vu à la fin du n° 563.

570. C'est pourquoi, si les assureurs voulaient opérer des compensations personnelles avec le commissionnaire, et éteindre, par ce moyen de droit, des dettes étrangères à la police d'assurance, ils n'y seraient pas fondés; car l'assuré véritable ne doit pas souffrir de pareilles diminutions. Lui seul est créancier, et on ne peut lui opposer de compensation que de son chef. C'est ainsi que cela se juge constamment, soit par les tribunaux de commerce, soit par les arbitres les plus expérimentés dans les villes de Bordeaux, Marseille, etc. J'ai vu beaucoup de décisions de cette nature. Le bon sens veut qu'il en soit ainsi. L'indemnité doit aller trouver celui qui a réellement souffert le dommage, et non celui qui n'a été un moment assuré que par une fiction détruite pour l'avenir.

571. C'est donc l'assuré véritable qui a qualité pour recevoir; les assureurs ne doivent payer qu'à lui ou à celui qui, pour lui, est porteur de la po-

lice. Il arrive souvent que le commissionnaire reste nanti de la police. Les paiements qui lui sont faits dans ce cas ne sont pas légitimés par sa qualité de commissionnaire assuré pour compte, mais par celle de porteur de la police.

572. En effet, la police d'assurance est un papier négociable (1); elle est payable au porteur (2). Quiconque est porteur de la police a droit d'en toucher le montant, et est présumé en être propriétaire par cession légitime du vrai assuré; tellement propriétaire que, désormais, on ne peut payer qu'à lui, et nullement à l'assuré ou à ses créanciers (3). Il suit de là que c'est à la police, si je peux parler ainsi, que se fait le paiement. On ne paie que sur sa représentation.

573. Ceci posé, supposons que le commissionnaire qui a pris l'assurance se soit présenté, nanti de la police, pour toucher le montant de l'indemnité. Est-ce que ce peut être comme assuré originaire et par une suite virtuelle de cette qualité qu'il reçoit l'indemnité, complément de l'opération? Nullement; il n'est payé que comme porteur de la police, effet négociable et payable au porteur. S'il n'avait pas eu la police en main, les assureurs ne l'auraient pas payé. Inutilement aurait-il invoqué sa qualité d'assuré originaire fictif. Les assureurs auraient été inflexibles et auraient dû l'être.

(1) Emerigon, t. 2, p. 250, 251.

(2) *Id.*, t. 2, p. 249.

Valin, t. 2, p. 43.

(3) Emerigon, t. 2, p. 249, 250.

574. Ces règles sont de la plus haute importance. Leur utilité devient surtout manifeste lorsque, comme j'en ai vu des exemples, l'assuré véritable a trompé son commissionnaire et les assureurs par la supposition d'un risque mensonger (1). Si la fraude a été habile et que les assureurs, victimes d'une surprise, paient au commissionnaire de bonne foi, porteur de la police, le montant de l'indemnité, les assureurs pourront-ils agir contre lui en répétition de ce qu'il a reçu pour une assurance qui manque d'aliment? Ce fait s'est présenté deux fois à ma connaissance, et deux fois les assureurs ont échoué.

575. Dans l'une de ces affaires, où je remplissais les fonctions de rapporteur (2), je disais, après avoir rappelé les principes qui fixent le rôle du commissionnaire : « Foussat frères, de Bordeaux, ont sans doute dans l'origine pris une assurance pour *compte de qui que ce soit*; sans doute aussi ils ont touché le montant de l'indemnité qui paraissait due à Gassiot, assuré véritable; sans doute enfin cette indemnité n'était pas due puisque Gassiot, par une fraude aussi audacieuse que subtile, a supposé fallacieusement l'existence du navire et de la fortune de mer.

» Mais est-ce à dire pour cela que Foussat frères, qui ont fait compte de l'indemnité à leur correspondant, doivent la restituer? Est-ce à dire qu'on

(1) *Infrà*, nos 595, 580, 585.

(2) Aud. de la ch. des requêtes du 23 février 1842.

V. *infrà*, n° 585, l'exposé des faits.

doit les traiter comme le commissionnaire pour compte de l'art. 91 du C. de c.? Que leur reproche-t-on? D'après une observation d'Emerigon, tout porteur de la police en étant présumé propriétaire légitime, Foussat frères ont reçu, d'après cette présomption légale, non comme commissionnaires pour compte, mais comme propriétaires de la police. Or, qu'a-t-on à leur demander? Quand un papier est payable au porteur, est-ce que, le paiement effectué, on peut rechercher ceux qui l'ont reçu? Est-ce que ce n'est pas une monnaie courante qui n'a pas de suite? Sans doute on pouvait avant le paiement faire des objections, opposer des compensations tirées de la personne de l'assuré. Cela est permis en cette matière, et est spécial aux polices d'assurances, malgré leur qualité de papier au porteur (1). Mais, le paiement étant effectué entre les mains du porteur de bonne foi, est-ce qu'il y a un recours quelconque contre lui? est-ce qu'il ne peut pas dire : *Meum recepi*?

» Comme porteurs de la police, Foussat frères sont donc inattaquables.

576. » A la vérité, Foussat frères avouent qu'ils ne sont que les mandataires de Gassiot, et non propriétaires réels de la police; mais ils ajoutent sur-le-champ qu'ils ont rendu compte à Gassiot, et ce fait n'est pas contesté. Peut-on tourner cet aveu contre eux en le divisant? A-t-on le droit de leur dire : Vous êtes, non pas des mandataires simples et ordi-

(1) Emerigon, t. 2, 250.

naires; vous êtes encore des commissionnaires pour compte, qui avez engagé envers les tiers votre crédit personnel? Non! car ils pourraient répondre: « Nous n'avons pas pris cette qualité lors du paiement; ou acceptez la qualité ostensible que nous nous sommes donnée, celle de porteurs propriétaires de la police, ou acceptez la qualité de simples mandataires qui se cachait sous celle-là. Dans le premier cas, vous n'avez pas d'action contre nous; dans le second, nous sommes *nudi ministri*, irresponsables à votre égard. »

577. » Les assureurs se plaindront-ils de la position où les placent ces principes? Diront-ils que la loi, ainsi interprétée, leur fait une position trop dure en ne leur donnant pour exercer leur recours qu'un individu éloigné, inconnu, qui peut leur avoir tendu des pièges?

» La loi a pris, au contraire, toutes les précautions pour protéger les assureurs. Voyez-en, en effet, l'économie.

» L'art. 384 du Code de commerce autorise l'assureur à faire la preuve contraire des faits consignés dans les attestations. L'assureur a le droit de tout contrôler, de tout vérifier; le même article lui permet même de faire un paiement provisoire, moyennant caution (1). Pour peu que les assureurs conçoivent de doutes, ils ne manquent pas de prendre ce moyen préservateur: c'est là un remède contre les erreurs auxquelles pourraient les entraî-

(1) Pothier, *Assurances*, n° 161.

Emerigon, t. 2, p. 303.

ner les fraudes de correspondants étrangers. Par cette combinaison de la loi, ils ont quatre ans pour protéger leurs intérêts (art. 384), et quatre ans leur suffisent, s'ils sont vigilants, pour pénétrer au fond des aventures les plus romanesques et de toutes les fraudes.

578. » Mais s'ils paient purement et simplement, sont-ils bien venus de s'en prendre à d'autres qu'à eux-mêmes? Serait-il équitable, surtout, de déverser la responsabilité sur le porteur de bonne foi de la police? Doivent-ils trouver mauvais que ce dernier ait compté avec l'assuré, qu'il lui ait transmis les fonds au même titre qu'il les avait reçus? Si les assureurs avaient fait un paiement provisoire, le porteur de la police n'aurait versé les fonds que provisoirement à son correspondant. Mais il les a reçus sans protestation ni réserve, et il les transmet de même à l'assuré; il suit la loi que les assureurs ont imposée au paiement. Faudrait-il donc que le porteur, pour se prémunir contre un recours éventuel, gardât les fonds par devers lui, sans en rendre compte, tant que la prescription ne serait pas acquise? Un tel système est-il admissible? Peut-on comprendre une combinaison qui empêche le commissionnaire de rendre compte à son mandant?

579. » En résumé donc, disais-je toujours dans mon rapport, où je puise cette théorie de droit qui, du reste, n'était qu'un épisode de l'affaire, en résumé, il n'est pas possible de croire que le commissionnaire ait quelque responsabilité à cou-

rir pour la réception de l'indemnité. La fiction qui le déclarait assuré a cessé; le ministère dans lequel il agissait dans l'origine a fait place à de nouveaux rapports; un autre ordre de faits est intervenu; il ne se montre plus comme commissionnaire *pour compte*, ce rôle est éteint; il n'apparaît que comme porteur d'un titre négociable et payable au porteur qui l'investit d'une qualité tout autre. Tellement que c'est en vain qu'il argumenterait de sa qualité de commissionnaire, créateur de l'assurance, pour exiger le montant de l'indemnité. Sans la police en main, point de paiement à réclamer. Dès lors, si cette seule qualité de porteur de la police lui a procuré le bénéfice du paiement, serait-il juste d'argumenter de sa qualité de commissionnaire originaire pour se faire un moyen de le rechercher personnellement?

580. Ces idées ont été pleinement sanctionnées par un arrêt de la Cour d'Aix du 10 juin 1842 (1), contre lequel on s'est vainement pourvu en cassation; car le recours a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 12 mars 1844 (2). Le rapport dont j'ai extrait les arguments qu'on vient de lire avait été recueilli, par l'une des parties intéressées, à l'audience de la chambre des requêtes du 23 février 1842, et il fut produit à la Cour

(1) Devill., 42, 2, 534.

Dal., 43, 2, 78.

(2) Devill., 44, 1, 294.

Dal., 44, 1, 257.

d'Aix. Il est visible que cette Cour en a adopté toute la théorie.

Je dois dire un mot des faits sur lesquels repose l'arrêt de la Cour d'Aix.

Pinatelli-Raoul, d'ordre de MM. Podestà frères, de Bastia, fait assurer, pour *compte de qui il appartiendra*, sur le corps et faculté du navire la *Medelis*, la somme de 30,000 fr. pour un voyage d'Ajaccio à Marseille.

Par une seconde police, du 6 février 1839 (la première était du 24 janvier), le même Pinatelli-Raoul, d'ordre de MM. Podestà frères, fit assurer, pour compte de Zulezzi, la somme de 5,500 fr. sur les facultés du même navire et pour le même voyage.

Un naufrage a lieu; le délaissement s'ensuit, et, après toutes les justifications désirées par les assureurs, ces derniers paient à Pinatelli-Raoul l'indemnité du sinistre. Il est à remarquer que les deux polices d'assurance portaient que l'indemnité serait payée à l'assuré ou au porteur de la police. Pinatelli en était porteur. Ce dernier transmet les fonds à MM. Podestà frères, et MM. Podestà frères en font compte à Zulezzi pour qui l'assurance avait été prise.

Quelque temps après, une procédure criminelle, suivie devant la cour d'assises de Bastia, fit connaître que le navire la *Medelis* n'avait péri que par une baratterie du patron, de complicité avec Zulezzi lui-même. Alors les assureurs se hâtèrent d'intenter une action contre Pinatelli-Raoul pour se faire restituer les sommes indûment payées. On

pressent le système de Pinatelli-Raoul. Il répondit : « J'ai reçu comme porteur de la police, et j'ai payé la somme reçue à qui de droit. » Les sieurs Podestà frères intervinrent pour prendre son fait et cause, et soutinrent, par les mêmes raisons, la non-recevabilité des assureurs.

Condamnés en première instance, sous prétexte que Pinatelli-Raoul avait seul traité en son nom personnel, ils appelèrent devant la Cour d'Aix ; et là, après un débat intéressant, où chaque partie déduisit avec la plus grande force les raisons de sa cause, la décision des premiers juges fut infirmée par l'arrêt très remarquable du 10 juin 1842, que j'ai déjà cité. Cet arrêt contient les vrais principes de la matière, et doit être consulté comme un des plus graves monuments de la jurisprudence sur cette question.

581. Je ferai remarquer ici que les notes insérées dans le recueil de M. Devilleneuve sur l'arrêt du 12 mars 1844 (1) ne paraissent pas fixer avec assez de précision le sens de cette importante décision. L'auteur croit d'abord que, soit que l'on consulte la jurisprudence, soit que l'on consulte les auteurs, il n'y a pas unanimité dans la solution de la question de savoir si le commissionnaire qui s'assure *pour compte* est réputé véritable assuré. Mais, en distinguant, comme je l'ai fait, et comme l'a fait la Cour royale d'Aix avec beaucoup de sens, les diverses périodes de l'assurance, les contradictions s'effacent et tout se concilie.

(1) 44, 1, 294 et 386.

582. L'auteur croit en outre que la non-responsabilité du commissionnaire a pu tenir, dans l'espèce jugée à Aix, à ce que les assureurs avaient su, par l'une des polices, que l'assurance prise par le commissionnaire était pour le compte de Zulezzi, commettant ; que dès lors la désignation de ce commettant, lors de la formation du contrat, avait pu faire considérer le commissionnaire comme simple mandataire. Il n'en est rien ; cette nomination lors du contrat est insignifiante (1). Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, nos 545 et suiv., peu importe que le commissionnaire qui agit en son nom désigne pour son compte. C'est sa foi seule qui a été suivie, et non pas celle de son commettant, étranger et sans crédit connu (2).

Le grand motif qui a déterminé la Cour d'Aix à éloigner la responsabilité, c'est que, dans cette phase de l'assurance qui suit le sinistre, le commissionnaire a changé de rôle, et que, par la révélation forcée de son mandat, il n'a pu recevoir l'indemnité que comme simple mandataire, ou comme porteur de la police.

Tel est le sens de l'arrêt d'Aix. Il ne faut en rien diminuer.

(1) Emerigon, t. 4, p. 438.

(2) Nous verrons au n° 586 le recueil de M. Dalloz donner à cet arrêt un autre motif, savoir, que le fait sur lequel était fondée l'action des assureurs était un fait de *baratterie postérieur* au contrat, et par conséquent étranger au commissionnaire. Ce motif est encore plus défectueux que celui du recueil de M. Devilleneuve.

583. Le recueil de M. Dalloz fait une autre observation (1). Il constate d'abord la généralité de la théorie de la Cour d'Aix; théorie d'après laquelle l'assureur et l'assuré véritable se trouvent directement en présence, de telle sorte que le commissionnaire ne peut jamais recevoir que comme mandataire simple de l'assuré. Il trouve cette théorie trop absolue, et il remarque que l'arrêt de rejet de la chambre des requêtes ne va pas si loin.

La Cour de cassation est obligée à beaucoup de prudence et de réserve. Elle a pour maxime de se renfermer toujours dans les espèces, et d'éviter les solutions qui par leur généralité pourraient engager l'avenir.

Ici, il y avait des faits déclarés constants, desquels il résultait que le commissionnaire avait agi comme mandataire simple. La chambre des requêtes s'y est attachée. Mais, en restant dans cet horizon limité, elle n'a rien dit qui pût ébranler la théorie de droit admise par la Cour d'Aix; d'autant plus que cette Cour n'a imprimé aux faits la physionomie acceptée par la Cour de cassation que par suite des principes de droit qu'elle a pris soin de développer avant tout d'une manière aussi complète que fidèle.

584. Est-il vrai ensuite que la thèse de la Cour d'Aix soit trop absolue? Le recueil de M. Dalloz aurait bien dû dire pourquoi elle dépasse les justes bornes. Il aurait dû surtout expliquer comment il

(1) 44, 1, 237.

est possible au commissionnaire de recevoir autrement que comme porteur de la police; car tout est dans ce nœud de la difficulté.

585. Il est vrai que, pour prouver sa proposition, le recueil de M. Dalloz cite un arrêt de la chambre civile, du 8 mai 1844 (1), qui a suivi de très près l'arrêt de la chambre des requêtes du 12 mars 1844. Mais cet arrêt ne me paraît pas sagement apprécié par l'annotateur.

Gassiot, demeurant en Amérique, avait simulé l'existence du navire *le Léonidas* et de son chargement; et, trompant la bonne foi des frères Foussat, ses correspondants de Bordeaux, il les avait chargés de prendre une assurance pour cette propriété imaginaire.

C'est ce qui avait été fait. Foussat frères avaient assuré, auprès de la compagnie d'assurance maritime, le *Léonidas* et son chargement, pour compte de qui que ce soit.

Plus tard, Gassiot avait simulé le sinistre qui devait être le complément de sa fourberie. Des papiers faux avaient été envoyés à Foussat frères. La compagnie, trompée comme eux par ces productions, avait cru à la réalité du naufrage et de la perte; elle avait payé à Foussat frères, porteurs de la police.

Plus de cinq ans après, la fraude fut découverte. La compagnie d'assurances actionna Foussat frères en restitution.

(1) 44, 1, 238, 239.

Devill., 44, 1, 386.

La Cour royale de Bordeaux, par un arrêt du 3 août 1840 (1), rejeta cette prétention, et voici son raisonnement :

Ou vous prétendez que Foussat frères sont des commissionnaires *pour compte*, tenus personnellement comme assurés, et votre action est prescrite, aux termes de l'article 432 du Code de commerce, qui éteint au bout de cinq ans les actions dérivant du contrat d'assurance ;

Ou vous vous placez dans le droit commun et vous invoquez la prescription de trente ans, et alors, d'après le droit commun, Foussat frères ne sont que simples mandataires, et ils ne sont pas obligés personnellement.

Pourvoi. Rapporteur de l'affaire à la chambre des requêtes, je rappelais les principes que j'ai déduits ci-dessus (2) ; principes, du reste, que la Cour royale de Bordeaux n'avait ni admis, ni contestés, puisqu'elle avait tranché la difficulté par une double alternative dont les deux branches lui paraissaient contenir la condamnation des assureurs. Puis j'arrivais à la prescription, et je montrais que la Cour royale de Bordeaux s'était placée dans une position inexpugnable par le dilemme qu'elle opposait aux assureurs.

Cependant quelques doutes s'élevèrent dans l'esprit de la Cour sur le point de départ de la prescription de cinq ans ; d'autres considérèrent

(1) Devill., 41, 2, 326.

(2) Nos 555 et suiv.

comme digne des méditations de la chambre civile la théorie que je leur soumettais sur le rôle du commissionnaire *pour compte*, théorie nouvelle pour la Cour et n'ayant encore reçu la sanction d'aucun arrêt émané d'elle.

L'admission fut prononcée. Il était certain pour moi qu'un rejet terminerait l'affaire, lorsqu'elle serait contradictoirement examinée. C'est ce qui ne manqua pas d'arriver.

L'arrêt fut rendu au rapport de M. Thil et sur les conclusions de M. Pascalis. Il discute la partie du dilemme dans laquelle la Cour royale, acceptant Foussat frères comme assurés, les libère par la prescription ; il reconnaît que l'action dirigée contre eux dérive, d'après la prétention même des demandeurs, du contrat d'assurance, et est par conséquent éteinte par la prescription ; cette prescription a commencé à courir, encore bien que la fraude du commettant (cause de la répétition) n'ait été découverte que plus tard.

On le voit, la Cour de cassation a pris les choses comme les avait faites la Cour royale de Bordeaux. Elle n'a pas plus expressément décidé que la Cour royale de Bordeaux que Foussat frères étaient tenus personnellement. Elle n'a fait qu'admettre, par forme de supposition, qu'ils étaient responsables personnellement, afin de décider ensuite, avec la Cour royale, que même dans cette hypothèse ils étaient à couvert. En un mot, la face du débat n'a pas été changée ; elle a été jusqu'au bout ce qu'elle était au commencement. Elle a conservé en fin de cause un air de ce dilemme

cornu que la Cour royale avait opposé aux assureurs.

586. Maintenant voici l'idée que le recueil de M. Dalloz donne de cet arrêt comparé à l'arrêt de la chambre des requêtes du 12 mars 1844. Dans ce dernier arrêt, dit-il, le commissionnaire a été déclaré non responsable, parce que le fait sur lequel était fondée la répétition de l'indû était *postérieur* à la formation de la police et *étranger* à ce contrat : la baratterie du patron. Au contraire, dans l'arrêt de la chambre civile, l'origine du préjudice souffert par les assureurs tenait à la *formation* même du contrat d'assurance, lequel se trouvait *ab origine* entaché de simulation par le dol de l'assuré véritable. Aussi la chambre civile a-t-elle déclaré le commissionnaire responsable, et, sans la prescription, il aurait dû être condamné.

De là, le recueil tire cette conclusion qui lui paraît résumer la jurisprudence : c'est qu'il n'y a pas à s'informer si celui qui a reçu les fonds a agi en qualité de commissionnaire ou en qualité de simple mandataire. Un seul point est à éclaircir. L'action dérive-t-elle du contrat d'assurance même, ou bien d'un fait postérieur? Si du contrat d'assurance, le commissionnaire est toujours responsable, soit qu'il ait agi comme mandataire simple, soit qu'il ait agi comme commissionnaire. Si, au contraire, l'action dérive d'un fait postérieur, il est toujours irresponsable, et il n'y a pas plus lieu dans ce cas que dans le précédent de se préoccuper de la question oiseuse de savoir si la qualité du commissionnaire était celle de commissionnaire

agissant en son nom, ou si c'était celle de nu mandataire.

587. Cette explication est tellement défectueuse qu'elle mérite à peine une réfutation. Comment! l'arrétiste connaît des cas où un mandataire simple, agissant comme *nudus minister* dans les limites de son mandat, est personnellement responsable! il veut que, lors même qu'il n'est qu'un simple mandataire, il soit garant si le fait qui donne matière à l'action est contemporain de la police! il prétend que, par cela seul que le fait est contemporain de la police, il est indifférent de savoir si celui qui a reçu les fonds les a reçus dans le rôle de l'art. 91 du C. de com., ou dans le rôle de l'art. 92!! Mais qui ne sait que le mandataire, simple procureur et *merus executor*, n'est passible d'aucun recours de la part des tiers?

Cette inadvertance suffit à elle seule pour démontrer que l'annotateur a erré, contre son usage, sur le sens des décisions dont il s'agit. D'ailleurs, il suffit de lire l'arrêt de la chambre des requêtes du 12 mars 1844 pour être convaincu que la difficulté se concentrait à ses yeux dans la question de qualité. Je l'affirme donc avec confiance : il n'y a pas le moins du monde à rechercher l'époque des faits sur lesquels se fonde l'action en responsabilité. Quelle que soit l'époque de ces faits, le droit est le même. Tout le nœud de la difficulté git au contraire dans le rôle du commissionnaire. Il n'y a pas d'autre question que celle-là. S'il est vrai que l'arrêt de la chambre civile a décidé que le commissionnaire est responsable, ainsi que paraît le croire

le recueil de M. Dalloz (et le recueil de M. Deville-neuve n'est pas éloigné de cette erreur (1)), il faut concevoir des scrupules sur l'arrêt de la chambre des requêtes qui se prononce avec la Cour d'Aix pour la non-responsabilité dans des circonstances qui n'avaient entre elles rien qui différenciât foncièrement les deux espèces. Mais faut-il le dire? la chambre civile n'a pas abordé aussi affirmativement qu'on paraît le croire la thèse de la responsabilité; elle ne s'y est arrêtée que par hypothèse, et pour arriver à la question de prescription qui écartait toutes les autres. L'arrêt de la chambre des requêtes est celui qui est véritablement topique; il le serait encore plus si les usages de la Cour lui avaient permis d'embrasser la question avec la liberté qu'y a portée la Cour d'Aix.

588. Les détails dans lesquels nous venons d'entrer nous ont paru utiles pour fixer les idées sur une matière qui n'est pas familière à tous les esprits. Ce n'est pas que les principes soient équivoques. La doctrine des anciens auteurs, surtout des auteurs commerciaux, tels qu'Ansaldus, Straccha, Casaregis, etc., etc., les a scellés sur des bases inébranlables, et leur esprit pratique en a montré avec sagacité l'application sûre et intelligente. Mais ces principes ne sont pas assez répandus chez les légistes, préoccupés surtout du droit civil. Les commerçants eux-mêmes n'en savent pas toujours faire un bon usage dans les tribunaux de com-

(1) 14, 1, 336 (note).

merce, où la loi fait appel à leur expérience (1). MM. Delamarre et Lepoitevin ont beaucoup contribué par leur excellent livre à mettre en lumière ces oracles du droit commercial. Nous désirons nous être associé utilement à leur tâche et avoir ajouté à leurs efforts.

589. Venons maintenant à la dernière partie de notre article. Elle concerne le cas où le mandataire a excédé les termes de la procuration et où les tiers veulent l'en rendre responsable.

Deux cas peuvent se présenter : ou il n'a pas donné connaissance de la procuration, ou il en a donné connaissance.

590. S'il n'a pas donné connaissance de la procuration, il est responsable envers les tiers de ce qu'il a fait avec eux au delà de son mandat. La raison en est simple. Les tiers ont ajouté foi à sa parole; ils ont cru ce qu'il affirmait de l'étendue de ses pouvoirs. Pourrait-il se plaindre de cette confiance? Non; et il doit répondre de ces assertions auprès des tiers (2). Pour renvoyer ces mêmes tiers à se pourvoir contre le mandant dont il a usurpé le nom et la procuration, il faudrait que ce dernier eût ratifié ce qu'il a fait (3).

591. Mais s'il a donné connaissance de sa procu-

(1) *Suprà*, n° 534 et suiv.

(2) Ansaldus, *disc.* 30, n° 8.

« *Asserens mandatum, vel commissionem habere contrahendi pro altero, remanet obligatus.* »

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 341.

(3) Ansaldus, *loc. cit.*

ration aux tiers avec lesquels il a traité, et que ceux-ci, ayant eu pleine connaissance de la limite de ses pouvoirs, l'aient suivi dans la transgression à laquelle il s'est livré, ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes. Ils n'ont point été trompés; ils ont su qu'ils ont contracté avec une personne sans qualité (1).

592. C'est du reste une question de fait que de savoir si la connaissance donnée aux tiers est suffisante ou insuffisante; et dès lors cette question est abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Ainsi l'a jugé la chambre des requêtes sur mon rapport, par arrêt du 26 juin 1845. Les circonstances de cette affaire ne sont pas inutiles à rappeler.

La compagnie dite *des mines d'Arras* était administrée par un conseil, auquel les statuts ne permettaient de contracter d'emprunts et de prendre d'engagements que jusqu'à concurrence des valeurs en caisse. La compagnie se trouva bientôt dans une fâcheuse situation et sans fonds nécessaires pour marcher. Aux termes des statuts, il aurait fallu se dissoudre. Au lieu de cela, le conseil convoqua une assemblée générale des actionnaires pour aviser à un emprunt. Quelques actionnaires seulement prirent part à cette assemblée,

(1) *Infrà*, n° 776.

Casaregis, *disc.* 197, n° 43 :

« *Exceptio hæc solùm à mandante, non autem à tertio esset objicienda.* »

Junge Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 7, t. 15, n° 51.

qui, sans faire attention à la lettre des statuts, émit l'opinion que le droit d'emprunter résultait de l'acte social même. Sa délibération est du 2 mai 1840.

Le conseil d'administration, muni de cette délibération, qui évidemment n'avait aucune valeur, donna pouvoir au sieur Boca d'emprunter 45,000 fr. Désiré Godart s'engagea à les prêter. Il est à remarquer qu'on ne lui donna connaissance que de la délibération du 2 mai 1840, mais qu'on lui laissa ignorer l'acte de société, en contravention duquel cette délibération avait été prise dans une forme illégale.

Cet emprunt ne sauva pas la société de sa ruine: elle ne put faire face à ses engagements. Après sa dissolution, ses liquidateurs, pressés de rembourser Désiré Godart, soutinrent que la compagnie n'était pas responsable d'un emprunt contracté contre la teneur même des statuts, contre l'étendue du mandat donné aux administrateurs, et sans l'assentiment de tous les actionnaires. Ce système était sans réplique. Aussi Désiré Godart prit-il des conclusions pour reporter subsidiairement la garantie sur les membres du conseil d'administration, auteurs de l'emprunt.

Ceux-ci lui répondaient : De quoi vous plaignez-vous? Nous vous avons donné connaissance de la délibération du 2 juin 1840 qui interprétait les statuts dans un sens favorable au droit d'emprunter; cette délibération était la base de notre pouvoir; elle était notre mandat. Nous vous l'avons communiquée.

Mais Désiré Godart insistait en disant : La déli-

bération du 2 juin 1840 n'est qu'un abus d'interprétation ; c'est l'acte d'une assemblée illégale. Pour que j'eusse reçu de vous une connaissance complète du véritable état des choses, il aurait fallu que vous m'eussiez communiqué le statut social. Là j'aurais vu que vous n'aviez pas de mandat pour emprunter ; là j'aurais vu que vous excédiez vos pouvoirs. Or, vous avez dissimulé cet acte important qui caractérisait votre situation et m'aurait empêché de faire le prêt.

Vous êtes donc tenu personnellement envers moi d'après l'art. 1997 du C. c.

Direz-vous que je devais réclamer de vous la production de l'acte de société, et que je suis coupable de ne l'avoir pas fait ? Mais quoi ! vous me reprochez de vous avoir cru sur parole ? Vous voulez que je sois puni de la confiance que j'ai mise dans vos assertions ?

Sur ce débat, la Cour royale de Douai déclara, par arrêt du 15 mai 1844, que les mandataires n'avaient pas donné une connaissance suffisante de leur mandat, et qu'en ayant excédé les limites, ils étaient personnellement garants envers Désiré Godart.

Ils se pourvurent en cassation. Mais, par l'arrêt précité du 26 juin 1845, leur pourvoi fut rejeté, attendu que les juges du fait, après avoir pris en considération l'état incomplet des justifications faites auprès de Désiré Godart par les mandataires de la société, ainsi que la production de la délibération du 2 juin 1840, isolée et séparée de l'acte social qui l'aurait réduite au néant, avaient sou-

verainement jugé, en fait, que les mandataires n'avaient pas donné une connaissance suffisante de leurs pouvoirs, et dû décider dès lors, par application de l'art. 1997 du C. c., qu'il était personnellement tenu.

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

ARTICLE 1998.

Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

SOMMAIRE.

593. Transition. Obligations du mandant. Leur origine.
594. De l'action *mandati contrariâ*; faveur qui y est attachée; elle est du droit des gens.
595. La première obligation du mandant est d'exécuter ce qui a été promis par le mandataire dans la limite de son mandat.
596. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*
Les actes du mandataire réfléchissent sur le mandant.
597. Mais cela à deux conditions:
1° A condition que le mandataire ait agi *nomine procuratorio*.
598. 2° A condition que le mandataire n'ait pas excédé les bornes de la procuration.

599. Le mandataire qui n'a pas agi dans les termes de sa procuration n'a pas d'action pour faire ratifier par le mandant les actes faits avec les tiers.
Renvoi au n° 604 pour de nouvelles explications sur cette règle.
600. Les tiers n'ont pas non plus de recours contre le mandant dont la procuration a été excédée, s'ils ont traité avec le mandataire en connaissance de cause de cet excès.
601. *Quid* quand le mandant a ratifié ce qui a été fait?
602. Bien que le mandat soit tacite, les tiers qui ont traité avec un mandataire tacite, notoirement reconnu pour tel, ont action contre le mandant.
Des actes des commis.
Ils réfléchissent sur le mandant.
603. Quels sont les actes du domestique qui réfléchissent contre le maître.
604. Retour sur la règle du n° 599 *suprà*. Du cas où le vague de la procuration a facilité de la part du mandataire des abus dont les tiers n'ont pu se prémunir, à cause de la mauvaise rédaction de la procuration.
605. Explications à cet égard.
606. Il en est de même quand la procuration a été révoquée à l'insu des tiers, et que le mandant n'a pas retiré la procuration des mains du mandataire. Les tiers qui ont traité avec ce dernier, de bonne foi, ont action contre le mandant.
607. Si le mandant peut répudier les engagements contractés par le mandataire qui a excédé le mandat, lorsque les tiers ont eu juste sujet de le considérer comme maître de la chose.
608. De la ratification en matière de mandat. Ses caractères. Différence entre cette espèce de ratification, et celle dont parlent l'art. 1338.
609. La ratification en matière de mandat est exempte de formes spéciales.

610. Elle peut être tacite.
 611. Suite et exemples.
 612. De la ratification qui résulte du silence.
 613. De la connaissance que doit avoir le mandat pour ratifier convenablement.
 614. De la volonté de ratifier l'acte tel quel.
 615. La ratification de l'acte s'étend aux conditions qui y sont annexées.
 Une ratification partielle n'est pas une ratification.
 616. Lorsque la ratification a été donnée dans l'ignorance des conditions substantielles de l'acte, elle n'opère pas.
 Exemple.
 617. Effets remarquables de la ratification. Elle rétroagit.
 Elle équivaut à un mandat donné *ab initio*.
 618. Application de ceci.
 619. Est-il vrai cependant que toutes les gestions d'affaires se transforment en mandat lorsqu'elles ont été ratifiées ?
 Distinction de Cujas sur cette question.
 620. Il n'y a pas d'effet rétroactif au préjudice des tiers.

COMMENTAIRE.

593. Après avoir épuisé ce qui concerne les obligations du mandataire, nous arrivons au chapitre des obligations du mandant. On sait déjà d'où procèdent ces obligations et comment elles se lient au contrat de mandat. Nous avons fait à cet égard, au n° 11, des remarques auxquelles nous renvoyons (1).

594. Ces obligations donnent lieu à une action appelée par les Romains *mandati contraria*, parce qu'elle ne dérive pas principalement du contrat de

(1) *Junge* n°s 28, 39, 107.

mandat et qu'elle ne naît que de faits postérieurs. On l'appelle *mandati contraria* par opposition à l'action *mandati directa*, qui compète au mandant contre le mandataire, et procède directement, immédiatement, principalement du contrat (1). Elle est extrêmement favorable. Fondée sur l'équité, elle est reçue chez tous les peuples sans distinction de la qualité de nationaux ou d'étrangers. La juste indemnité à laquelle elle tend la recommande d'une manière spéciale à la bienveillance des juges (2).

595. Le mandat a souvent pour but de mettre le mandant en rapport avec des tiers par le moyen d'une personne qui, munie de la procuration, représente le mandant aux yeux de ceux-ci. Qu'est-ce que le mandataire dans ce cas ? un simple intermédiaire, qui figure sous le nom d'autrui et ne contracte personnellement aucun engagement avec les tiers (3). C'est donc le mandant qui seul est engagé, qui seul doit répondre aux tiers lorsque ceux-ci ont à faire valoir les droits que le mandataire leur a conférés en vertu de la procuration. *Qui mandat ipse fecisse videtur.*

596. L'art. 1998 règle cette situation du mandant. Il veut avec raison que les actes faits par le mandataire dans les termes de la procuration réfléchissent sur le mandant, et que les tiers tiennent

(1) *Suprà*, n° 11. Ulp., l. 12, § 7 et 9, D., *Mandati*.

(2) V. un exemple dans mon com. du *Cautonnement*, n° 331.

(3) *Suprà*, n° 517.

celui-ci pour aussi étroitement lié que s'il avait comparu personnellement.

597. Deux conditions cependant sont nécessaires pour que les tiers aient une action directe contre le mandant.

La première, c'est que le procureur ait agi *nomine procuratorio*, et non pas en son propre et privé nom. Car s'il avait agi pour compte, mais en son nom personnel, les tiers n'auraient pas d'action contre le mandant. *Personam contrahentium contractus non egrediuntur*. Nous avons développé ce point ci-dessus avec des détails qui nous dispensent d'y revenir (1).

598. La seconde condition, c'est que le mandataire n'ait pas excédé les limites de la procuration (2); car s'il s'est permis d'en sortir, il n'a pas représenté le mandant. *Non essendo adempita la forma del mandato, non è tenuto il mandante a osservare e ratificare ciò che vien fatto dal mandatario* (3).

De là deux conséquences.

599. La première, c'est que le mandataire qui n'a pas agi conformément à son pouvoir n'a pas l'action *mandati contraria* pour se faire garantir par

(1) N^{os} 522, 535 et suiv.

(2) L. 1, § 12, D., *De exercit. act.* (Paul). Sa décision est précise et topique.

Casaregis, *disc.* 119, n^o 9, d'après la l. *Si procurator.*, C., *De procurat.* Rot. gen., *decis.* 174, n^o 6.

Deluca, *De credito*, *disc.* 84, n^o 3.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 340.

(3) Casaregis, *disc.* 119, n^o 9.

le mandant des engagements qu'il a pris avec les tiers (1). C'est à lui, mandataire, à en répondre personnellement; notre article est textuel pour ce cas. Voyez cependant, au n^o 604, les exceptions dont cette règle est susceptible.

600. La seconde, c'est que les tiers n'ont pas non plus de recours personnel contre le mandant; c'est qu'ils n'ont d'action que contre le mandataire seul. Et encore faut-il pour cela que le mandataire ne leur ait pas donné connaissance de sa procuration et se soit vanté d'un pouvoir qu'il n'avait pas; car si le mandataire leur avait montré son mandat, et qu'après avoir été ainsi mis à même d'en vérifier la portée, ils eussent passé outre, ils n'auraient aucune garantie à demander au mandataire; ils seraient censés avoir traité à leurs risques et périls. C'est ce que nous avons vu par l'art. 1997.

601. Toutefois, si le mandant a ratifié expressément ou même tacitement le fait extra-légal du mandataire, son approbation efface la faute; elle équivaut à un mandat tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du mandataire. Ici se place la matière de la ratification; nous allons la traiter. Mais comme son étendue nous forcera à entrer dans des développements, je veux, avant de l'aborder, mettre en relief quelques points qui se lient aux propositions précédentes.

(1) Rot. gen., *decis.* 174, n^o 7: *Et ex mandato agere non potest qui non servavit illud, et ejus qualitates, etiam quod in modico consistenterent.*

602. D'abord, il y a des mandats tacites qui ont auprès des tiers la même vertu que des mandats exprès. Les tiers y ont cru ; ils ont été fondés à y ajouter foi. Le mandant est tenu de respecter ce qui a été fait par ces mandataires tacitement autorisés par lui, jouissant de sa confiance et faisant ses affaires ostensiblement. La bonne foi du public ne doit pas être trompée. Tantôt c'est un commis qui, préposé au paiement des ouvriers, aura l'habitude d'emprunter en l'absence du maître pour ne pas laisser les chantiers déserts. Le commettant qui aura toléré cette habitude ne sera pas libre de ne pas rembourser les tiers de bonne foi qui seront venus au secours de ses affaires (1).

Tantôt ce sera un commissionnaire qui, chargé de faire telle commission et n'ayant pas les fonds nécessaires pour les avances, aura eu recours au crédit des tiers. Le commettant aurait-il bonne grâce à refuser à ces tiers de prendre à sa charge des engagements si intimement liés aux fins du mandat qu'il a donné (2) ?

603. Mais on n'abusera pas de cette règle, et l'on se rappellera les préceptes que nous avons donnés ci-dessus, sur la nécessité de ne pas excéder les limites du mandat (3).

(1) Bordeaux, 9 février 1829 (D., 29, 2, 294).

Il s'agissait d'un conducteur de travaux, chargé de payer les ouvriers, qui avait fait des emprunts pour parvenir à ce but.

(2) Cass., req., 15 février 1830 (D., 30, 1, 127).

(3) *Suprà*, n^o 260 et suiv.

Ainsi, par exemple, dans certains cas, le domestique est, à l'égard des tiers, un mandataire pour agir au comptant ; mais quand les tiers lui font crédit, c'est une confiance personnelle qu'ils lui accordent, et le maître, dont le mandat était pour acheter au comptant, n'est pas responsable (1).

604. Quoique nous ayons dit tout-à-l'heure que le mandant n'est tenu envers les tiers qu'autant que le mandataire a agi conformément à ses pouvoirs (2), il faut cependant tempérer cette règle par une exception ; et cette exception a lieu quand l'abus du mandat, loin de ressortir de la procuration, est, au contraire, couvert par la procuration même dont la production a induit les tiers en erreur.

Je m'explique.

Je donne procuration à Pierre d'emprunter 300 fr. Pierre fait à Primus cet emprunt. Mais, au lieu de s'arrêter là, il se sert du mandat pour contracter en mon nom un deuxième, un troisième emprunt auprès de Secundus et de Tertius. Bien que Pierre ait fait de ma procuration un usage excessif, bien que les deux derniers emprunts soient contraires à mes instructions, et par conséquent illégitimes, je n'en suis pas moins obligé

(1) Arrêt de la Cour de cass. du 22 janvier 1813 ; Devill., 4, 1, 264, et la note.

Paris, 13 septembre 1828 (Devill., 9, 2, 148).

Paris, 28 avril 1838 (Devill., 38, 2, 218).

(2) *Suprà*, n^o 599.

personnellement envers Secundus et Tertius, s'ils ont été de bonne foi (1). Pierre avait un pouvoir apparent; les tiers ont eu juste sujet d'y croire. Il n'y aurait aucune sûreté à traiter avec un absent, si on les rendait responsables d'un abus caché.

605. Et la raison est ici d'accord avec le crédit privé qui milite pour les tiers.

C'est en effet la faute du mandant de n'avoir pas précisé la personne auprès de laquelle il voulait que l'emprunt fût fait.

On bien, si à cet égard il n'est pas reprochable, c'est sa faute d'avoir laissé la procuration aux mains de son mandataire après que le mandat était accompli par le premier emprunt.

On bien enfin, si sous ce second rapport il a de bonnes excuses, il est, dans tous les cas, responsable d'avoir mal placé sa confiance; c'est lui qui doit en souffrir, et non pas les tiers qu'il a mis en rapport avec ce mandataire infidèle. *Publicæ repugnat æquitati*, dit excellemment Ansaldo, *civilique commercio quòd quis sincerâ fide contrahens, cum aliquo præ manibus habente publicum instrumentum mandati, debeat sub istâ bonâ fide decipi* (2).

606. Ces exemples ne sont pas les seuls.

La procuration peut avoir été révoquée; le mandataire a forfait à ses devoirs en continuant une gestion qui lui est interdite. Mais quand cette ré-

(1) Pothier, *Mandat*, 89, *Oblig.*, n° 79.

Infrâ, n° 825.

(2) *Disc.* 30, n° 4.

Junge MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 354.

vocation est ignorée des tiers, de quel droit le mandant la leur opposerait-il? Pourrait-il leur faire un reproche d'avoir eu confiance dans cette procuration, dont son mandataire était porteur? pourquoi ne l'a-t-il pas retirée des mains de ce dernier? pourquoi lui a-t-il laissé ce titre de nature à attirer la confiance des tiers? quel moyen les tiers auraient-ils donc de se prémunir contre ces abus impénétrables à leurs recherches (1)? où serait la sûreté dans les affaires?

Il est d'autant plus juste de reporter sur le mandant les suites de la faute du mandataire, lui qui est coupable d'un mauvais choix, qu'il peut stipuler que le mandataire n'agira pas *nomine procuratorio*, et qu'il contractera avec les tiers en son propre et privé nom (2). On sait que, par-là, il se trouve affranchi de l'action récursoire des tiers.

607. L'art. 1998 autorise-t-il le mandant à répudier les engagements contractés par le mandataire qui a excédé son mandat, lorsque les tiers de bonne foi ont eu juste sujet de considérer ce mandataire comme propriétaire de la chose, et que cette chose est mobilière?

Par exemple, je remets à Pierre une pièce d'argenterie pour qu'il la vende en mon nom. Au lieu de cela, il la vend en son nom à Isaac, dont il est débiteur, et compense le prix avec la dette. Pourrai-je aller contre cette vente?

(1) Pothier, *Obligat.*, nos 80, 81.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 354.

Non ! En fait de meubles la possession vaut titre. Isaac a acheté d'un homme qu'il a eu juste sujet de considérer comme vrai propriétaire de la chose. C'est tant pis pour moi si je me suis confié à une personne qui m'a trompé et qui a trompé les autres. C'est moi qui suis la cause première du mal par une confiance mal placée. Je ne puis donc inquiéter les tiers de bonne foi (1). Mes recherches contre Isaac ne seraient fondées qu'autant qu'il serait de mauvaise foi (2).

608. Venons maintenant à la ratification (3).

La ratification dont il est question dans l'article 1998, et généralement dans la matière du mandat, n'a rien de commun avec celle qui fait l'objet de l'art. 1338 du Code civil. Ce dernier s'occupe de la ratification de contrats et actes nuls ou rescindables auxquels on a été partie par soi ou par ses auteurs. L'art. 1998, au contraire, traite de la ratification d'actes auxquels on est resté entièrement étranger par défaut de pouvoir en la personne du mandataire.

609. Cette seconde espèce de ratification n'est assujéti à aucune forme. Elle peut résulter de lettres, de factures, bordereaux, actes sous seing privé, etc. Tout ce qui annonce une volonté cer-

(1) *Suprà*, n° 529.

Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1070.

(2) *Suprà*, n° 529.

Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1061.

(3) Doneau, t. 3, p. 879, n° 40.

taine de tenir pour bon l'agissement du mandataire est pris en considération.

610. Elle peut même être tacite. Notre article le déclare ouvertement, et par-là il renverse les rêves admis jusqu'à ce jour sur le défaut d'efficacité des mandats tacites (1). Tout fait quelconque d'où résulte nécessairement une approbation contient ratification, et vaut autant qu'une déclaration solennelle (2).

611. Ainsi, si, après avoir connu ce qui a été fait pour moi en dehors de mon mandat, je consens à en profiter, il est évident que je donne une ratification qui couvre toutes les irrégularités.

612. Ainsi encore, si, ayant reçu avis de ce qui a été entrepris pour moi, à mon insu ou en dehors de mes ordres, je garde le silence, je suis censé consentir par-là à ce que l'affaire se poursuive. J'ai tout ratifié. C'est ce qu'enseignent Bartole (3), Straccha (4), Casaregis (5) et tous les auteurs accrédités (6). « *Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique, neque facio, neque verbis, contradicentem, haberi pro approbante; dummodo cum scientiâ concurrat aliquis actus, ut receptio litterarum et*

(1) *Suprà*, n° 132.

(2) Casaregis, *disc.* 198, n° 6.

(3) Sur la loi 12, § *Ratam*, D., *Rem ratam haberi*.

(4) *Si dominus sciverit procuratorem suum fines mandati excedere, et non contradixerit, assentire videtur (Mandati, 18)*.

(5) Casaregis, *disc.* 30, n° 61; et *disc.* 50, n° 2, 3, 4, 32, 33; *disc.* 176, n° 35, 36; et *disc.* 131, n° 1, 2, 6.

(6) Emerigon, t. 1, p. 144, 145.

» *taciturnitas* (1). » On aperçoit la sagesse de cette dernière remarque. Le silence n'est, en effet, caractéristique qu'autant que celui qui le garde a été touché de quelque acte qui lui imposait la nécessité de s'expliquer.

A plus forte raison la rectification sera-t-elle certaine dans cet exemple donné par Straccha. Le mandataire de Pierre et Paul les a obligés solidairement, quoiqu'il n'eût que le pouvoir de les obliger pour partie; si Pierre, assigné pour le tout, demande un délai, ou offre un paiement en immeubles, sans se plaindre de la solidarité, il est censé ratifier le fait de son mandataire (2).

613. Pour que la ratification expresse ou tacite soit valable, le ratifiant n'a pas besoin de connaître toutes les circonstances secondaires ou accidentelles de l'affaire; il suffit qu'il ait eu la science des circonstances substantielles (3). Qu'importe, en effet, qu'il ait ignoré certaines qualités de l'agissement, indifférentes en elles-mêmes et incapables de porter préjudice? Il suffit que ce qui est de l'essence de l'acte ait été connu et approuvé (4).

Ainsi, par exemple, si mon commissionnaire vend, sans ordre de moi, des marchandises qui

(1) Casaregis, *loc. cit.*, *disc.* 30, n^{os} 61 et 62.

(2) Straccha (*loc. cit.*).

(3) *Id.*, *disc.* 125, n^{os} 4, 5. *Suprà*, n^{os} 138, 139 et suiv.

(4) Ansaldo, *disc.* 30, n^o 24.

Deluca, *De credito*, *disc.* 30, n^o 13.

Casaregis, *disc.* 125, n^{os} 7 et 8.

m'appartiennent et que je ne le désapprouve pas, après en avoir été informé, est-ce que je serai recevable à revenir sur cette ratification sous prétexte que je n'aurai pas connu les acheteurs? Qu'importent ces acheteurs? leur nom n'est-il pas sans valeur, sans utilité, sans influence (1)?

614. A plus forte raison devrait-il en être ainsi s'il paraissait que le mandant a voulu ratifier l'acte tel qu'il est. Une telle ratification s'étendrait de plein droit même aux qualités ignorées (2).

615. C'est par ces raisons que les jurisconsultes décident que la ratification de l'acte s'étend aux conditions qui y sont annexées (3). Un acte, en effet, ne saurait être divisé; on ne peut l'approuver pour partie et le rejeter pour partie. Il faut qu'il soit ou rejeté pour le tout, ou approuvé pour le tout (4). Une ratification partielle ne serait pas une vraie ratification.

616. Mais si ces conditions étaient substantielles, et que le ratifiant n'en eût pas eu connaissance, sa ratification ne saurait lui préjudicier, à moins qu'il n'eût entendu ratifier l'acte tel quel. C'est la conséquence de ce que nous disions au n^o 613 : *Ratificatio non valet si claram et specificam scientiam excessus non habuerit ratificans* (5).

(1) Casaregis, *disc.* 125, n^{os} 8, 9, 10.

(2) *Id.*, n^o 9.

(3) Casaregis, *disc.* 78, n^{os} 20 et 21. Voyez son sommaire.

(4) *Id.*

Arg. de la loi *Cum quaeritur*, D., *De adm. testor.* L. Si *Titulus idem*, D., *De verb. oblig.*

(5) Casaregis, *disc.* 125, n^{os} 4 et 5, au sommaire.

Par exemple, Girard donne à Lefèvre, son commissionnaire, l'ordre de vendre des 3/6 purement et simplement. Lefèvre opère en effet la vente au nom de Girard; mais, contre la teneur du mandat, il consent, en faveur de François, acheteur, à ce que le marché soit considéré comme non venu si, à l'époque de la livraison, qui doit avoir lieu dans deux mois, les 3/6 ont baissé de valeur, sauf à l'acheteur à payer un dédommagement de 10/0. Girard reçoit avis de la vente, mais non pas de la condition qui y est jointe, et, croyant que ses ordres ont été ponctuellement suivis, il écrit à François que les 3/6 sont en réserve pour lui et vont lui être livrés. Au moment de prendre livraison, une baisse arrive, et François refuse de se conformer à la condition mise à l'achat et acceptée par François. Girard s'étonne; il déclare que ses instructions ont été violées. François alors lui oppose ses lettres, et en tire la preuve d'une ratification qui couvre non-seulement la vente, mais encore la condition résolutoire opposée à cette vente. Y sera-t-il fondé? Non, s'il est bien vrai, comme nous le supposons, que Girard a été dans l'ignorance.

Ut ratificanti actus ratificatio præjudicat, requiritur quòd ille, ante ratificationem, omnium qualitatum actus ratificandi, scientiam habuerit (1). Et il s'agit ici d'une qualité substantielle, de nature à grever singulièrement le ratifiant : *essentialia actus et quæ possunt deteriore reddere conditionem ratificantis* (2).

(1) Casaregis, *disc.* 125, n° 4.

(2) Casaregis, *disc.* 125, n° 7.

617. Les effets de la ratification sont remarquables. Elle produit un effet rétroactif (1); elle couvre *ab initio* tout ce qui a été fait, de même que si un mandat avait été donné primitivement. C'est pourquoi il est une maxime fondamentale en cette matière : *Ratihabitio mandato æquiparatur* (2).

618. Il suit de là que le mandataire a droit aux intérêts de ses déboursés, non pas du jour de l'approbation, mais du jour où l'affaire a été commencée (3). Il suit encore que toutes les pertes arrivées pendant que le consentement est en suspens retombent après la ratification sur le ratifiant qui en a eu connaissance (4).

619. Du principe que la ratification équivaut à un mandat, il semble résulter, au premier coup d'œil, que toutes les gestions d'affaires se transforment en mandat dès l'instant que le maître les a connues et approuvées; que par conséquent l'action entre le maître et le gérant est plutôt l'action *mandati* que l'action *negotiorum gestorum*. Accurse a enseigné cette

(1) L. 16, D., *De pignorib. et hyp.*

Mon com. des *Hypothèques*, t. 2, n° 496.

Doneau, t. 3, p. 879, n° 10.

(2) L. 42, § 4, D., *De solutionibus*, et Ulp., l. 60, D., *De regulis juris*.

V. là-dessus Casaregis, *disc.* 30, n° 71; *disc.* 76, n° 3. *Disc.* 121, n° 12.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 177.

(4) Je dis qui en a eu connaissance; car s'il l'avait ignoré, on pourrait douter de la validité de la ratification.

Suprà, n° 613, 615.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 137, *in fine*.

opinion, et MM. Delamarre et Lepoitevin la professent (1). Elle n'est cependant exacte que quand on la limite par une distinction, que nous avons donnée ci-dessus avec Cujas et autres docteurs (2). La ratification ne convertit l'acte en vrai mandat que lorsqu'elle est nécessaire pour couvrir la responsabilité du gérant. Mais lorsque l'acte est de ceux qui se soutiennent sans le concours de la volonté du maître, son approbation ne saurait changer la situation, et convertir en action *mandati* l'action *negotiorum gestorum*.

620. Les effets rétroactifs de la ratification sont circonscrits entre les parties. Ils ne s'étendent pas aux tiers, auxquels ils pourraient porter préjudice. J'ai touché cette règle dans mon commentaire des *Hypothèques* (3). On peut recourir aux jurisconsultes et aux autorités que j'y ai cités.

Par exemple, Pierre prend une assurance pour Paul sans mandat (4). Le sinistre arrivant et les assureurs opposant la nullité de l'assurance, comme ayant été prise sans ordre (5), la ratification de Paul ne pourra pas couvrir, au préjudice des assureurs, les vices originaux du contrat. Il aurait fallu que Paul ratifiât en temps utile, *rebus integris*. Il ne le peut plus, lorsque les tiers ont un droit acquis à la nullité. C'est ce qu'explique très

(1) *Suprà*, n° 31.

(2) *Id.*

(3) T. 2, n° 495, 496.

(4) *Infra*, n° 625, j'examine cette question : Quand y a-t-il mandat tacite pour faire assurer ?

(5) *Suprà*, n° 561.

bien Casaregis dans son discours 173 (1). *E dovendo la ratificazione seguire RE INTEGRA, cioè, avanti il sinistro, in tempo et stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi come per il testo in leg. BONORUM, D., RAT. REM HAB.*

ARTICLE 1999.

Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

SOMMAIRE.

621. Autre obligation du mandant, à savoir, de rembourser le mandataire de ses avances et de ses frais.
622. Suite et exemples.
623. Peu importe que le mandataire ait fait ses avances par lui ou par un ami.
Peu importe même que cet ami, voulant gratifier le mandataire, lui en ait fait don. Ce n'est pas le mandant qui doit profiter de cette libéralité.
624. Le mandant n'est tenu de rembourser que les avances faites de bonne foi et par nécessité,
625. Ou pour une cause juste et utile.

Question de savoir si le mandataire chargé d'exé-

(1) N° 31.

opinion, et MM. Delamarre et Lepoitevin la professent (1). Elle n'est cependant exacte que quand on la limite par une distinction, que nous avons donnée ci-dessus avec Cujas et autres docteurs (2). La ratification ne convertit l'acte en vrai mandat que lorsqu'elle est nécessaire pour couvrir la responsabilité du gérant. Mais lorsque l'acte est de ceux qui se soutiennent sans le concours de la volonté du maître, son approbation ne saurait changer la situation, et convertir en action *mandati* l'action *negotiorum gestorum*.

620. Les effets rétroactifs de la ratification sont circonscrits entre les parties. Ils ne s'étendent pas aux tiers, auxquels ils pourraient porter préjudice. J'ai touché cette règle dans mon commentaire des *Hypothèques* (3). On peut recourir aux jurisconsultes et aux autorités que j'y ai cités.

Par exemple, Pierre prend une assurance pour Paul sans mandat (4). Le sinistre arrivant et les assureurs opposant la nullité de l'assurance, comme ayant été prise sans ordre (5), la ratification de Paul ne pourra pas couvrir, au préjudice des assureurs, les vices originaux du contrat. Il aurait fallu que Paul ratifiât en temps utile, *rebus integris*. Il ne le peut plus, lorsque les tiers ont un droit acquis à la nullité. C'est ce qu'explique très

(1) *Suprà*, n° 31.

(2) *Id.*

(3) T. 2, n° 495, 496.

(4) *Infrà*, n° 625, j'examine cette question : Quand y a-t-il mandat tacite pour faire assurer ?

(5) *Suprà*, n° 561.

bien Casaregis dans son discours 173 (1). *E dovendo la ratificazione seguire RE INTEGRA, cioè, avanti il sinistro, in tempo et stato di cose, nel quale l'atto ratificato potesse validamente farsi come per il testo in leg. BONORUM, D., RAT. REM HAB.*

ARTICLE 1999.

Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.

SOMMAIRE.

621. Autre obligation du mandant, à savoir, de rembourser le mandataire de ses avances et de ses frais.
622. Suite et exemples.
623. Peu importe que le mandataire ait fait ses avances par lui ou par un ami.
Peu importe même que cet ami, voulant gratifier le mandataire, lui en ait fait don. Ce n'est pas le mandant qui doit profiter de cette libéralité.
624. Le mandant n'est tenu de rembourser que les avances faites de bonne foi et par nécessité,
625. Ou pour une cause juste et utile.

Question de savoir si le mandataire chargé d'exé-

(1) N° 31.

dier une chose et de la soigner au mieux a virtuellement le droit de la faire assurer, et si le mandant lui doit le remboursement de la prime.

626. L'action du mandataire contre le mandant est à plus forte raison reçue quand le mandant a lui-même ordonné la dépense.

Espèce curieuse rapportée par Ulpien.

627. De l'intérêt des sommes avancées par le mandataire. Renvoi.

628. Le mandataire ne répond pas du succès. Il a droit à être indemnisé lors même que l'affaire n'aurait pas réussi.

Exemple donné par Africain.

Et lors même que sa dépense excéderait celle que le mandant aurait faite s'il eût agi lui-même, le mandataire de bonne foi doit en être remboursé.

Différence à cet égard entre le mandataire et le *negotiorum gestor*.

629. Mais s'il a été convenu que la dépense n'excéderait pas tel taux, et que le mandataire le dépasse, le mandant n'est pas tenu de l'indemniser de cet excédant.

Il n'en est pas tenu non plus quand la dépense est fixée par la loi et que le mandataire paie plus que le tarif.

630. Du paiement des honoraires et de l'action à ce relative.

Quelquefois l'honoraire est dû de plein droit et sans convention, même dans les matières civiles.

631. En droit commercial, l'honoraire est d'usage et de droit.

Renvoi au n° 240.

Le salaire habituel est augmenté quand le commissionnaire commercial demeure *del credere*.

632. L'honoraire qui excède les justes limites peut être réduit. Droit de révision des tribunaux à cet égard.

633. Le salaire est dû alors même que l'affaire a échoué.

634. A moins que la convention ne porte le contraire.

635. Le mandataire peut être privé de son salaire quand il se rend coupable de dol.

636. Application de cette règle.

637. Suite.

638. Suite.

639. Suite.

640. Le mandataire a-t-il droit à se faire indemniser par le mandant de l'honoraire qu'il a dû payer à un substitué?

Distinction à cet égard.

641. L'honoraire est-il dû quand un événement de force majeure empêche l'exécution de l'affaire?

642. 1^{re} hypothèse, qui a lieu lorsque la force majeure empêche le commencement de l'affaire.

643. 2^e hypothèse, qui a lieu quand l'empêchement de force majeure atteint la personne du mandataire. Opinion des commentateurs du droit romain.

644. Examen de cette opinion au point de vue des principes. Distinction à faire. L'honoraire payé ne peut être répété.

645. Mais le mandataire qui est empêché d'accomplir le mandat ne peut exiger l'honoraire (qu'il n'a pas encore reçu) pour un ministère qu'il ne remplit pas.

646. Limitation à cette règle.

647. Exemple.

648. Suite.

649. *Quid* du cas où l'honoraire est fixé à tant par mois?

650. 3^e hypothèse, qui a lieu quand l'affaire manque parce que la faute majeure a atteint le mandant.

651. Suite.

652. 4^e hypothèse, qui a lieu quand le mandat est révoqué par la volonté du mandant.

653. Réflexion finale.

En général, le mandant doit aller au devant des dépenses à faire par le mandataire, et il doit lui garnir les mains. ®

COMMENTAIRE.

621. Notre article s'occupe d'une autre obligation du mandant : c'est celle de rembourser le

mandataire de ses avances et de ses frais. Obligation aussi équitable que juste; car, puisque l'affaire concerne le mandant et lui profite, il est de toute nécessité qu'il en supporte les charges (1).

622. C'est pourquoi le mandataire qui a payé des frais de voiture, de fret, de douanes, de transit, de pesage, de déchargement, de magasinage, de change, etc., etc., qui a avancé des frais de procès ou soldé des créanciers, etc., etc., a une action pour s'en faire rembourser. Il est censé avoir fait toutes ces dépenses par la volonté du mandant, et comme conséquence nécessaire du mandat (2).

623. Il est indifférent qu'il les ait faites avec ses propres fonds, ou par le ministère d'un ami qui les lui a avancés.

Lors même que cet ami lui en aurait fait don, à lui personnellement, il pourrait les répéter contre le mandant si elles avaient été faites en son nom. L'ami a voulu gratifier le mandataire et non pas le mandant; et c'est cependant ce dernier qui profiterait en définitive de la libéralité, si le mandataire n'avait pas d'action contre lui (3).

- (1) Ulp., l. 12, § 9, D., *Mandati*.
Papinien, l. 56, § 4, D., *Mandati*.
Caius, l. 27, § 4, D., *Mandati*.
Ulp., l. 10, § 9, D., *Mandati*.
L. 4, C., *Mandati*.
Pothier, nos 68 et suiv.
- (2) Favre sur la loi 27, § 4, D., *Mandati*.
Pothier, n° 74.
- (3) Marcellus et Ulp., l. 12, § 1, D., *Mandati*.
Pothier, n° 75.

624. Mais, puisque les dépenses faites par le mandataire doivent lui être remboursées par le mandant, il faut qu'elles aient été faites par nécessité et de bonne foi : *sumptus bonâ fide necessariò factos*, dit Papinien (1).

Telles sont les dépenses faites pour procurer l'exécution du mandat (2), ou pour conserver la chose, ou pour prévenir un danger de détérioration.

625. Non-seulement les dépenses nécessaires, mais encore les dépenses utiles faites pour une juste cause, doivent être remboursées (3).

Ainsi, le mandataire qui, chargé d'une expédition, a fait assurer pour un motif plausible la chose confiée à ses soins, est reçu à se faire rembourser les primes qu'il a déboursées. L'assurance peut n'être pas absolument nécessaire, mais il suffit qu'elle soit utile; il suffit, comme le dit Paul, qu'elle soit prise *ex justâ ratione*, comme conséquence virtuelle du mandat. Si un sinistre fût arrivé, le mandant aurait assurément profité de l'assurance. N'est-il pas juste dès lors qu'il paie le

- (1) *Loc. cit.*
- (2) *Impendia*, dit Caius, *mandati exsequendi gratiâ, facta*.
L. 27, § 4, D., *Mandati*.
Jungé Ulp., l. 12, § 9, D., *Mandati*.
- (3) Arg. de l'art. 1375 C. c., l. 10, § 1, D., *Negot. gest.*
Paul dit : *Sumptibus ex justâ ratione factis*. L. 45, § 6, D., *Mandati*.

prix de cet avantage (1) ? « *Contrarium non postulaturus... non justè petis* (2). »

Opposera-t-on ce que nous avons enseigné ailleurs, savoir, que l'assurance ne peut être prise sans mandat (3) ? Mais ici, ce que nous soutenons, c'est que le pouvoir de prendre l'assurance est implicitement contenu dans le mandat d'expédier la chose et de la soigner au mieux.

La jurisprudence anglaise est conforme à notre manière de voir (4). La jurisprudence française ne doit pas se montrer moins favorable aux assurances, qui ont tant d'utilité, et dont, du reste, le commerce approuve de jour en jour davantage la nécessité et développe la pratique.

Au surplus, notre décision ne souffrirait pas de difficulté si le mandant avait ratifié l'acte du mandataire ; par exemple, si ce dernier ayant écrit au mandant qu'il avait pris une assurance, le mandant n'avait pas répondu pour désapprouver la mesure (5).

626. L'action du mandataire contre le mandant serait à plus forte raison reçue si ce dernier avait ordonné lui-même la dépense.

Ulpien donne un exemple curieux de cette pro-

(1) Emerigon, ch. 5, sect. 6, p. 146.

(2) L. 24, C., *De solutionibus*.

(3) *Suprà*, nos 562 et 620.

(4) Paley, p. 97. MM. Delamarre et Lepoitevin ont des doutes (t. 2, no 314).

(5) Emerigon, t. 1, p. 145.

position. Aurelius Quietus avait écrit à un médecin, son ami, chez lequel il allait passer tous les ans une partie de l'année, à Ravenne, de faire dans ses jardins différentes constructions, afin d'y trouver la facilité de prendre des bains chauds, de se livrer à des exercices gymnastiques et de mieux soigner sa santé. Celsus fut consulté sur la question de savoir si le médecin pouvait répéter par l'action *mandati* les dépenses qu'il avait faites, et il répondit qu'il y était fondé, sauf cependant à défalquer la valeur de l'amélioration dont ses jardins avaient profité ; Ulpien est aussi de cet avis (1). Tout le monde le trouvera équitable. Le médecin n'aurait pas fait ces dépenses si Aurelius Quietus n'avait pas demandé qu'elles fussent faites. Elles étaient dans l'intérêt unique de sa santé. A la vérité, la propriété du médecin en avait profité. Mais, pour tout concilier, le jurisconsulte, ne voulant pas que le médecin s'enrichisse aux dépens d'Aurelius Quietus, décide qu'il ne pourra réclamer la plus-value qui en est résultée pour ses jardins. Pour le surplus, il trouve juste qu'Aurelius Quietus prenne à sa charge les frais que le médecin a supportés par son ordre.

627. L'article 2001 s'occupe des intérêts des avances faites par le mandataire. Nous y renvoyons.

628. Pour que le mandataire ait droit à son remboursement, il n'est pas nécessaire que l'affaire

(1) L. 16, D., *Mandati*.

pour laquelle il s'est mis à découvert ait réussi (1). Le mandataire ne répond pas du succès; il ne répond que de sa bonne foi, de son zèle, de sa diligence, ou (comme le dit l'art. 1375, qui peut servir ici d'argument) de sa *bonne administration*.

C'est pourquoi Africain décide que si le mandataire emprunte pour les affaires de son mandant une somme d'argent qui lui est volée sans sa faute, le mandant doit l'en indemniser (2).

Peu importe même que la dépense excède ce que le mandant aurait pu probablement dépenser s'il eût géré l'affaire lui-même. *Nec ad rem pertinet*, dit Caius (3), *quòd is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere*. Car le mandat, qui est un contrat de bonne foi, doit s'interpréter de bonne foi (4). Or, une règle dictée par la bonne foi, c'est que le mandataire ne soit pas en perte; il y serait cependant si, par une recherche trop scrupuleuse, on comparait sa gestion de fait avec une gestion probable. Il suffit que sa dépense ait été faite de bonne foi pour qu'il ait droit à en

(1) Texte de notre art. Favre sur la loi 56, § 4, D., *Mandati*.

Afric., l. 17, D., *De in rem verso*.

Arg. de la loi 2, § 7, D., *De contr. tutelæ act.*, où Julien dit : *Sufficit tutori bene et diligenter gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est.* »

L. 4, C., *Mandati*.

Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 605.

(2) L. 17, D., *De in rem verso*.

(3) L. 27, § 4, D., *Mandati*.

(4) Favre sur cette loi.

être indemnisé. Pourquoi d'ailleurs le mandant n'a-t-il pas fait la chose lui-même (1)?

En cela le mandat diffère beaucoup de la gestion d'affaires. Le gérant est renfermé dans des bornes plus étroites que le mandataire pour l'étendue des dépenses, et si le gérant n'avait pas mis toute l'économie désirable dans la conduite de l'affaire, l'art. 1375 servirait de base pour prononcer une réduction (2).

629. Au surplus, la règle de l'art. 1999 souffre exception quand la convention des parties est venue la modifier.

Ainsi, Paul décide qu'on peut très bien stipuler que le mandataire ne recevra pour l'indemnité de ses déboursés qu'une somme fixe, et que, s'il dépense davantage, le surplus sera à sa charge (3). Ce pacte altère sans doute la nature du contrat (4); mais il n'en affecte pas l'essence. Il est licite; il est usuel dans le commerce.

Quelquefois la fixation du salaire est accompagnée du pacte que le mandataire n'aura rien de plus à exiger pour ses déboursés (5).

Enfin, l'art. 1999 n'est pas fait pour le cas où la

(1) Arg. de ce que je dis (*Société*, t. 2, n° 602).

Art. 1986 C. c.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 70, p. 419.

(3) L. 5, § 4, D., *De præscriptis verbis*.

Cujas sur le livre 5 des *Quest.* de Paul.

Suprà, sur l'art. 1986.

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) Ulp., l. 10, § 9, D., *Mandati*.

loi ayant pris soin de fixer elle-même le montant de la dépense, le mandataire dépasse ce montant sans raison valable.

C'est ce qui a été jugé à l'égard d'un notaire qui, en qualité de mandataire, avait payé au conservateur des hypothèques, pour radiation des inscriptions frappant les biens du mandant, un droit plus élevé que le droit fixé par la loi (1).

630. Non-seulement le mandant doit rembourser au mandataire ses avances et ses frais, il doit encore lui payer son salaire (2); sinon, le mandataire a une action qui dure trente ans, sauf ce qui est prescrit par les art. 2272 et 2273 du Code civil (3).

En droit civil, le salaire ne résulte, en général, que de la convention qui l'a fixé dans des proportions honnêtes et non mercenaires. Par sa nature, le mandat est gratuit (4). C'est à cette situation que notre article fait allusion quand il ajoute ces mots : *lorsqu'il en a été promis*.

Cependant, il y a des professions civiles qui ont un droit à un honoraire, même sans convention. On peut citer pour exemple les notaires, avoués, avocats, etc., etc. (5).

(1) Cassat., 19 janvier 1831 (S., 31, 1, 158).

(2) Cujas, sur le t. du Code *Mandati*.

L. 6 et 7, D., *Mandati*.

L. 1, C., *Mandati*.

(3) V. mon com. de la *Prescription* sur ces articles.

(4) *Suprà*, n°

(5) *Suprà*, n° 249.

631. Dans le commerce, le salaire est de droit (1). J'en ai donné les raisons ci-dessus (2). Et quand les parties ne l'ont pas réglé, il dépend de l'usage du lieu où le contrat s'est exécuté (3), ou du lieu le plus voisin (4), ou de la détermination équitable du juge (5).

Il consiste ordinairement en un tant pour cent fixé à forfait. On le calcule sur le montant brut des négociations (6).

Lorsque le commissionnaire se fait assureur de la solvabilité des tiers et demeure *del credere*, la prime d'assurance (7) doit nécessairement augmenter le salaire habituel (8).

632. Quand l'honoraire a été fixé par la convention, il peut être réduit s'il excède les bornes de l'usage et paraît exagéré. La jurisprudence

(1) *Suprà*, n° 244, 249, 229, 230.

Arrêt de la Cour de cass., ch. des requêtes, du 17 février 1845. Rejet d'un arrêt de la Martinique (Bidon contre Glandu).

(2) *Suprà*, n° 240.

(3) Code espagnol, art. 137.

Paley, p. 89.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 109, et t. 2, n° 280.

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 280.

(5) *Suprà*, n° 246 et 228.

(6) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 294.

(7) *Il premio dell' assicurazione*, dit Casaregis en parlant de la prime *del credere* (disc. 56, n° 4 et 20).

Junge suprà, n° 373.

(8) Savary, n° 3, ch. 3.

maintient aux tribunaux ce droit supérieur de révision ; droit qui découle de la nature même du mandat et des différences qui séparent la commission de la location d'ouvrages (1). J'ai vu très souvent les tribunaux réduire les commissions perçues par des banquiers, lorsqu'elles dépassaient les bornes assignées par l'usage des localités.

633. Le salaire est dû alors même que l'affaire n'a pas réussi (2). Le mandataire (à moins qu'il ne demeure *del credere*) a promis ses soins et sa diligence, mais il ne s'est pas porté garant du succès (3).

634. Cependant, comme le mandat peut être soumis à des stipulations conditionnelles, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (4), il est loisible de convenir que le commissionnaire n'aura son tant pour cent que si l'affaire a été conduite à bonne fin. C'est même un pacte très fréquent que de n'allouer au commissionnaire que tant pour cent des ventes effectuées, de telle sorte que s'il ne vend rien, il ne lui est rien dû ; à moins qu'il ne se soit réservé un demi-droit pour *vente tentée*, pacte qui se vérifie quelquefois (5).

(1) *Suprà*, n^{os} 228 et 246.

(2) *Suprà*, n^o 251.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 285.

(3) *Suprà*, n^o 627.

(4) N^o 252.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 283, et t. 4, n^o 39.

(5) M. Vincens, t. 2, p. 133.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^{os} 290, 291.

635. Si le mandataire se rend coupable de dol, il peut être privé de son salaire (1).

636. Mais, dans l'application de cette peine, on aura soin de ne la faire porter que sur les points où le mandataire est en faute ; car s'il y avait dans le mandat quelques parties qui eussent été gérées convenablement, il ne serait pas juste que le mandant, qui en profite, privât le mandataire de sa récompense, sous prétexte d'une mauvaise gestion applicable à une autre partie du mandat (2).

637. On aperçoit du reste que notre observation ne doit être prise en considération que lorsque le mandat est divisible et comprend plusieurs opérations séparées ou distinctes. Mais s'il était indivisible, la faute du mandataire qui occasionnerait la perte donnerait au mandant le droit de ne payer aucun salaire (3).

638. Par exemple, je vous charge de m'acheter des sucres et de me les expédier par le navire *la Conception*. Au lieu de suivre mes instructions, vous chargez de l'expédition le navire *le Napoléon*, qui périt en route. Vous avez transgressé le mandat, et aucun salaire ne vous est dû, quand même vous auriez bien acheté. L'achat et l'expédition constituent une opération indivisible, et ce que vous avez fait de mal en fin de cause efface entièrement ce que vous avez fait de bien *ab initio*.

(1) Dioel. et Maxim., l. ult., C., *De condict. ob. caus. dat.*
Godefroy, *De salario*.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^{os} 289, 292.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 292.

(3) *Id.*

639. Il en serait autrement dans le cas où je vous aurais chargé par le même mandat de m'acheter et m'expédier des sucres en janvier, février et mars, moyennant une commission payable après entière réception. Si vos achats et expéditions de janvier et février sont satisfaisants, je ne serai pas fondé à vous priver du salaire qui y est afférent par la raison que votre expédition de mars aura été reprochable. Je ne pourrai vous priver que du salaire afférent à l'opération de mars. Cette différence de solution entre ce cas et le précédent tient à ce qu'ici il y a plusieurs opérations distinctes, tandis que tout à l'heure il n'y en avait qu'une.

640. Quelquefois le mandataire est obligé de se substituer quelqu'un à qui il doit payer une commission. La portera-t-il en compte à son mandant ?

Il faut distinguer :

Où la substitution a été volontaire, et alors le commettant n'en est pas tenu ; c'est au mandataire à payer sur le prix réglé à forfait toutes les dépenses qui se rattachent à l'exécution du mandat (1).

Où bien la substitution était nécessaire et forcée, et le mandant doit, outre le droit de commission dû au mandataire, le droit dû au substitué.

Par exemple, un capitaine de navire est chargé de la vente d'une pacotille à la Havane, moyennant 10 pour 0/0 pour tous frais. Il arrive à la Havane, où les lois locales obligent les capitaines étrangers à se consigner à un négociant du lieu.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 295.

Le capitaine soutenait, devant le tribunal de commerce de Marseille, que la commission du substitué était due par le commettant. Ce dernier, au contraire, prétendait que, d'après le mandat, il ne devait rien au delà de 10 pour 0/0.

Le tribunal de commerce de Marseille se prononça pour le capitaine (1). Le cas était imprévu. On ne pouvait pas supposer que les parties eussent entendu le comprendre dans le pacte *pour tous frais*.

641. Voyons maintenant si le salaire est dû lorsque l'affaire pour laquelle un mandat a été donné se trouve empêchée dans son exécution par une force majeure.

Dans notre commentaire du *Louage*, nous avons traité la question en ce qui concerne le louage de services. Nous avons posé plusieurs hypothèses qui pourront ici nous servir d'analogie (2).

642. La première hypothèse se réalise lorsque la force majeure apporte un empêchement qui affecte la chose, et même l'empêche d'être entreprise ou continuée.

Par exemple, je charge mon commissionnaire du Havre de nolisier des bâtiments pour l'Angleterre, moyennant tant pour cent de commission. Si une déclaration de guerre, connue à temps, empêche la nolisation, je ne dois pas de salaire ; car

(1) *Id.*, 295.

(2) T. 3, nos 871 et suiv.

rien n'a été fait, et le mandat est expiré avant d'avoir pu être exécuté (1).

643. La seconde se réalise quand la force majeure tombe sur le mandataire. Les docteurs ont coutume de donner pour exemple le cas où un avocat ou un professeur de droit, par suite de la peste ou de toute autre force majeure, est obligé d'abandonner sa cause ou sa chaire (2), et ils décident que son honoraire ne lui est pas moins dû (3). A la vérité, en contrat de louage de services, lorsqu'un serviteur vient à mourir, on ne doit pas la totalité de ses gages à ses héritiers; et le maître est quitté en leur payant le *prorata* (4). Mais on ne doit pas traiter de la même manière des professions aussi honorables, aussi relevées que celles d'avocat ou de professeur. *Ideoque*, dit Favre, *nobilius et mitius agendum est cum hujusmodi personis, ne tam facile debito honorario defricantur* (5). C'est pour cela que tandis que les lois romaines autorisent la répétition de ce qui a été payé pour des travaux que le locateur

(1) Casaregis, *disc.* 22, n^o 15 et 24.

(2) Arg. de la loi 16, § 6, D., *Loc. cond.*;

Et de la loi 5, D., *De cond. causâ datâ.*

(3) Arg. de la loi 1, § 13, D., *De extraord. cognit.* (Ulp.).
L. 38, D., *Loc. cond.* (Paul). 11, C., *De conduct. ob causâ datâ.* Diocl. et Max.

Bartole sur la loi 15, § 6, D., *Loc. cond.*, Paul de Castro, *id.*

Favre sur cette loi et sur la loi 38, D., *Loc. cond.*

Casaregis, *loc. cit.*

(4) Mon com. du *Louage*, t. 2, n^o 874 et surtout 878.

(5) Sur la loi 15, § 6, D., *Loc. cond.*

d'ouvrages n'a pu faire (1), ces mêmes lois, pleines de déférence pour les services plus nobles des avocats, et autres pareils, refusent expressément la répétition contre leurs héritiers, à moins que ce ne soit par leur faute que le mandat n'a pas été accompli (2).

Tel est le résumé des doctrines enseignées par les commentateurs du droit romain. Est-il bien vrai cependant qu'il faille les accepter sans modification?

644. D'abord, une observation se présente : c'est que les lois romaines qui se réfèrent à notre question n'ont envisagé que le cas de répétition de ce qui avait été payé par avance à l'avocat, et il est tout simple qu'elles n'aient pas accordé la répétition, comme elles l'accordent en contrat de louage. Le prix, en effet, dans un louage de services, doit se mesurer sur le travail dont il est le corrélatif. S'il n'y a pas de travail, il ne saurait y avoir de prix; si le travail n'a été fourni qu'en partie, le prix ne doit être payé qu'en partie; en un mot, le prix doit soutenir la même proportion que l'ouvrage (3).

(1) L. 15, § 6, D., *Loc. cond.*: *Merito hanc vecturam repetere.*

(2) Mon com. du *Louage*, t. 3, n^o 878.

L. 1, § 13, D., *De ext. cognit.*

L. 38, D., *Loc. cond.*

L. 11, C., *De conduct. ob causâ datâ.*

(3) Favre sur la loi 15, § 6: *Probabilius mihi videtur quod Castrensis noster magis probat aliud esse deberi pecuniam ex contractu locationis, quo casu, merces pretium quodammodo est opera vel usus, ideoque si non præstatur opera vel usus, nec merces deberi potest, quæ est correlativa.*

Mais il ne faut pas appliquer la même règle de calcul dans des contrats qui ne considèrent pas la récompense comme l'équivalent du travail (1). L'honoraire, n'étant pas mesuré sur le travail seul, ne saurait être répété sous prétexte que le travail n'a pas été fait en entier.

645. Mais cette décision des lois romaines, excellente dans le cas précis de répétition, faut-il l'étendre au cas où il n'y a rien encore de payé? et le mandataire pourra-t-il exiger par action la récompense convenue, si un événement imprévu qui tombe sur sa personne l'empêche de remplir l'objet du mandat? Je n'en crois rien. Autre chose est la répétition, autre chose est l'action, et bien souvent, en droit, il est permis de garder ce qu'on ne saurait honnêtement demander en justice (2). Quoi! le mandataire qui prétend que son ministère est un office, et qui a le noble orgueil de vouloir qu'il y ait dans sa fonction du désintéressement, de la générosité, du dévouement, de l'amitié, le mandataire, dis-je, ira réclamer un honoraire pour des services qu'il n'a pas rendus? Ne serait-ce pas renverser toutes les idées qu'il faut attacher au mandat? ne l'abaisserait-on pas au-dessous du contrat de louage?

(1) *Id.* : « *Aliud verò est deberi pecuniam ex contractu innominato quamvis pro operâ, quia tunc pecunia non censetur esse pretium operæ, nec cum illo commensuratur eodem modo quo in contractu locationis, ut Castrensis loquitur.*

Arg. de la loi 10, C., *De condict. ob causâ datâ.*

(2) Ulp., l. 1, § 5, D., *De extraord. cognit.*

646. Si cependant le service demandé au mandataire était tel que, bien que non entièrement rendu, il eût été préparé par des actes qui eussent tourné au profit du mandant, je voudrais que ce dernier indemnisât le mandataire du temps et du zèle qu'il y aurait consacrés (1).

647. Ainsi, si un professeur s'était chargé de l'éducation d'un jeune homme, moyennant tel honoraire, et que sa santé l'eût empêché de conduire à fin cette entreprise, il serait juste qu'il fût récompensé de ses soins pour le temps qu'il y aurait consacré; car ces soins ont profité à l'élève, ils ont été pour lui un avantage.

648. Mais lorsque les actes préliminaires n'ont pas tourné au profit du mandant, le mandataire qui se trouve empêché par une cause personnelle n'est pas fondé à demander une indemnité au mandant.

Je prie un peintre de faire mon portrait moyennant 1,000 fr. L'artiste prépare la toile et les couleurs; mais lorsque son travail est encore à peine à l'état d'ébauche, il tombe malade et meurt. Je ne dois rien à ses héritiers pour cette œuvre imparfaite qui ne m'est d'aucune utilité.

649. Quelquefois l'honoraire est fixé à un traitement par mois. L'empêchement momentané qui met le mandataire dans l'impossibilité de vaquer à son office n'est pas un motif de réduction; tant que le mandat n'est pas révoqué, l'honoraire doit être payé

(1) Arg. de la loi 5, D., *De condict. causâ datâ.*

sans diminution. Un professeur tombe malade et ne fait pas son cours; son traitement n'est pas atteint par cette force majeure (1). Ce que l'humanité a conduit à faire dans le cas de louage (2), l'honneur des professions libérales l'exige dans le cas de mandat.

650. La troisième hypothèse a lieu quand la force majeure vient à atteindre le mandant.

Dans le contrat de louage, les lois romaines décident que l'événement fatal qui atteint le maître ne doit pas réagir sur le serviteur, à moins que ce dernier ne puisse trouver ailleurs un emploi de son temps. Mais nous avons vu, dans notre commentaire de l'art. 1781 (3), que la pratique a interprété ces règles en ce sens, qu'il ne faut les suivre qu'autant que les choses ne sont pas entières; mais qu'en général, lorsque les choses sont entières, le serviteur n'a pas droit au prix convenu; qu'il en est de même lorsque la convention laisse supposer que le prix a été subordonné à l'entière confection de l'ouvrage; qu'enfin cette clause est facilement admise.

651. Ces distinctions doivent-elles être conservées dans le contrat de mandat salarié?

On conçoit que dans le louage, où il arrive souvent que le prix est modique et s'adresse à des personnes nécessiteuses, on ait accordé à la convention une interprétation favorable à ces personnes;

(1) Casaregis, *disc.* 22, n^{os} 15 et 24.

(2) *Mon. com. du Louage*, t. 2, n^o 874.

(3) *Com. du Louage*, t. 3, n^o 879.

et cependant nous venons de voir par quels tempéraments la demande du serviteur peut se trouver circonscrite et amoindrie. A plus forte raison doit-on supposer en contrat de mandat que l'honoraire a été subordonné à la conclusion de l'opération. L'honoraire est contre la nature du mandat, qui est gratuit; il faut autant que possible admettre les interprétations qui écartent des demandes du mandataire une couleur d'avidité, de rigueur. Pierre charge un grand peintre de lui faire son portrait pour 10,000 fr.; il meurt après le commencement de l'œuvre, mais avant qu'elle ne soit terminée et sans qu'il soit possible de la finir. Le peintre montrerait une avarice indigne de son art s'il insistait pour l'entier paiement des 10,000 fr. Ils ne lui sont pas dus. Il ne peut exiger qu'une indemnité proportionnelle (1).

652. Une quatrième hypothèse doit être prévue; elle est particulière au mandat: elle se réalise quand le mandat a été révoqué par la volonté du mandant.

La question s'est présentée devant la Cour royale de Bordeaux.

Delmestre avait été chargé de l'expédition de plusieurs navires moyennant un courtage de 20/0 par tonneau. Il en avait expédié trois, et un quatrième (*le Talma*) restait à charger, lorsque les armateurs révoquèrent leur mandat. La question s'éleva de savoir si, pour ce dernier navire, dont

(1) *Junge* l'arrêt que nous citons au n^o suivant et qui sert ici d'argument puissant.

l'expédition avait été retirée, il était dû au commissionnaire 2 0/0 par tonneau. Les experts furent d'avis que les 2 0/0 devaient être accordés. Mais le tribunal de commerce en pensa autrement, et, au lieu d'allouer les 2 0/0 par tonneau, il n'attribua à Delmestre qu'un dédommagement pour ses soins.

Sur l'appel, la Cour royale rendit, le 19 juillet 1831, un arrêt ainsi conçu :

« Attendu, quant au compte relatif au navire *le Talma*, que Delmestre a droit à des honoraires pour l'affrètement de 129 tonneaux 18 centièmes, savoir : 78 tonneaux 23 centièmes chargés par **, et 50 tonneaux 95 centièmes chargés par divers ; que si le courtage de 2 0/0 ne lui est pas dû en totalité, puisqu'il a cessé ses fonctions avant que l'opération ne fût terminée, il lui est dû une indemnité pour les peines et les soins qu'il s'est donnés à ce sujet avant sa révocation, et que cette indemnité a été justement fixée par les premiers juges (1). »

Cette décision est approuvée par MM. Delamarre et Lepoitevin (2), et nous l'approuvons également. Le mandant doit conserver le droit de révoquer sa procuration *ad nutum* ; et il est évident que ce droit se trouverait paralysé par l'obligation de payer l'honoraire ou le salaire entier, quoique l'opération ne soit pas entière. D'un autre côté, le mandataire a dû s'attendre à cette révocation, et il n'a dû compter sur la totalité de l'honoraire qu'autant

(1) Dal., 32, 2, 172, 173.

(2) T. 2, n° 290.

que l'affaire aurait été conduite à fin. C'était à lui à stipuler que la totalité du salaire lui serait acquise par le seul fait de son immixtion. De quoi, d'ailleurs, pourrait-il se plaindre puisqu'on l'indemnise proportionnellement de son travail et de son temps ?

653. Nous terminerons par une réflexion importante. L'art. 1999 s'occupe spécialement du cas où le mandataire s'est mis à découvert. Mais, en bonne règle, le mandant ne doit pas le laisser se dépouiller pour l'exécution du mandat. Il est tenu de lui faciliter cette exécution en mettant à sa disposition les fonds nécessaires (1) ; s'il ne le fait pas, le mandataire peut l'y contraindre par l'action *mandati contraria* (2). Nous avons vu *suprà* (3) une des faces de ce principe et une de ses exceptions. Un exemple donné par Paul achèvera de le mettre en lumière (4).

Je vous ai donné le mandat d'acheter le fonds Cornélien, mais je ne vous ai pas envoyé les fonds nécessaires pour payer le vendeur. N'aurez-vous l'action *mandati contraria* contre moi qu'autant que vous aurez désintéressé le vendeur avec vos propres deniers ? Faudra-t-il que vous vendiez votre patrimoine pour remplir la commission que je vous ai donnée ? Nullement. L'action *mandati*

(1) Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati*.

(2) Paul, l. 45, D., *Mandati*.

(3) Nos 379 et 380.

(4) L. 45 précitée.

vous appartiendra pour me contraindre à vous transmettre les fonds nécessaires (1).

ARTICLE 2000.

Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

SOMMAIRE.

654. Transition. Des pertes éprouvées par le mandataire à l'occasion de sa gestion.

En principe, le mandataire ne doit rien perdre.

655. Distinction proposée par Pothier entre la perte dont le mandat a été *cause* et celle dont le mandat a été l'*occasion*.

Texte de Paul où cette distinction est puisée.

656. Exemple donné par Cujas, et application du texte de Paul à un député de la ville de Bologne.

657. Le texte de Paul ne doit pas être étendu à la *société*; tout dommage quelconque qui tombe sur l'associé, agissant pour la société, est à la charge de la société.

658. Le président Favre pense même que, dans le cas de mandat, la décision de Paul est *duriuscula*.

Il lui oppose un texte contraire d'Africain, et veut qu'Africain soit suivi de préférence à Paul.

659. Pothier veut concilier les deux opinions de Paul et d'Africain.

Mais cette conciliation est difficile à admettre.

660. Ce qui est certain, c'est que l'art. 2000 a condamné la

(1) Junge Marcellus, l. 38, D., *Mandati*;
Et mon com. du *Cautionnement*, n° 380.

distinction des pertes dont le mandat *est cause* et de celles dont il est l'*occasion*.

661. Suite.

662. Suite.

663. Suite. Supériorité et simplicité du système adopté par l'art. 2000.

Application à une espèce.

664. Suite.

665. Autre exemple.

666. Autre exemple tiré d'un arrêt du parlement de Paris qui juge la question autrement qu'elle ne l'a été à l'égard de l'envoyé de Bologne.

667. Autres espèces.

668. Suite.

669. Arrêt de la rote de Gènes.

670. Le mandataire doit aussi et surtout être indemnisé, si la perte qu'il éprouve provient de la faute ou de la malice du mandant.

671. Ces principes sont-ils également applicables dans le cas où le mandat est salarié? Oui, en principe.

672. Néanmoins les circonstances de fait sont à considérer et peuvent, dans certains cas, faire décider le contraire.

Espèce donnée par le président Favre.

673. Le mandataire n'est pas reçu à demander l'indemnité des pertes qu'il a subies par sa faute ou son imprudence.

COMMENTAIRE.

654. L'art. 1999 a traité des frais et déboursés faits par le mandataire, ainsi que de son honoraire. Notre article va traiter des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion (1).

(1) Pothier, n° 75.

Infrà, art. 2028. Mon com. du *Cautionnement*, n° 341.

vous appartiendra pour me contraindre à vous transmettre les fonds nécessaires (1).

ARTICLE 2000.

Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.

SOMMAIRE.

654. Transition. Des pertes éprouvées par le mandataire à l'occasion de sa gestion.

En principe, le mandataire ne doit rien perdre.

655. Distinction proposée par Pothier entre la perte dont le mandat a été *cause* et celle dont le mandat a été l'*occasion*.

Texte de Paul où cette distinction est puisée.

656. Exemple donné par Cujas, et application du texte de Paul à un député de la ville de Bologne.

657. Le texte de Paul ne doit pas être étendu à la *société*; tout dommage quelconque qui tombe sur l'associé, agissant pour la société, est à la charge de la société.

658. Le président Favre pense même que, dans le cas de mandat, la décision de Paul est *duriuscula*.

Il lui oppose un texte contraire d'Africain, et veut qu'Africain soit suivi de préférence à Paul.

659. Pothier veut concilier les deux opinions de Paul et d'Africain.

Mais cette conciliation est difficile à admettre.

660. Ce qui est certain, c'est que l'art. 2000 a condamné la

(1) Junge Marcellus, l. 38, D., *Mandati*;
Et mon com. du *Cautionnement*, n° 380.

distinction des pertes dont le mandat *est cause* et de celles dont il est l'*occasion*.

661. Suite.

662. Suite.

663. Suite. Supériorité et simplicité du système adopté par l'art. 2000.

Application à une espèce.

664. Suite.

665. Autre exemple.

666. Autre exemple tiré d'un arrêt du parlement de Paris qui juge la question autrement qu'elle ne l'a été à l'égard de l'envoyé de Bologne.

667. Autres espèces.

668. Suite.

669. Arrêt de la rote de Gènes.

670. Le mandataire doit aussi et surtout être indemnisé, si la perte qu'il éprouve provient de la faute ou de la malice du mandant.

671. Ces principes sont-ils également applicables dans le cas où le mandat est salarié? Oui, en principe.

672. Néanmoins les circonstances de fait sont à considérer et peuvent, dans certains cas, faire décider le contraire.

Espèce donnée par le président Favre.

673. Le mandataire n'est pas reçu à demander l'indemnité des pertes qu'il a subies par sa faute ou son imprudence.

COMMENTAIRE.

654. L'art. 1999 a traité des frais et déboursés faits par le mandataire, ainsi que de son honoraire. Notre article va traiter des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion (1).

(1) Pothier, n° 75.

Infrà, art. 2028. Mon com. du *Cautionnement*, n° 341.

De même que le mandataire ne doit rien garder de sa gestion, de même il ne doit rien perdre à l'occasion de cette gestion. Notre article est le corrélatif de l'art. 1993. Paul a rapproché dans le même texte ces deux antithèses. *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet* (1). La justice de cette règle est si manifeste et si palpable qu'il suffit de la poser pour la rendre convaincante.

655. Suivant Pothier, il faut distinguer si le mandat a été la cause, ou s'il n'a été que l'occasion, des pertes souffertes par le mandataire. Dans le premier cas, il reconnaît que le mandataire doit être indemnisé; mais dans le second, c'est-à-dire si le mandat n'a été que l'occasion de la perte, il veut que le mandant ne soit tenu d'aucune indemnité (2).

A l'appui de cette distinction, plusieurs fois répétée dans ses ouvrages (3), Pothier cite ce texte de Paul (4). Un mandataire est attaqué et volé dans un voyage qu'il faisait pour l'accomplissement de son mandat; ou bien, il perd quelque chose dans un naufrage dont il est victime dans les mêmes circonstances; ou bien encore, il tombe malade en route, et fait des dépenses pour lui et pour les

(1) L. 20, D., *Mandati*. Junge Ulp., l. 15, D., *Mandati*.

Arg. des lois 10, *De reg. juris*.

L. 7, D., *De commodo et peric. rei venditæ*.

L. 61, § 5, D., *De furtis*.

(2) N° 76.

(3) V. son contrat de *Change*, n° 97.

(4) L. 26, § 6 et 7, D., *Mandati*.

siens. Dans tous ces cas, dit Paul, le mandant ne doit pas être recherché. De tels sinistres sont plutôt l'effet du hasard qu'une conséquence du mandat. *Hæc magis casibus quàm mandato imputari debent*.

656. C'est pourquoi Cujas nous apprend que Jean Andrea, docteur en droit canonique à Bologne, ayant été envoyé au pape, qui résidait alors à Avignon, avec une mission diplomatique que lui avaient conférée la ville de Bologne et le cardinal Gille (1), cet envoyé fut arrêté et dépouillé par une bande de voleurs en Italie. Il demanda une indemnité à la ville de Bologne; mais le collège des docteurs bolonais décida, par le texte de Paul, qu'il ne lui était rien dû. *Fortunæ imputanda sit, non mandato negotio* (2).

657. Nous avons cependant vu, dans notre commentaire de la *Société* (3), que, dans un cas pareil, la jurisprudence romaine, après une lutte entre les Sabinien et les Proculéiens, avait fini par se ranger à l'opinion des premiers, et par considérer les dommages de ce genre comme tombant à la charge de la société (4).

Pourquoi cette différence entre deux contrats

(1) Egidius.

(2) Cujas, sur cette loi, dans le com. du l. 32 de Paul, *Ad edict.* V. *infra*, n° 666, un arrêt du parlement de Paris contraire à cette décision.

(3) T. 2, n° 606, 607.

(4) Pomponius, l. 60, § 1, D., *Pro socio*.

Ulp., l. 61, D., *Pro socio*.

Surtout l. 52, § 4, D., *Pro socio*, qui est de Ju'en.

où la bonne foi doit régner avec un égal empire?

658. Le président Favre trouve la décision de Paul trop dure : *Mihi tamen duriuscula videtur hæc Pauli sententia*. Il lui oppose une décision plus équitable d'Africain, positivement rendue en matière de mandat, et érigeant en règle générale que toutes les fois que le mandataire peut alléguer qu'il n'aurait pas souffert le dommage s'il n'avait pas accepté le mandat, il est juste qu'il soit indemnisé : *Justissimè enim allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset* (1). Favre veut donc, avec Accurse, qu'on donne la préférence à ce texte d'Africain, pourvu toutefois qu'il soit certain que le mandataire n'eût pas éprouvé ces événements adverses sans le mandat qu'il accomplissait.

Ainsi, aux yeux du président Favre, Paul se trouve placé en opposition avec les règles du contrat de société, en opposition avec les principes mêmes du mandat posés par Africain ; Paul doit succomber.

659. Pothier est moins sévère ; il cherche à concilier les textes et à sauver les antinomies. Voici son ingénieuse interprétation :

Quand les lois romaines, qui traitent de la société, ont déclaré que la perte éprouvée par l'associé volé dans son voyage est une perte sociale, elles ont entendu que le lieu où l'associé a été volé était un lieu infesté de voleurs et manifestement dange-

(1) L. 61, § 5, D., *De furtis*.

reux, par lequel l'associé ne se serait pas exposé à passer s'il n'y eût été obligé par les affaires de la société. La gestion sociale est donc la cause du risque ; elle est la cause de la perte. La société doit indemniser l'associé.

Mais, dans la loi 26, § 6, D., *Mandati*, le lieu où le voyageur a été volé n'était pas plus dangereux qu'un autre ; on ne peut donc pas dire qu'en se chargeant du voyage le mandataire se soit exposé à un risque qui fût une dépendance de cette gestion. La gestion a peut-être été l'occasion de la perte ; elle n'en a pas été la cause. *Magis casibus imputari oportet*.

Pothier applique le même argument au cas de naufrage.

Cette explication peut paraître spécieuse à ceux qui tiennent à toute force à ce que le corps de droit ne contienne pas d'antinomie. Quant à moi, je ne vois rien de plus naturel qu'un désaccord d'opinion entre des jurisconsultes appelés à se prononcer sur des matières aussi difficiles que celles que le droit soumet à ses études. J'admets donc l'antinomie ; elle me paraît moins une tache que le résultat nécessaire de l'indépendance d'esprit des grands jurisconsultes de Rome. Et quant aux efforts de conciliation, si à la mode jadis, et qui ont fait dépenser tant d'art et d'esprit aux *Passeribus* (1) et autres, je n'en fais pas plus de cas qu'il ne faut. Je laisserai en conséquence Pothier avec les sous-entendus par lesquels il vient en aide aux textes, et

(1) V. son savant livre intitulé : *Conciliatio legum*.

auxquels les textes ne se prêtent peut-être pas avec assez de souplesse.

660. Ce qui me paraît clair, c'est que notre article a positivement condamné sa distinction entre les pertes dont le mandat est *cause*, et celles dont il n'est que l'*occasion*. Notre texte vaut bien celui de Paul ; or, je crois que Paul n'a pas trouvé plus de faveur auprès des rédacteurs du C. c. qu'auprès d'Accurse et du président Favre. Le Code tient fort peu à ces distinctions entre la *cause* et l'*occasion*. Il n'y tient pas plus en matière de mandat qu'en matière de dépôt. Conséquent avec lui-même, il a mis l'art. 2000 en parfait rapport avec l'art. 1947 (1). Il veut que l'*occasion* ne soit pas moins à considérer que la *cause* ; et rien n'est plus juste, toutes les fois que cette occasion se trouvera liée à l'exécution du mandat, toutes les fois que le risque et le dommage seront *inséparables* (comme le dit l'art. 1852 du C. c.) de la gestion du mandataire.

661. La preuve, du reste, que la conciliation de Pothier pourrait bien n'être pas entièrement satisfaisante et qu'il y a eu dissentiment entre les jurisconsultes romains, c'est le cas suivant :

« Vous avez acheté en vertu de mon mandat un esclave, et cet esclave vous a volé sans votre faute. Devrai-je vous indemniser ? Sans aucun doute, répond Africain. N'est-ce pas, en effet, par suite du mandat que cette perte est éprouvée (2) ? Paul, au contraire, veut qu'on distingue : Si le mandant n'a

(1) Mon com. du Dépôt, n° 488.

(2) L. 61, § 5, D., *De furtis*.

commis aucune faute, il sera quitte en abandonnant l'esclave au mandataire pour toute réparation. Mais si le mandant a su que l'esclave était voleur, et qu'il n'en ait pas averti le mandataire, alors seulement il sera passible de dommages et intérêts (1).

Eh bien ! je le demande : Paul n'est-il pas conséquent, ici, avec l'idée que Pothier cherchait tout à l'heure à atténuer ? N'est-ce pas, sous une autre forme, ce principe que Favre appelait *duriuscule* ?

Cujas a beau faire remarquer qu'il y a des degrés dans l'équité (2) et qu'Africain a préféré l'équité la plus large (3), tandis que Paul s'en est tenu à une équité plus étroite (4). Il n'est pas moins certain que Paul n'a pas une opinion conforme à celle d'Africain sur notre question de responsabilité ; il n'est pas moins certain que l'unanimité des jurisconsultes romains, ce rêve de quelques interprètes, n'existe pas ici. Cujas le reconnaît expressément (5). Je ne vois donc pas pourquoi on se donnerait tant de mal pour montrer que ce que Paul a écrit sur le mandat n'est pas en opposition avec ce que Julien et Ulpien ont écrit sur la société.

(1) L. 26, § 7, D., *Mandati*.

(2) Sur la loi 26, § 7, D., *Mandati*, au livre 32 de Paul, *Ad lict.*

(3) *Ex æquitate quâdam summâ et majori*.

(4) *Non ex rigore, sed ex minori quâdam æquitate*.

(5) Junge Favre sur la loi 26, § 7, D., *Mandati*.



662. Quant à la solution que la question examinée par Paul et Africain doit recevoir sous l'empire de notre article, il est inutile de dire qu'elle ne saurait être douteuse et que la décision d'Africain doit être notre règle. Le mandat a été l'occasion de la perte soufferte par le mandataire; sans le mandat, le mandataire n'aurait pas éprouvé de perte : *non fuisse damnum passurum si mandatum non suscepisset* (1). Cette perte, en un mot, est inséparable de sa gestion (2). Le mandant est donc tenu de la réparer.

663. On voit que ceci ramène la difficulté à des termes très nets, et si on compare cette théorie à celle de Pothier, on sera frappé de la supériorité de la première sur la seconde. L'application, d'ailleurs, en est aussi simple que l'autre est compliquée et embarrassée de distinctions.

Supposons, par exemple, que je sois chargé par vous d'aller, pour votre compte, faire des achats à Lyon. Je suis pris dans cette ville d'une fièvre qui me retient au lit pendant plusieurs mois et me fait éprouver des pertes considérables. Devrez-vous m'en indemniser? Non certainement; car il n'est nullement prouvé que cette fièvre soit la suite inséparable de l'exécution du mandat. J'en avais peut-être le germe en moi-même, et probablement je serais tombé malade chez moi comme je suis tombé malade à Lyon. C'est donc le cas de

(1) *Suprà*, n° 658, texte d'Africain.

(2) Art. 1852 C. c.

dire avec Paul : *Hoc casibus, magis quàm mandato, imputari debet* (1).

664. Mais si, dans l'espèce posée, et lorsque je suis en route pour ma destination, la voiture verse et me casse un bras, c'est tout autre chose. L'exécution du mandat est ici l'occasion de mon accident. Je dois être indemnisé. *Non damnum passurum si mandatum non suscepisset*. Africain nous donne la raison de la solution.

665. Autre exemple.

Pierre envoie François en Algérie pour terminer une affaire; dans la traversée, il y a une tempête par suite de laquelle François perd tout son bagage; il est évident, quoi qu'en dise le jurisconsulte Paul, que cette perte doit retomber à la charge du mandant; elle se lie à l'exécution du mandat; elle en est inséparable, puisque si François fût resté chez lui, rien de pareil ne lui fût arrivé.

666. Il en serait de même si François avait été dépouillé par les Bédouins dans une excursion entreprise pour les affaires du mandant. Charondas rapporte un arrêt du parlement de Paris du 1^{er} février 1578 (2), dans l'espèce duquel François Simon, institeur de Jacques Bigot, ayant été détroussé par les voleurs, fut non-seulement dé-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 318.

(2) *Pand.*, liv. 2, ch. du Mandat, et *Réponses*, liv. 7, ch. 186. Maynard, livre 4, ch. 16.

Despeisses, *Mandat*, t. 4, sect. 4, octavo.
Junge Toubeau, p. 127.

chargé des sommes appartenant au mandant qui lui avaient été volées, mais même indemnisé par Jacques Bigot des pertes personnelles que ce vol lui avait occasionnées.

On voit que le parlement de Paris n'était pas aussi attaché que les docteurs de Bologne au texte de la loi 26, § 6, D., *Mandati* (1).

667. Isaac Guibert neveu, voyageant pour le compte de Guillaume Guibert, son oncle, fut capturé en mer par des pirates barbaresques. Ses parents l'ayant racheté pour une somme de 1,200 livres, Guillaume Guibert, son mandant, fut condamné, par arrêt du parlement de Paris du 16 février 1605, à rembourser cette somme (2).

Il existe un arrêt conforme du parlement de Bordeaux en date du 30 avril 1630 (3). Fiton conduisait, pour le compte d'Esteben, marchand à Bordeaux, dont il était le facteur, un bateau chargé de vin. Il fut pris par les Turcs et mis en servitude. Sa captivité dura quatre ans. Au bout de ce temps, il fut racheté moyennant 780 livres. A son retour, il intenta une action en indemnité contre les représentants d'Esteben, et le parlement lui alloua 1,000 livres pour ses dommages.

Despeisses rapporte des arrêts de la Cour des

(1) Voyez, en effet, *suprà*, n° 656, l'espèce rapportée par Cujas.

(2) Pelcus, *Quest. illustres*, q. 137.

Autonne sur la loi 10, D., *Derogot. gest.*

Despeisses, *loc. cit.*

Toubeau, p. 127.

(3) Toubeau.

aides de Montpellier, des 22 avril et 26 juin 1585 et 13 août 1641, qui condamnèrent des communautés à supporter la rançon de délégués commis pour aller soutenir leurs procès, et capturés en route par ceux du parti contraire (1).

On trouve des arrêts semblables du parlement de Toulouse (2), du parlement de Dijon (3) et du parlement d'Aix (4).

Pothier n'a pas tenu assez de compte de ces monuments importants de la jurisprudence française.

668. Il en aurait été autrement si le mandataire eût voyagé pour d'autres affaires à lui personnelles. Dans ce cas, il n'aurait pas été possible d'opposer au mandant la raison décisive : *Non fuisse damnum passurum, si mandatum non suscepisset* (5). On doit, alors, dire avec Paul que cet événement compte plutôt dans le nombre des événements fortuits que dans les suites du mandat.

669. Mais tous les doutes disparaissent dans le cas suivant, jugé par la rote de Gènes (6). La responsabilité y apparaît avec une évidence qui fait taire toutes les controverses, parce que le dommage s'y montre comme une suite nécessaire du mandat.

(1) *Loc. cit.*

(2) Maynard, *loc. cit.*

(3) Bouvot, t. 2, q. 10. V. *Larcin*.

(4) Steph. de Saint-Jean, *décis.* 7, et Despeisses, *loc. cit.*

(5) Arrêt du parlement de Paris, rapporté par Leprêtre et Toubeau.

(6) *Décis.* 178.

Augustin faisait à Alger des opérations de commerce par mandat et commission d'André Costa (1). Un certain Nicolas Gadacio, agissant d'ordre du même André Costa, eut besoin d'argent pour acheter des marchandises et racheter des captifs; afin de s'en procurer, il donna Augustin en otage à des marchands africains, dont l'usage était à cette époque de prêter leurs fonds en retenant pour assurance un facteur de l'emprunteur. Augustin, voulant, au bout d'un certain temps, faire cesser sa détention à Alger, actionna les représentants de Costa, tant pour éteindre le principal de la dette en vertu de laquelle il était retenu en otage que pour le rendre indemne de toutes les pertes qu'il avait éprouvées dans ses propres affaires pendant le temps qu'avait duré cette sorte d'hypothèque personnelle. La rote trouva sa prétention bien fondée, et condamna la succession d'André Costa à lui tenir compte du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* (2).

670. A plus forte raison faudrait-il indemniser le mandataire si c'était par la faute ou par la malice du mandant que le mandataire eût été victime de la perte.

Un fidéjusseur paie le créancier, ignorant que le débiteur qu'il avait cautionné avait déjà éteint la dette. Sans aucun doute, il aura action contre ce débiteur aux ordres duquel il a obéi en se portant fidéjusseur. C'est ce dernier qui est

(1) *De commissione et mandato illius.*

(2) N° 5.

cause qu'il a payé hors de propos, en lui laissant ignorer qu'il n'y avait plus de dette à acquitter. Le débiteur devait savoir que le fidéjusseur ne pouvait pas deviner ce fait; il devait l'en instruire (1).

Un individu, propriétaire de diamants faux, charge un commissionnaire résidant en Barbarie de lui en procurer la vente. Ce dernier ignorait que les diamants n'étaient pas légitimes. Mais le commettant savait positivement à quoi s'en tenir. Le commissionnaire les vend au dey pour une somme considérable. Bientôt ce dernier s'aperçoit qu'il a été trompé; il fait saisir et emprisonner le commissionnaire; il confisque même tous ses biens. Le commissionnaire, qui a agi de bonne foi et à qui son mandant a laissé ignorer la fausseté des diamants, aura-t-il action contre ce dernier? Il n'y a pas à en douter, et cette fois nous avons Paul lui-même pour notre opinion (2). Le commettant a tendu un piège à son commissionnaire; il est la cause de sa ruine; il doit la réparer (3).

671. On a demandé si les principes que nous venons d'exposer sur la réparation des pertes supportées par le mandataire sont également applicables dans le cas où le mandat est salarié et dans les cas où il est gratuit.

En principe, l'affirmative est certaine (4). La loi

(1) Ulp., l. 8, § 6, D., *Mandati*;

Et Favre dans ses *Rationalia* sur ce texte.

(2) L. 26, § 7, D., *Mandati*.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 317 et 318.

(4) *Id.*, n° 318.

M. Duranton, t. 18, n° 269.

ne distingue pas. Nous venons de voir d'ailleurs la jurisprudence allouer des dommages et intérêts dans des cas où le mandat était salarié ; et s'il était nécessaire d'ajouter d'autres exemples, je citerais diverses dissertations dans lesquelles Scaccia établit que celui sur lequel une lettre de change a été tirée et qui, comme on le sait, est le mandataire du tireur (1), a l'action *mandati contraria* contre ce dernier (encore bien qu'il ait de droit une provision), dans tous les cas où le mandat de payer la lettre de change est pour lui la cause ou l'occasion de quelques pertes.

Ainsi, Scaccia (2) veut que si le porteur falsifie la lettre de change et y écrit une plus forte somme que celle qui y est portée (et cela avec assez d'art pour tromper une personne attentive et exercée), le banquier sur qui la lettre est tirée, le banquier mandataire du tireur, ait contre ce dernier une action pour se faire indemniser de ce qu'il a payé de plus que la lettre ne portait ; car, sans cela, il éprouverait un préjudice à l'occasion du mandat ; et *mandator debet refundere mandatario quidquid inculpabiliter abest ex causâ mandati* (3).

672. Néanmoins, il faut consulter les circonstances pour voir si, en allouant un salaire au mandataire, on n'a pas entendu que les pertes résul-

(1) *Suprà*, n° 55.

(2) § 2, *glos.* 5, q. 15.

(3) Pothier est d'avis contraire par suite de sa distinction entre la cause et l'occasion (*Contrat de change*, n° 97).

tant de la gestion du mandat resteraient à sa charge.

Par exemple, un envoyé extraordinaire diplomatique ou un ambassadeur, dont le traitement est fixé par l'État avec générosité, ne serait pas reçu à se plaindre qu'il a été volé en route, ou qu'il a perdu des effets mobiliers dans une traversée de mer.

Le président Favre rapporte dans son Code que le procureur d'une communauté religieuse, voyageant pour les affaires de sa charge, perdit son cheval en route et demanda à en être remboursé. Une décision du sénat de Chambéry décida qu'il n'y était pas fondé (1). Un tel accident, en effet, est du nombre de ceux dont le contrat est censé avoir voulu que le mandataire se tint pour indemnisé par son traitement.

673. Au surplus, il est clair que si les pertes souffertes par le mandataire provenaient de sa faute ou de son imprudence, il ne serait pas reçu à en demander au mandant l'indemnité (2).

C'est pourquoi si un banquier paie imprudemment une lettre de change à quelqu'un qui l'a volée et dont il pouvait constater la non-identité avec le véritable propriétaire, il n'aura pas, contre le tireur, l'action *mandati contraria* (3).

(1) Code, liv. 4, t. 26, déf. 29.

(2) Paul, l. 26, § 7, D., *Mandati*. Texte de l'art. 2000.

(3) Pothier, *Change*, n° 104.

ARTICLE 2001.

L'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées.

SOMMAIRE.

674. De l'intérêt des avances faites par le mandataire. Le mandant en est débiteur à dater du jour des avances constatées.

Origine de cette disposition. Texte du droit romain.
Parité entre le *mandat* et la *société* sur ce point.

675. Ancien droit.

676. L'art. 2001 est la contre-partie de l'art. 1996.

L'art. 2001 n'a pas voulu procurer un gain au mandataire; il veut seulement qu'il ne soit pas en perte.

677. Il faut que l'avance soit prouvée pour que le juge alloue les intérêts.

Quand y a-t-il avance? Sens du mot *avance*; il ne faut pas confondre l'avance avec le paiement effectif.

678. Suite.

679. Le mandataire doit prouver l'époque des avances.

680. L'art. 2001 est-il applicable au *negotiorum gestor*?

Discussion à cet égard.

681. Suite.

682. De l'intérêt des sommes avancées par l'associé mandataire,

683. Ou par la caution qui paie à l'acquit du principal obligé.

684. Du reste, toutes les fois que le mandataire réclame l'intérêt des avances, il faut voir si ces avances ont été faites *procuratorio nomine*, ou bien si le mandataire ne devait pas les faire en vertu d'une obligation personnelle.

Du notaire qui a déboursé les droits d'enregistrement dus pour les actes qu'il a passés.

Arrêts pour et contre.

Décision de la chambre des requêtes qui paraît devoir mettre fin à cette controverse.

COMMENTAIRE.

674. L'art. 2001 fait courir de plein droit les intérêts des avances faites par le mandataire à dater du jour de ces avances.

Cette disposition nous vient des lois romaines (1); elles avaient trouvé juste que le mandataire qui s'était mis à découvert pour les affaires du mandant touchât l'intérêt de plein droit des sommes par lui avancées. De deux choses l'une, en effet: ou le mandataire a été obligé d'emprunter ces sommes, et il en a payé un intérêt dont le remboursement lui est dû; ou il les a prises à même ses propres fonds, et comme les fonds d'un père de famille diligent ne sont pas destinés à rester oisifs, comme ils auraient fructifié entre ses mains, le mandant lui doit l'intérêt dont l'a privé le versement dans ses affaires (2).

On sait qu'en matière de société on a coutume de faire le même raisonnement pour établir que l'associé qui a fait des avances à la société est fondé à réclamer des intérêts de plein droit (3).

(1) Ulp., l. 12, § 6, D., *Mandati*.

L. 1, C., *Mandati*.

Paul, *Sent.*, 2, 15, 2.

(2) L. 12, § 9, D., *Mandati* (Ulpien). Voët ad. Pand., *Mandati*, n° 10.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 315.

(3) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 603, où je cite les lois romaines et l'art. 2001 du C. c.

675. Dans notre ancienne jurisprudence française, où les rigueurs du droit canonique avaient érigé en principe la stérilité de l'argent, les avances du mandataire ne produisaient pas, en général, d'intérêt : c'eût été autoriser une sorte de prêt à intérêt (1).

676. Le Code civil, conçu sous l'influence d'autres idées, en est revenu aux sages dispositions des lois romaines. Il devait au mandataire cet acte de justice, afin d'établir l'équilibre et la parité entre ses droits et ceux du mandant. Le mandataire, en effet, doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son profit, à dater de cet emploi (art. 1996). Réciproquement, le mandant doit être chargé de l'intérêt des sommes dont le mandataire s'est découvert, à dater de l'époque des avances.

Du reste, ce n'est pas pour procurer un gain au mandataire que ces lois, ainsi que notre article, l'ont autorisé à porter dans son compte les intérêts dont il s'agit : c'est pour empêcher qu'il n'éprouve une perte. *Non ita tamen*, dit le président Favre, *ut in lucro habeat, sed hactenus tantum, ne damnum sentiat* (2).

Il serait évidemment en perte s'il restait à découvert sans toucher les intérêts de ses avances. *Totum hoc*, dit Ulpien, *ex æquo et bono iudex arbitratur* (3).

(1) V. la discussion d'un arrêt de la ch. des requêtes du 26 avril 1845.

Dal., *Obligat.*, p. 493.

Voyez cependant mon com. du *Cautionnement*, nos 345 et 351.

(2) Sur la loi 12, § 9, D., *Mandati*.

(3) L. 12, § 9, D., *Mandati*.

V. mon com. du *Cautionnement*, nos 345 et 351.

677. Puisque notre article a voulu dédommager le mandataire et non pas l'enrichir, le juge ne lui allouera les intérêts qu'autant que son compte prouvera réellement qu'il est en avance.

Cette condition est indispensable.

La mandataire y satisfait non-seulement lorsqu'il effectue des paiements entre les mains des créanciers du mandant, mais encore lorsque, sur l'ordre exprès ou tacite de ce dernier, il tient à la disposition de ces mêmes créanciers des sommes à lui propres, que ces derniers peuvent venir retirer quand ils le voudront. Notre article n'exige pas un paiement ; il ne parle que d'avances ; et il est évident que le mandataire est en avance lorsqu'il retire du mouvement de ses affaires une somme d'argent afin de la tenir à la disposition du mandant ou des créanciers du mandant. C'est ce qu'a très bien jugé la Cour royale de Paris, par arrêt du 30 mars 1844. On se pourvut en cassation ; mais la requête fut rejetée par arrêt du 31 décembre 1845 (1).

Peu importe que les personnes à qui ces fonds sont destinés ne viennent pas les toucher au jour précis de l'échéance : ils n'en sont pas moins avancés, dans le sens de l'art. 2001, dès l'instant où le mandataire les a tenus à la disposition des destinataires.

(1) M. Bayeux, rapporteur ;
M. Delapalme, avocat général.

Cureau de Roullée contre Delamaze. L'arrêt a été rendu après délibéré.

678. Le mandataire ne serait pas en avance si, ayant dans les mains des valeurs liquides appartenant au mandant, il se servait de ses propres fonds pour gérer l'affaire, au lieu d'employer ces valeurs disponibles. Une telle manière de procéder laisserait trop visiblement paraître le but de se procurer un avantage aux dépens du mandant. Il y aurait là un prêt forcé, un prêt sans nécessité. Le juge devrait opérer une compensation entre les fonds du mandant et les fonds avancés par le mandataire.

Mais *quid juris* si les valeurs placées aux mains du mandataire n'étaient pas liquides? Supposez, par exemple, que ce fussent des meubles meublants qu'il avait le pouvoir de vendre, mais qu'il n'a pas vendus, préférant pourvoir aux nécessités de la situation par une avance de ses propres fonds? Pourrait-on lui dire : « Il fallait, avant tout, opérer la » vente des meubles ; ce n'est qu'autant que cette » vente n'aurait pas produit l'argent suffisant pour » gérer l'affaire que vous deviez vous mettre à dé- » couvert. Mais, n'ayant pas opéré cette vente, » vous vous êtes trop pressé ; et vous n'avez pas » droit aux intérêts que vous sollicitez. »

La solution de cette difficulté dépend plus du fait que du droit ; elle est subordonnée aux circonstances. Souvent le mandataire est pressé par des créanciers rigoureux ou par une nécessité imminente. Il n'y a pas le temps pour vendre et se procurer de l'argent. S'il en prend dans sa propre caisse, il fait acte de bonne administration, et l'on ne saurait lui envier les intérêts que lui alloue

l'art. 2001. Souvent aussi, le mandataire a pu voir que la vente des meubles ne se serait faite qu'à des conditions désavantageuses, et il lui a semblé qu'il était prudent d'attendre un moment plus favorable. N'est-ce pas encore de sa part un acte de bon administrateur que d'avoir usé de temporisation et de s'être fait un emprunt à lui-même?

Mais s'il résultait des faits de la cause que le mandataire, pouvant réaliser, ne l'a pas fait, exprès pour tirer parti de ses fonds, les tribunaux ne seconderaient pas cette manœuvre astucieuse ; ils veilleraient à l'avantage du mandant.

679. Le mandataire qui est demandeur doit prouver l'époque des avances dont il demande l'intérêt. Cette preuve se fait, soit par les quittances qu'il a retirées des créanciers du mandat, soit de toute autre manière.

680. Le *negotiorum gestor*, à qui des avances ont été imposées par la nécessité de bien administrer l'affaire d'un absent (art. 1375 C. c.), a-t-il droit à l'intérêt de ces avances quand il prouve qu'elles étaient indispensables, qu'elles ne sont pas immodérées, et qu'elles l'ont dépouillé de sommes qui étaient destinées à fructifier entre ses mains?

A Rome, cette question n'en était pas une. Le droit romain nous a transmis une foule de décisions dans lesquelles l'affirmative est établie avec la plus grande autorité (1). La raison dit d'ailleurs

(1) Caius, l. 2, D., *Negot. gest.* — Paul, l. 19, § 4, D., *Negot. gest.* — Diocl. et Maxim., l. 18, C., *Negot. gest.* — Ulp., l. 37, D., *De usuris.* — Voët *ad Pand.*, *Negot. gest.*, n° 8.

hautement que, puisque le mandataire a droit à des intérêts, lui qui est souvent salarié, combien à plus forte raison le *negotiorum gestor*, dont l'administration est toute gratuite, et qui par bon cœur et bonne amitié vient au secours d'une personne absente et fait pour elle ce qu'elle aurait fait si elle eût été présente!

On peut cependant opposer à cette doctrine un arrêt de la Cour de cassation (ch. civile) du 7 novembre 1825 (1), dans lequel on lit que le C. c. n'autorise plus le cours des intérêts légaux accordés par la loi romaine au *negotiorum gestor*; et j'ai vu assez souvent les discussions du barreau se prévaloir de cette décision pour renverser la parité que le bon sens romain établit, dans l'hypothèse donnée, entre le *negotiorum gestor* et le mandataire.

Disons-le avec indépendance: de tels arrêts sont une cause d'étonnement pour le jurisconsulte. Au lieu d'être ce que Bacon appelait si bien *anchora legum*, ils bouleversent la jurisprudence et portent le trouble dans les systèmes les mieux assis.

D'abord, un premier doute s'élève: les avances dont il s'agit dans l'espèce de l'arrêt du 7 novembre 1825 étaient-elles utiles au maître? C'est la question dominante qu'il faut toujours s'adresser quand il s'agit du *negotiorum gestor*, c'est-à-dire de celui qui n'a d'action que si *utiliter gessit*! Il ne suffit pas, en effet, de prouver qu'on a fait des

(1) Dal., 26, 1, 17.

Devill., 8, 1, 208.

avances, il faut en démontrer l'utilité; il faut que le gérant mette en évidence ce point important, savoir, qu'il valait beaucoup mieux emprunter à intérêt que de laisser souffrir l'affaire; en d'autres termes, que le défaut d'emprunt aurait fait périlcliter l'affaire du maître et lui aurait apporté un grave préjudice; *si liberavi ex magno incommodo*, pour me servir des expressions d'Ulpien (1). Sans quoi il n'y a pas *utilis gestio*, et le *negotiorum gestor* n'a pas droit aux intérêts (2). Car les intérêts ne sont dus équitablement (3) que quand il y a *utilis gestio*, et que, du reste, l'avance n'est pas excessive (4).

Or, ni l'arrêt de la Cour de Pau, contre lequel le pourvoi était dirigé, ni l'arrêt de rejet, ne paraissent se douter de ce point préliminaire. Ils tranchent des questions de droit, sans avoir songé à apurer la question de fait qui précise le droit. Ils ont l'air de croire qu'il suffisait, en droit romain, qu'une personne se fût immiscée dans les affaires d'autrui et eût fait des avances pour qu'on lui allouât de plein droit des intérêts légaux. Erreur grave et fâcheuse!! D'abord, les intérêts du *negotiorum gestor* n'étaient pas, en droit romain, des

(1) L. 37, D., *De usuris*.

(2) Favre sur la loi 19, § 4, D., *Negot. gest.*

(3) *Ex aequitate*.

Cujas insiste là-dessus, sur cette loi (*lib. 9, Paul, Ad edict.*). Et en effet Diocl. et Max. disent que la bonne foi l'exige, *bona fides suasit*. L. 18, précitée.

(4) L. 10, § 1, D., *Negot. gest.* L. 25, même titre.

intérêts légaux; ils n'étaient dus qu'*ex officio judicis*, ainsi que l'enseigne Cujas (1); ensuite le juge ne les allouait qu'*ex æquo et bono* (2); il ne les allouait qu'autant que l'avance avait été exigée par des circonstances impérieuses, et que le gérant, en la faisant, avait procuré le profit du maître et diminué le sien propre (3).

Tout ceci, je le répète, avait été introduit dans le droit romain par l'équité. Les idées de bonne foi y avaient naturellement conduit le préteur. Aujourd'hui, sous l'empire de la législation la plus équitable qui fut jamais, on nous propose de nous en écarter. On veut que la bonne foi ait moins d'empire sous le Code civil que sous l'édit du préteur!

On objecte que l'art. 2001 est particulier au mandat, et qu'aucune disposition pareille n'existe dans le cas de *negotiorum gestio*; mais un code ne peut pas tout dire. Il faut voir la source de l'art. 2001 du C. c.; il faut remonter au principe d'équité et de bonne foi dont il découle, et si le principe est le même dans le cas de gestion d'affaires, il ne faut pas hésiter à en tirer, dans ce dernier cas, la conséquence que l'art. 2001 en tire pour le mandat proprement dit. Sinon, on se sert du Code sans intelligence.

Mais, d'ailleurs, est-ce que l'art. 1375 n'autorise pas le juge à accorder les intérêts (4)? Comment!

(1) *Loc. cit.*

(2) Ulp., l. 12, § 9, *in fine*, D., *Mandati*.

(3) Cujas, *loc. cit.*

(4) Noodt donne la loi 18, C., *De negot. gest.*, comme un

un gérant, venant au secours d'une personne absente, aura emprunté avec intérêt la somme indispensable pour faire ses affaires, et l'on dira que ces intérêts ne sont pas pour lui une dépense! on n'en chargera pas le maître!! Ou bien, le gérant aura retiré la somme par lui avancée des mains de son banquier qui lui en payait l'intérêt, et l'on viendra soutenir que ces intérêts ne sont pas une dépense dont il faut l'indemniser!

Par-là, l'on voit que l'arrêt du 7 novembre 1825 n'est qu'une toile d'araignée au travers de laquelle les tribunaux pourront toujours passer, lorsque le fait leur apparaîtra avec ces circonstances équitables qui, chez le Romains, déterminaient le préteur à accorder les intérêts. Ces intérêts, n'étant pas dus de plein droit et dépendant toujours d'une perte éprouvée par le gérant, trouveront une explication légitime dans les faits qui feront raisonnablement supposer que le gérant a éprouvé un dommage, une perte d'argent, dont il faut qu'il soit indemnisé.

Remarquons enfin que, dans l'espèce de l'arrêt de 1825, tout annonçait que le gérant avait fait des avances précipitées. Sa gestion était celle d'un tuteur de fait; or, l'on sait que le tuteur ne peut emprunter sans autorisation du conseil de famille (art. 457 C. c.). A plus forte raison ne peut-il se faire d'emprunts à lui-même. Et voilà pourquoi l'art. 474 du C. c., influencé par les différences qui séparent l'économie de la tutelle moderne de celle

exemple de ce qui est dû au gérant, *ad id quod abest* (sur le Digeste, au titre *De negot. gest.*).

de la tutelle romaine, n'attribue pas aux avances du tuteur le privilège des intérêts qu'il tenait, en droit romain, de la loi 30, § 1, D., *De cont. et util. act. tut.*

Ainsi, on peut très bien expliquer l'arrêt de 1825 sans adopter les motifs trop absolus sur lesquels il se fonde.

Au surplus, si jamais la jurisprudence de l'arrêt de 1825 venait à donner à l'art. 1375 le sens restreint qu'il ne saurait avoir, on pourrait apprendre par un arrêt de Lyon du 25 août 1831, confirmé en cassation le 22 janvier 1833, comment on peut convertir une gestion d'affaires en *mandat forcé* (1), et échapper par l'appréciation des faits à une interprétation contraire à l'équité (2). Il n'est jamais permis sans doute d'é luder la loi; mais il ne saurait être défendu de se prémunir par des appréciations loyales contre une mauvaise jurisprudence.

681. Tous les doutes cesseraient si le maître avait approuvé et ratifié ses gestes. La ratification produit un effet rétroactif; elle couvre la gestion par un mandat (3). Elle donne au gérant les droits du mandataire.

682. L'associé qui fait des avances à la société est censé agir comme mandataire (4). Un arrêt de

(1) D. 33, 1, 216.

(2) Je reviens sur la question des intérêts du *negotiorum gestor* dans mon com. du *Cautionnement*, n° 346.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 177, p. 283.

(4) *Suprà*, n° 674.

la Cour de cassation, du 5 vendémiaire an XI, paraît contraire à cette proposition (1); mais il faut prendre garde qu'il a été rendu sous l'empire d'une législation antérieure au C. c., où la fécondité des capitaux, quoique débarrassée de certaines entraves par les lois de la révolution, n'avait pas encore reçu tous ses développements légaux.

683. On assimile également au mandataire la caution qui paie en l'acquit du principal obligé (2).

684. Il reste à faire une observation: toutes les fois qu'un mandataire, ou autres personnes ayant un caractère analogue, réclameront des intérêts en vertu de l'article 2001, il faudra voir si ces avances ont été faites *procuratorio nomine*, ou bien par suite d'une obligation personnelle, propre et spéciale au mandataire.

Ainsi, le notaire qui a payé de ses deniers les droits d'enregistrement des actes passés devant lui n'est pas reçu à réclamer l'intérêt de ses avances du jour où il les a faites. La raison en est que la loi du 22 frimaire an VII rend le notaire personnellement débiteur de ces frais dans l'intérêt du fisc; qu'ainsi il ne fait qu'acquitter sa propre obligation.

« Sans doute, disais-je dans un rapport fait à la chambre des requêtes le 24 janvier 1840, le notaire est le mandataire des parties pour recevoir

(1) Devill., 1, 1, 695.

(2) Inst. de Justinien, *De fidejussoribus*, § 6.

M. Merlin, *répert.*, v° *Intérêts*, § 2, n° 10.

Mon com. du *Cautionnement*, n° 345.

» leurs dispositions et les convertir en acte public.
 » Mais, quand il s'agit du paiement des droits que le
 » fisc prélève sur les actes, le notaire n'agit plus
 » dans le rôle de simple mandataire des parties. Ce
 » n'est pas par suite de son mandat et pour le con-
 » duire jusqu'au bout qu'il paie. Il paie parce que
 » le fisc lui en impose une obligation spéciale.
 » Cette obligation le rend débiteur envers le tré-
 » sor ; il est lié personnellement, sauf son recours.
 » C'est donc dans la loi fiscale qu'il faut aller cher-
 » cher les conséquences de l'obligation extraordi-
 » naire qu'elle impose, de cette obligation, dis-je,
 » qui dépasse les limites du mandat. Car on ne la
 » trouverait pas dans le mandat si la loi ne l'impo-
 » sait extraordinairement. Or, la loi du 22 frimaire
 » an VII, qui, dans son art. 29, constitue le notaire
 » débiteur du fisc, lui donne dans l'art. 30 le moyen
 » d'assurer son remboursement du côté de la par-
 » tie débitrice ; et là, elle ne parle pas des intérêts
 » de plein droit ; elle les repousse donc par son
 » silence, et dès lors les intérêts ne peuvent être
 » dus que du jour de la demande. »

J'ajoutais d'autres considérations, à la suite
 desquelles la chambre des requêtes a rendu un
 arrêt du 24 juin 1840 qui sanctionne ces idées (1).
 D'autres arrêts antérieurs avaient préparé les fon-
 dements de cette jurisprudence (2). Mais il y avait

(1) Devill., 40, 1, 503.

(2) Cass., 30 mars 1830 (D., 30, 1, 488 ; Dev., 30, 1, 431).
 11 novembre 1833 (Dev., 34, 1, 29).

quelques tiraillements (1) auxquels l'arrêt rendu
 à mon rapport a, je crois, mis fin.

ARTICLE 2002.

Lorsque le mandataire a été constitué par
 plusieurs personnes pour une affaire com-
 mune, chacune d'elles est tenue solidairement
 envers lui de tous les effets du mandat.

SOMMAIRE.

685. De la solidarité des mandants qui ont constitué un man-
 dataire pour une affaire commune.
 Son origine ; sa raison.
686. Suite.
687. La solidarité est le moyen d'assurer au débiteur l'inté-
 grité de son remboursement. Conférence de l'art. 2002
 avec l'art. 2030.
688. La solidarité existe alors même que le mandat est sa-
 larié.
689. La solidarité n'existe pas dans le louage d'ouvrages.
 Utilité de la distinction du louage d'ouvrages et du
 mandat.

(1) Pour l'opinion que les intérêts sont dus au notaire pour
 déboursés et avances :

Grenoble, 14 juillet 1838 (Dev., 39, 2, 434).

Riom, 8 décembre 1838 (Dev., 39, 2, 419).

Pour la négative :

Cass., 30 mars 1830 (Dev., 30, 1, 431).

11 novembre 1833 (Dev., 34, 1, 29).

24 juin 1840 (Dev., 40, 1, 503, rendu à mon
 rapport).

Caen, 7 juin 1837 (Dev., 37, 2, 409).

» leurs dispositions et les convertir en acte public.
 » Mais, quand il s'agit du paiement des droits que le
 » fisc prélève sur les actes, le notaire n'agit plus
 » dans le rôle de simple mandataire des parties. Ce
 » n'est pas par suite de son mandat et pour le con-
 » duire jusqu'au bout qu'il paie. Il paie parce que
 » le fisc lui en impose une obligation spéciale.
 » Cette obligation le rend débiteur envers le tré-
 » sor ; il est lié personnellement, sauf son recours.
 » C'est donc dans la loi fiscale qu'il faut aller cher-
 » cher les conséquences de l'obligation extraordi-
 » naire qu'elle impose, de cette obligation, dis-je,
 » qui dépasse les limites du mandat. Car on ne la
 » trouverait pas dans le mandat si la loi ne l'impo-
 » sait extraordinairement. Or, la loi du 22 frimaire
 » an VII, qui, dans son art. 29, constitue le notaire
 » débiteur du fisc, lui donne dans l'art. 30 le moyen
 » d'assurer son remboursement du côté de la par-
 » tie débitrice ; et là, elle ne parle pas des intérêts
 » de plein droit ; elle les repousse donc par son
 » silence, et dès lors les intérêts ne peuvent être
 » dus que du jour de la demande. »

J'ajoutais d'autres considérations, à la suite
 desquelles la chambre des requêtes a rendu un
 arrêt du 24 juin 1840 qui sanctionne ces idées (1).
 D'autres arrêts antérieurs avaient préparé les fon-
 dements de cette jurisprudence (2). Mais il y avait

(1) Devill., 40, 1, 503.

(2) Cass., 30 mars 1830 (D., 30, 1, 488 ; Dev., 30, 1, 431).
 11 novembre 1833 (Dev., 34, 1, 29).

quelques tiraillements (1) auxquels l'arrêt rendu
 à mon rapport a, je crois, mis fin.

ARTICLE 2002.

Lorsque le mandataire a été constitué par
 plusieurs personnes pour une affaire com-
 mune, chacune d'elles est tenue solidairement
 envers lui de tous les effets du mandat.

SOMMAIRE.

685. De la solidarité des mandants qui ont constitué un man-
 dataire pour une affaire commune.
 Son origine ; sa raison.
686. Suite.
687. La solidarité est le moyen d'assurer au débiteur l'inté-
 grité de son remboursement. Conférence de l'art. 2002
 avec l'art. 2030.
688. La solidarité existe alors même que le mandat est sa-
 larié.
689. La solidarité n'existe pas dans le louage d'ouvrages.
 Utilité de la distinction du louage d'ouvrages et du
 mandat.

(1) Pour l'opinion que les intérêts sont dus au notaire pour
 déboursés et avances :

Grenoble, 14 juillet 1838 (Dev., 39, 2, 434).

Riom, 8 décembre 1838 (Dev., 39, 2, 419).

Pour la négative :

Cass., 30 mars 1830 (Dev., 30, 1, 431).

11 novembre 1833 (Dev., 34, 1, 29).

24 juin 1840 (Dev., 40, 1, 503, rendu à mon
 rapport).

Caen, 7 juin 1837 (Dev., 37, 2, 409).

690. Suite.

Le notaire, étant un mandataire, et non pas un locataire d'ouvrages, a une action solidaire contre ceux qui l'ont chargé d'une affaire commune.

691. Il en est de même de l'avoué, du syndic d'une faillite, d'un arbitre, d'un expert, d'un liquidateur de société.

692. Différence de l'art. 2002 qui donne l'action solidaire au mandataire contre les mandants, et de l'art. 1995 qui ne la donne pas au mandant contre les mandataires.

693. Conditions pour que la solidarité des mandants existe.

694. L'art. 2002 n'est pas applicable à la gestion d'affaires.

695. Du cas où il n'y a mandat que par ratification.

696. La solidarité édictée par l'art. 2002 a lieu, à plus forte raison, dans les matières de commerce.

Du liquidateur d'une société de commerce.

Quid juris du gérant d'une société? n'est-il pas plutôt associé que mandataire? et dès lors l'action solidaire ne lui manque-t-elle pas?

697. Quelquefois c'est par un moyen d'indivisibilité que le mandataire obtient ce qu'il ne peut obtenir par la solidarité.

APPENDICE.

698. Du privilège du mandataire pour frais relatifs à la conservation de la chose.

699. Du droit de rétention à cet égard.

700. Privilège des frais de transport.

701. Du droit de rétention à cet égard.

702. Des frais d'amélioration.

703. Du droit de rétention pour cet objet.

704. Des privilèges du mandataire commercial.

705. Renvoi pour plusieurs points au commentaire du *Nantissement*.

COMMENTAIRE.

685. Le jurisconsulte Paul, consulté sur la

question de savoir si, dans le silence du contrat, le mandataire peut exercer l'action *mandati contraria* contre celui des mandants qu'il lui plaît de choisir, répond affirmativement (1). Cette opinion est aussi celle d'Ulpian (2), et on en trouve la trace dans la législation du Code Justinien (3). La raison qui en peut être donnée, c'est que chaque mandant est censé avoir donné ordre de faire pour soi, et pour le tout, la chose contenue dans le mandat, et que le mandataire a suivi pour le tout la foi de chaque mandant (4).

686. Le président Favre pense, dans ses *Rationalia*, que ce droit a cessé par la nouvelle 99 de Justinien; de sorte que, depuis cette constitution, les mandants ne sont tenus solidairement que lorsqu'ils s'y sont expressément obligés (5). Cependant, dans son Code, il soutient le principe de la solidarité (6). Pothier, sans discuter cette opinion, se fonde sur le texte de Paul pour enseigner aussi ce principe de la solidarité entre mandants, et il n'a pas l'air de soupçonner que la nouvelle 99 y ait porté atteinte (7). C'est également l'avis de Voët (8), et

(1) L. 59, § 3, D., *Mandati*.

(2) L. 21, D., *Mandati*.

(3) L. 7, 14, C., *Mandati*.

(4) Favre, *Rationalia*, sur la loi 59, § 3, D., *Mandati*.

(5) *Loc. cit.*

(6) Liv. 4, t. 24, *destinit.* 17.

(7) N° 82.

(8) *Mandati*, n° 10.

il était en général suivi dans les tribunaux, quoi qu'en dise Despeisses, qui ne s'est pas fait des idées exactes de ce point de la jurisprudence romaine (1).

687. Le Code civil a transporté dans notre article 2002 la doctrine de Pothier. La solidarité est, en effet, un moyen excellent d'assurer au mandataire la certitude et l'intégrité du remboursement de son indemnité (2); elle le met à l'abri des injustices de l'ingratitude et des chicanes de l'intérêt personnel. Elle est à la fois morale et rationnelle: morale, puisqu'elle sanctionne un devoir qu'imposent aux mandants la loyauté et la reconnaissance (3); rationnelle, car les mandants ont reçu le service en commun, et la solidarité doit protéger l'indemnité du mandataire qui a fait cette affaire commune (4). Nous retrouverons dans l'article 2030, au titre du *Cautionnement*, la répétition de ces idées (5).

688. On ne les fait pas fléchir dans le cas où le mandat est salarié; car la loi ne distingue pas et n'a pas dû distinguer. L'art. 2002 se coordonne avec tous les articles qui le précèdent, et par conséquent avec l'art. 1999, qui place le salaire au nombre des chefs de l'action *mandati con-*

(1) P. 182. Pothier le lui a reproché (n° 82).

(2) M. Bertrand de Grenille (Fenet, t. 14, p. 611).

(3) *Id.*

(4) M. Tarrille (Fenet, t. 14, p. 599, 600).

(5) *Infrà*, n° 377.

traria. Le mandat, bien que rétribué par un honoraire, conserve un élément de gratuité qui empêche qu'on ne le confonde avec les contrats intéressés de part et d'autre. L'honoraire du mandataire, ainsi que nous l'avons prouvé ci-dessus (1), ne dispense pas le mandant des sentiments dans lesquels la solidarité vient chercher sa confirmation et son appui.

689. Ici se montre l'utilité de la distinction que nous avons posée entre le louage d'ouvrages et le mandat rétribué. Dans le louage d'ouvrages, la solidarité n'existe pas; la matière en est trop dominée par l'intérêt personnel pour y faire fléchir le principe d'après lequel plusieurs co-obligés ne sont solidaires qu'autant que la convention ou une loi formelle l'ont voulu. Mais dans le mandat rétribué, où se trouve le mélange de mobiles distincts de l'intérêt, on est plus favorable au mandataire, dont l'office reste toujours empreint de la couleur d'un service.

690. C'est ce que M. Merlin a fait ressortir avec beaucoup de force et de justesse dans l'affaire du notaire Anjubault (2). Cet officier ministériel avait reçu de plusieurs mandants la mission de faire une liquidation, et la Cour royale de Paris avait infirmé un jugement du tribunal de première instance de la Seine qui avait condamné ces mêmes mandants à lui payer *solidairement* 1,200 fr. d'honoraires. La

(1) Sur l'art. 1986.

(2) Répert. de jurisp., v° *Notaire*, p. 631.

prétention des adversaires du notaire Anjubault était que l'art. 2002 du C. c. ne lui était pas applicable parce qu'il s'était lié envers eux, non pas par un mandat gratuit, mais bien par un contrat de louage d'ouvrage. M. Merlin démontra la faiblesse et l'illégalité de cette prétention; il prouva que les notaires, quoique rétribués dans leurs fonctions, n'en remplissent pas moins un mandat, et, sur ses conclusions conformes, l'arrêt de la Cour royale de Paris fut cassé par arrêt du 27 janvier 1812 (1).

Cet arrêt est d'une haute importance. Il maintient avec fermeté la ligne de démarcation qui sépare le mandat rétribué du louage d'ouvrages. Il prévient la confusion dans des agissements auxquels il est si important, en droit et en morale, de conserver leurs caractères divers.

691. Depuis cette décision, la jurisprudence ne paraît pas avoir éprouvé d'hésitation. La question a été jugée dans le même sens en faveur de l'avoué (2), du syndic d'une faillite (3), d'un arbitre (4), d'un expert nommé sur la demande des

(1) *Junge* ch. civ., Cass., 26 juin 1820 (Devill., 6, 1, 261).

19 avril 1826 (Devill., 8, 1, 322).

10 novembre 1828 (Devill., 9, 1, 178).

Riom, 8 septembre 1838 (Devill., 39, 2, 419).

(2) Grenoble, 23 mars 1829

(Daloz, 30, 2, 103).

(3) Paris, 23 septembre 1823

(Dal., t. 2, p. 218).

Paris, 12 août 1830

(Dal., 30, 2, 251).

(4) Bordeaux, 14 janvier 1826 (Dal., 26, 2, 96).

parties et dans un intérêt commun (1), du liquidateur d'une société (2), etc., etc.

692. On aperçoit, du reste, que l'art. 2002 ne traite pas les mandants de la même manière que l'art. 1995 a traité les mandataires. Ceux-ci ne sont pas solidaires. Comme ils rendent service, il ne fallait pas se séparer du droit commun pour aggraver leur situation normale (3). Au contraire, les mandants sont solidaires. Ils reçoivent un service en commun; ils doivent le reconnaître pour le tout.

693. Remarquez cependant que, pour que la solidarité des mandants existe, l'art. 2002 exige deux conditions: 1° que le mandataire ait été constitué par plusieurs; 2° que l'affaire leur soit commune.

Si donc le mandataire avait reçu un pouvoir de plusieurs mandants, par un acte unique, mais pour des affaires non communes, l'art. 2002 ne serait pas applicable.

De même, si le mandataire n'avait reçu de pouvoirs que d'un seul mandant pour une affaire commune à plusieurs, il n'aurait d'action que contre celui avec qui il aurait contracté, et nullement contre les autres intéressés qui ne lui auraient pas donné de pouvoir.

Il en serait de même si chaque intéressé lui avait donné un mandat distinct; il ne pourrait demander à chacun que les indemnités afférentes à chaque

(1) Cass., 11 août 1813 (Dal., t. 10, p. 537, n° 4).

Aix, 2 mars 1833 (Dal., 33, 2, 129).

(2) *Mon. com. de la Société*, t. 2, n° 1039.

(3) *Supra*, n° 494.

mandat (1). Ces deux propositions résultent de l'espèce dont voici le résumé :

Dargaud, géomètre arpenteur à l'inspection forestière de Charolles, avait fait des travaux et des diligences à la requête de l'État pour faire rentrer dans les mains de l'administration des bois domaniaux usurpés par des communes. Laguiche et Pansemont lui avaient donné de leur côté une procuration ayant le même but, attendu qu'ils avaient des droits communs avec le domaine. Une instance est engagée. Mortemart y intervient pour son propre compte.

Jugement qui déclare que 3/6 de ces bois appartenaient à Mortemart; 2/6 à Laguiche et Pansemont; 1/6 à l'État.

Dargaud avait droit pour ses honoraires et déboursés à 8,962 fr. 50 c. Laguiche et Pansemont payèrent les 2/6 afférents au mandat spécial dont ils avaient chargé Dargaud. Restaient 4/6, Dargaud les demanda à l'État. Mais on le renvoya à réclamer contre Mortemart 3/6. Il résiste, et soutient que, n'ayant contracté qu'avec l'État, il n'a à réclamer que contre l'État et nullement contre Mortemart.

Arrêt de la Cour de Dijon du 18 mars 1833 qui le décide ainsi, et, sur le pourvoi, arrêt de la chambre des requêtes du 11 février 1834 qui rejette (2). Peu importait à Dargaud, en effet, que ses diligences eussent indirectement profité à Mortemart, qui était intervenu dans l'instance et avait recueilli

(1) Cass., 12 mars 1833 (D., 33, 1, 138).

(2) D., 34, 1, 87.

le bénéfice de ses recherches, contre les prétentions des communes. Dargaud n'avait pas été chargé d'une mission par Mortemart; il avait agi pour l'État et ses deux autres consorts; il n'avait même pas eu la pensée de se porter *negotiorum gestor* de Mortemart. C'est l'État qui lui avait donné mandat pour agir, c'est donc l'État qui devait l'indemniser. A la vérité, les diligences de Dargaud n'avaient pas assuré à l'État la totalité de ses espérances; mais le droit du mandataire n'est pas subordonné au succès (art. 1999).

694. Celui qui se porte *negotiorum gestor* de plusieurs personnes a-t-il contre elles une action solidaire?

Non! D'une part, l'art. 2002 n'est fait que pour le cas de mandat et la loi est muette pour le cas de *negotiorum gestio*; de l'autre, la convention fait défaut puisqu'il s'agit d'un quasi-contrat (1).

Quelle serait donc la base d'une solidarité à qui manquent à la fois et la loi et la volonté des parties?

695. Lorsque le mandataire a dépassé le mandat donné par plusieurs, la ratification de ceux-ci produit un effet rétroactif qui ramène les choses au même point que s'il y avait eu mandat *ab initio*. Mais, pour que le mandataire ainsi approuvé ait contre tous une action solidaire, *mandati contraria*, il faut que la ratification soit donnée par le même acte; car si elle était donnée

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 334.

Opinion de M. Tripier, conseiller, dans l'espèce rapportée par Dal., 34, 1, 87.

par chaque mandant séparément, on devrait dire qu'il y a autant de mandats distincts qu'il y a de ratifications; et chacun ne serait tenu que pour sa part et portion (1).

696. La solidarité édictée par notre article trouve à plus forte raison sa place dans les matières commerciales, où l'on sait que les nécessités du crédit lui ont donné une grande extension; aussi avons-nous vu, dans notre commentaire de la *Société*, le liquidateur d'une société commerciale armé d'une action solidaire contre les associés pour le recouvrement de ses frais et de son indemnité (2).

Mais (faisons-en la remarque) le gérant d'une société, quoique exerçant des fonctions qui tiennent du mandat (3), n'a pas contre ses associés d'action solidaire. Il ne peut exercer contre eux que l'action *pro socio*, laquelle, entre associés, exclut la solidarité (4). On ne saurait étouffer le caractère social qui domine dans le gérant, par le mandat qui se mêle à ses fonctions. L'action *pro socio* l'emporte sur l'action *mandati contraria*; et c'est le cas d'appliquer cette règle: « *A potiori fit denominatio* (5). » Pourquoi n'en est-il pas de même du liquidateur? C'est qu'il n'y a plus de société (6), plus d'action *pro socio*, et que le liquidateur revêt

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 335.

(2) T. 2, n° 1039.

(3) Mon com. de la *Société*, n° 681.

(4) *Loc. cit.*, n° 611; Casaregis, *disc.* 181, n° 39.

(5) *Suprà*, n° 98.

(6) *Loc. cit.*, n° 1004.

le caractère de mandataire plutôt que celui de gérant (1).

697. Quelquefois, lorsque la solidarité ne peut être invoquée, c'est par le moyen de l'indivisibilité que le mandataire obtient, contre chacun de ceux dont il a fait l'affaire, la totalité de son indemnité (art. 1222 du C. c.).

C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans l'espèce suivante, par arrêt du 11 août 1813 (2).

Deux experts avaient été chargés de vérifier un compte sur la demande de Decreuze; ils en avaient fixé le reliquat. Lescuyer, son adversaire, consentit à ce règlement. Un jugement condamna Decreuze et Lescuyer à payer solidairement les honoraires des experts. Par son consentement, disait le jugement, Lescuyer a contracté conjointement avec Decreuze, l'obligation de payer les vacations. Cette dette est indivisible, et les deux débiteurs y sont tenus solidairement.

Lescuyer se pourvut en cassation. Où voit-on ici, disait-il, une dette indivisible? L'art. 1217 du C. c. s'oppose à un tel système; car, à quoi étais-je tenu? à payer une somme d'argent; or, qu'y a-t-il de plus divisible qu'une telle obligation? Néanmoins, le pourvoi de Lescuyer fut rejeté par l'arrêt précité de la chambre civile. « Lescuyer, dit cet arrêt, ainsi que Decreuze, son adversaire, avaient consenti que leurs comptes fussent vérifiés par deux experts. Ce

(1) *Loc. cit.*, n° 1010.

(2) Dal., *Obligat.*, p. 537.

travail était indivisible en ce sens que chaque portion de l'œuvre de l'expert était également dans l'intérêt des deux parties; conséquemment le paiement de ce travail était indivisible. »

APPENDICE AU CHAPITRE III.

Du privilège du mandataire, du privilège du commissionnaire et du droit de rétention.

698. Outre l'action *mandati contraria*, dont nous venons de faire connaître les différents chefs, le mandataire qui a fait des frais pour la conservation de la chose a un privilège, consacré par l'art. 2102, n° 3, du Code civil. Nous avons exposé, dans notre commentaire des *Hypothèques*, les conditions et l'étendue de ce privilège (1). Il n'est pas propre au mandataire. Il appartient à quiconque détient la chose d'autrui et fait, pour la conserver, des dépenses que le propriétaire aurait été obligé de faire lui-même s'il l'avait eue entre les mains.

699. Non-seulement le mandataire a privilège contre les tiers créanciers pour recouvrer ses frais de conservation, mais encore il peut user contre le mandant du droit de rétention, et refuser, par l'exception *doli mali* (2), de lui rendre la chose tant qu'il n'aura pas été indemnisé par lui des avances qu'il a faites pour la conserver (3).

(1) T. 1, nos 174, 174 (bis), 176.

(2) Arg. de la loi 14, D., *De doli mali except.* (Paul).

(3) Mon. com. des *Hypothèques*, t. 1, nos 255, 256, 257 et suiv.

700. Une autre cause de privilège se rencontre quand le mandataire a payé des frais de transport et autres accessoires pour la chose voiturée. Il a, sur cette chose, le privilège attribué par l'art. 2102, n° 6, du Code civil.

701. Outre le privilège des frais de voiture, particulièrement introduit pour fixer la position du créancier à l'égard des tiers, le mandataire a, pour ces mêmes frais, le droit de rétention contre le mandant et l'exception *doli mali* (1).

702. Quant aux frais d'amélioration, ils ne sont pas privilégiés, et le mandataire n'est pas fondé à se prévaloir contre les autres créanciers d'un droit de préférence fondé sur cette cause. La loi n'a accordé nulle part une position privilégiée à celui qui a, non pas conservé, mais amélioré la chose (2), et l'on sait que les privilèges sont de droit étroit.

703. Mais si le mandataire qui a amélioré la chose n'a pas de privilège *inter crédores*, il a, du moins, contre le mandant qui voudrait retirer cette chose, ou contre ceux qui exercent ses droits, l'exception *doli mali*, ou, ce qui revient au même, le droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit payé de son dû (3).

704. Tels sont les avantages dont jouit le mandataire civil.

(1) *Id.*, n° 264; Voët, *ad Pand.*, *De compens.*, n° 20.

(2) Mon. com. des *Hypothèques*, t. 1, n° 176.

(3) *Id.*, au n° 176, les textes que je rapporte et les auteurs; et au n° 264, où je cite un passage de Voët.

Junge la loi 14, D., *De doli mali et metus except.* (Paul).

Le mandataire commercial est dans une position plus favorisée. Outre le privilège de conservateur de la chose, outre le droit de recouvrer par préférence les frais de voiture, il jouit d'un privilège de gagiste de plein droit et inné, pour les avances qu'il a faites sur les marchandises à lui expédiées d'une autre place afin d'être vendues pour le compte du commettant; pourvu, toutefois, que ces marchandises soient à sa disposition, dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou même pourvu qu'étant encore en route il puisse constater, par un connaissance ou par une lettre de voiture, l'expédition qui lui en a été faite (art. 93 Code de comm.). Ce privilège est né de la faveur du commerce (1). Bien qu'il ne soit pas autre chose qu'un privilège de gagiste (2), il n'est pas soumis aux formalités exigées par le droit commun pour constater l'existence du contrat de gage. Il résulte de plein droit du nantissement ou de la *saisie naturelle*, comme dit Valin, que le commissionnaire a de la chose. Ce n'est qu'autant que le commissionnaire ne se trouve pas dans les conditions de l'art. 93 du Code de commerce qu'il doit faire preuve d'un contrat de gage stipulé pour pourvoir à sa sûreté.

705. Mais comme cette matière tient plus au nantissement qu'au mandat, je renvoie, pour en approfondir les détails, à mon commentaire des

(1) Valin, liv. 2, t. 10, art. 3.

(2) Valin, *loc. cit.*

art. 2073 et 2074 du Code civil. Ce sera pour moi une occasion de revenir sur les principes qui séparent le privilège du droit de rétention, d'expliquer de nouveau une théorie qui ne me paraît pas suffisamment comprise, et de soumettre à une nouvelle étude les propositions que j'ai émises à ce sujet dans mon commentaire des *Hypothèques*.

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LE MANDAT FINIT.

ARTICLE 2003.

Le mandat finit :

Par la révocation du mandataire,

Par la révocation de celui-ci au mandat,

Par la mort naturelle ou civile, l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

SOMMAIRE.

706. Des différentes causes qui mettent fin au mandat.

§ 1. De la révocation du mandataire.

707. Pourquoi la volonté du mandant peut-elle mettre fin au mandat ?

708. Dans quelles circonstances elle peut intervenir.

Du cas où les choses sont entières.

Du cas où il y a commencement d'exécution, et distinction entre ce qui a été fait et ce qui est à faire.

709. La preuve de la révocation du mandat doit se tirer de paroles non équivoques.

D'un autre côté, quand les termes de la révocation sont clairs, il ne faut pas faire dévier l'interprétation de la véritable pensée du mandant.

710. Des actes de gestion faits par le mandataire qui ignore sa révocation.

711. De la notification de la révocation au mandataire.

712. De la notification expresse.

713. De la connaissance de la révocation acquise par le mandataire sans notification et indirectement.

714. Tant que le mandataire a ignoré la révocation, cette révocation est inactive, et les actes du mandataire sont valables.

715. Objection tirée d'un texte du jurisconsulte Julianus. Mais ce texte n'a de valeur que pour une espèce particulière ; il ne doit pas être généralisé.

716. Précaution indiquée au mandant par l'art. 2004 pour prévenir le contact abusif du mandataire révoqué avec les tiers.

717. Des actes qui ne sont que la suite d'actes commencés.

718. Des mandats irrévocables.

719. De la révocation du mandat donné par plusieurs.

§ 2. De l'expiration du mandat par la renonciation du mandataire.

720. Renvoi aux n^{os} 337, 338, et à l'art. 2007 du C. c.

§ 3. De l'expiration du mandat par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire.

721. De la mort du mandant. Pourquoi met-elle fin au mandat ? Différence entre le mandat, le louage et la vente.

722. Du cas où la mort du mandant arrive *rebus integris*.

723. Du cas où elle arrive lorsque le mandat est en voie d'exécution.

724. De l'ignorance de la mort par le mandataire. Les actes faits par le mandataire de bonne foi sont valables.

725. Les Romains appliquaient cette règle même au cas où le mandat était donné pour affranchir, bien que l'affranchissement exigeât la plus grande plénitude de volonté de la part du manumisseur.

726. La confirmation des actes faits par le mandataire dans l'ignorance du décès est surtout nécessaire à l'égard des tiers.
727. De tout cela il ne suit pas que le mandat ne prend pas fin par la mort.
Conciliation de ce qui est dit aux n^{os} 725, 726, avec le principe que le mandat s'éteint par la mort.
728. Des mandats destinés à durer après la mort. Exemples. Ils sont valables.
729. Réponse à une objection tirée de la loi 108, D., *De solutionib.* Explication qu'en a donnée Cujas.
730. Réponse à une objection tirée de la loi 77, § 6, D., *De legat.*, 2^o.
731. Puisqu'on peut stipuler que la société passera aux héritiers, on peut également stipuler que le mandat survivra au décès.
732. Réponse à la crainte tirée des fidéicommiss prohibés.
733. Suite. Si le mandat devait survivre au mandant pour favoriser les fidéicommiss prohibés, il devrait être considéré comme révoqué par la mort, malgré toute stipulation contraire.
734. Le mandat fait pour durer après la mort expire-t-il si l'héritier du mandant est mineur ?
735. Suite.
736. Il dure aussi dans le cas de préposition salariée ; car c'est plutôt un louage d'ouvrages qu'un mandat.
Quid juris de la préposition gratuite ?
737. Des mandats implicitement non révocables par le décès. Exemples.
738. Autre exemple du mandat donné sous forme de préténom.
739. De l'influence de la mort d'un des mandants sur le mandat donné par plusieurs.
740. De la continuation du mandat pour terminer ce qui est commencé.
741. De la mort civile du mandant.
742. De la fin du mandat par la mort du mandataire.

743. De la mort civile du mandataire.
§ 4. *De la cessation du mandat par le changement d'état du mandant ou du mandataire.*
744. Qu'entend-on par changement d'état ?
745. Interdiction du mandant.
746. Faillite et déconfiture.
747. Des peines qui enlèvent au mandant l'administration de ses biens.
748. Du mandant placé sous conseil judiciaire.
749. Du changement d'état subi par la femme qui se marie.
750. Des changements d'état qui affectent le mandataire.
751. Suite.
752. Des tiers qui ont ignoré le changement d'état.
§ 5. *De la cessation du mandat par la cessation des pouvoirs du mandant.*
753. Explication de ceci.
754. *Quid* si le délégué ignore la cessation de pouvoirs du déléguant ?
755. Des tiers.
756. *Quid* si le mandant originaire avait accepté le délégué pour son mandataire ?
757. Suite.
758. De l'influence des changements d'état qui tombent sur le déléguant.
§ 6. *De la cessation du mandat par la force majeure.*
759. Détails sur ce point.
§ 7. *De la fin du mandat par l'accomplissement de l'affaire ou l'expiration du temps.*
760. De la consommation de l'affaire. Renvoi aux n^{os} 565 et 825. (R)
761. De l'expiration du temps.
762. Quand le mandat est expiré, les actes faits par le mandataire ne lient pas le mandant.
763. Des actes prétendus antidatés par le mandataire. C'est au mandant à prouver la fraude.

COMMENTAIRE.

706. Le chapitre dont l'analyse va nous occuper est d'une grande importance; la fin du mandat n'est pas moins intéressante à étudier que la formation de ce contrat.

Le mandat prend fin de différentes manières. L'art. 2003 du C. c. compte cinq causes d'extinction :

- 1° La révocation du mandataire par le mandant;
- 2° La renonciation du mandataire au mandat;
- 3° La mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire;

4° Le changement d'état de l'un ou de l'autre, à savoir : l'interdiction, la faillite, la déconfiture, etc.

A ces quatre causes on peut ajouter la cessation des pouvoirs du mandant;

La force majeure qui empêche l'affaire de se poursuivre;

La consommation de l'affaire conformément à l'ordre donné.

C'est dans ce cadre que nous allons renfermer nos développements.

707. Et d'abord, parlons de la révocation (1).

Quoique la volonté de l'homme soit ambulatoire (2), la force des contrats la tient néanmoins

(1) Ulp., l. 12, § 16, D., *Mandati*.

Ulp., l. 15, D., *Mandati*.

Justinien, Inst., *Mandati*, § 9.

(2) L. 4, D., *De adimend. legatis*.

L. 32, § penult., D., *De donat. inter vir. et uxor.*

L. 3, C., *Mandati*.

captive, et l'engagement auquel elle s'est soumise devient pour elle une nécessité. *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* (1).

Il y a cependant quelques contrats qui font exception à cette règle; ce sont, par exemple, la société et le mandat. Nous avons expliqué, dans notre commentaire de la *Société* (2), quand et pourquoi la volonté de l'une des parties peut mettre fin à l'association. Il y a des raisons non moins péremptoires pour légitimer une puissance pareille donnée, par exception, à la volonté dans le contrat de mandat.

Le mandat, en effet, dérive de la volonté du mandant, et le mandataire, en l'acceptant, a voulu lui rendre un service ou remplir envers lui un office amical. *Originem ex officio atque amicitia trahit* (3). Or, on ne rend pas un bienfait à quelqu'un malgré lui (4); et, dès lors, il serait contraire à la nature des choses et à la raison que le mandat survécût à la volonté de celui dont il émane et qui révoque ses pouvoirs. On s'écarte donc ici, par une nécessité logique invincible, de la règle vulgaire qui veut qu'un contrat ne se dissolve que de la même manière qu'il a été contracté.

(1) L. 5, C., *De oblig. et act.*

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 966.

(3) L. 1, § 4, D., *Mandati*

(Paul).

Suprà, n° 338.

(4) L. 69, D., *De reg. juris.*: « *Invito beneficium non datur.* »

Il est un autre motif dont celui-ci se corrobore. Le mandat ne se donne qu'à la confiance; et la confiance est un sentiment susceptible d'altération et de changement. La volonté qui a donné le mandat doit donc rester maîtresse de le révoquer.

708. La légitimité de la révocation étant admise, il faut voir dans quelles circonstances elle intervient (1). Il est important, en effet, de distinguer si elle a lieu *rebus integris*, c'est-à-dire avant que le mandataire ne soit entré en fonctions; ou bien si elle a lieu lorsque le mandataire avait commencé à agir.

Dans le premier cas, le mandat est censé n'avoir jamais existé; on n'aperçoit de la part du mandataire aucun intérêt appréciable sur lequel il puisse baser le principe de l'action *mandati*. « *Mandatarii nihil interest*, » dit très bien le président Favre (2) pour expliquer ces paroles du jurisconsulte Ulpien : *Cessare mandati actionem* (3). On se rappelle, en effet, que lorsque le mandat se contracte, la seule personne qui s'engage directement, c'est le mandataire. Le mandant ne devient obligé qu'*ex post facto* et lorsque le mandataire a fait quelques actes d'exécution pour lesquels le mandant lui doit une ratification ou une indemnité. Si donc la gestion du mandataire n'a pas encore commencé, et que le mandant se repente, le mandataire n'a rien à dire de cette révocation qui le décharge de ses

(1) V. art. 2004, et n° 763, *infra*.

(2) *Ration.* sur la loi 12, § 16, D., *Mandati*.

(3) L. 12, § 16, D., *Mandati*.

obligations et ne le prive d'aucun droit né et actuel. Le mandat est censé n'avoir jamais eu d'existence (1).

Au second cas, il en est tout autrement. La révocation met sans doute fin au mandat; mais elle n'empêche pas qu'il n'y ait un passé, des actes consommés, des faits accomplis, et par conséquent le principe d'une action ouverte au mandataire *in id quod interest*, pour ce qu'il a fait (2). La révocation laisse subsister ce passé; il ne peut être au pouvoir du mandant d'enlever au mandataire les droits, les actions que ce passé a fait naître contre lui. Le mandataire qui aura bien géré pourra donc se faire indemniser par le mandant des frais, dépenses, avances qu'il aura déboursés de bonne foi avant la révocation (3); il pourra exiger la ratification de ses actes.

Mais, pour l'avenir, le mandat cesse. Le mandataire révoqué n'a plus le droit d'agir. Ses pouvoirs étant évanouis, tout ce qu'il peut faire demeure étranger au mandant. Il peut tout au plus prendre la situation d'un *negotiorum gestor* dans les circonstances particulières et fort restreintes dont j'ai parlé ci-dessus (4); il est nécessaire de les consulter ici, afin de ne pas donner trop d'ex-

(1) Inst. de Just., *Mandati*, § 9.

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) Code portugais, art. 819.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 429.

(4) N.° 79 et suiv.

tension à cette conversion du mandat en *negotiorum gestio*.

709. La révocation du mandat est un fait grave; toutes les paroles de l'acte dont on veut l'inférer doivent être pesées avec soin, afin de ne pas fausser la volonté du mandant. Ce n'est pas sur des mots douteux, équivoques, susceptibles de plusieurs sens, qu'on peut établir la preuve d'une révocation; on ne doit s'arrêter qu'à des expressions d'où découle nécessairement un changement d'intention, une altération de la volonté première (1).

D'un autre côté, quand les paroles sont claires, il ne faut pas les torturer pour faire dévier l'interprétation de la véritable pensée du mandant.

C'est ce que l'on essayait de faire, suivant Casaregis, dans l'espèce suivante (2) :

Morganti, négociant de Livourne, avait donné commission aux sieurs Gismondi, négociants à Palerme, de lui expédier 1,000 sommes de blé à prendre sur les premiers grains que le gouvernement sicilien permettrait d'exporter. Il leur disait : J'ai besoin d'être servi avec promptitude; je veux être un des premiers à être nanti. Peu m'importe que les blés soient nouveaux ou qu'ils soient anciens; peu m'importe aussi le prix; l'important pour moi

(1) Casaregis, *disc.* 119, n^o 34, 35 : « Non si può fondare sopra parole dubbie, equivoche e riferibile a più sensi; ma sopra tale parole delle quali necessariamente ed espressamente resti convinta la revocazione ed alterazione delle volontà e mandato precedente. »

(2) *Disc.* 119.

est d'arriver un des premiers. Vous m'expédiez ces 1,000 sommes le plus tôt possible par des patrons bien connus de vous.

Les Gismondi lui répondent par une acceptation.

Bientôt le gouvernement délivre des permis d'exportation. Mais les Gismondi, au lieu de faire achat des 1,000 sommes de blé, n'en achètent que 400, et, pour expliquer cette transgression, ils écrivent à Morganti : « Le blé est vieux et léger; il est cher; nous avons cru agir au mieux de vos intérêts en n'en achetant pour votre compte que 400; nous vous pourvoirons du surplus lors des permis d'exportation qui seront donnés ultérieurement. »

Mais la prochaine récolte s'annonçait sous de si heureux auspices, que les approvisionnements de grains pouvaient devenir à charge aux spéculateurs. Morganti écrivit : « J'accepte vos 400 sommes, mais si cette lettre vous parvient à temps, suspendez les nouveaux achats; *piacciavi sospendere per mio conto nuovi acquisti.* »

Que voulait-il dire? Avait-il la pensée de révoquer son mandat pour le surplus? Ou bien la défense d'acheter ne devait-elle se référer qu'aux grains dont l'exportation avait été autorisée par les premiers décrets du gouvernement? Et, dans cette hypothèse, Morganti ne laissait-il pas subsister son mandat pour acheter les 600 sommes restantes sur les blés à exporter en vertu des décrets ultérieurs du gouvernement?

C'est ce dernier sens que les Gismondi donnèrent à la lettre de Morganti. Ils achetèrent 600 sommes sur les blés des exportations ultérieures et les

expédièrent à Morganti. Mais Morganti refusa de les recevoir. Un procès fut intenté. Le premier juge déclara que les Gismondi avaient outrepassé le mandat. Sur l'appel, la cause fut longuement discutée, et Casaregis en donne tous les détails. La sentence, rendue contre l'opinion de deux auditeurs de la rote et conformément à l'opinion de Casaregis, décida que le mandat avait été révoqué et que les Gismondi ne pouvaient forcer Morganti à recevoir les 600 sommes ou à en payer le prix.

710. Il peut arriver que le mandataire ignore la révocation, et qu'il fasse des actes de gestion avant d'en avoir été instruit. Ulpien a prévu ce cas dans la loi 15, au D., *Mandati*. Je vous donne le mandat de m'acheter une maison; bientôt je change d'avis, et je vous écris une lettre pour vous avertir que je n'en veux plus; mais, avant que ma dépêche ne vous soit parvenue, vous avez fait l'achat. Cet acte doit être ratifié par moi, car vous avez ignoré la révocation du mandat, et le service que vous avez cru me rendre ne doit pas devenir pour vous une cause de dommage. C'est le cas de dire avec Paul: *Competere actionem, utilitatis causâ, dicitur* (1). La révocation est un fait que le mandataire a eu juste sujet d'ignorer. On ne peut lui reprocher de n'avoir pas deviné le changement de la volonté (2). *Ignoscendum enim, dit Ulpien avec élégance, si non divinavit* (3).

(1) L. 26, D., *Mandati*.

(2) Favre dit sur la loi 15: « *Nisi forte imputare ei volumus cur non divinaverit revocationem, quod esset absurdum.* »

(3) L. 29, § 2, D., *Mandati*.

On sait, du reste, que, dans toutes les matières où il s'agit de *damno vitando*, l'ignorance d'un fait ne saurait nuire (1). Et quelles personnes voudraient se charger d'un mandat si l'ignorance de la révocation de la procuration pouvait être pour le mandataire une cause de dommage (2)?

Ajoutons, enfin, que l'ignorance du mandataire est d'autant plus excusable que la révocation du mandat ne se présume pas, le mandant étant toujours censé persévérer dans la même volonté: « *Mandans præsumitur in eadem voluntate perseverare* (3). »

711. C'est pour cela que la loi suppose que la volonté qui fait cesser les pouvoirs du mandataire doit être portée à sa connaissance, ou, comme disent les art. 2004 et 2006 du C. c., à lui *notifiée*.

Et cette connaissance ou notification est inséparable de la révocation, soit que cette révocation soit expresse, soit qu'elle soit tacite (4).

712. Quand elle est expresse, il va sans dire que c'est la notification qui en est faite au mandataire qui lui donne son énergie; cette notification est

(1) L. 8, D., *De juris et facti ignor.*

L. 77, § *Mavio*, D., *De legat.*, 2^o.

L. 18, 34, § *Si Titium*, et § *Si debitor.*, et 82, D., *De solut.*

L. pénult., D., *De reb. credit.*

(2) Favre sur la loi 15, D., *Mandati*.

(3) Casaregis, *disc.* 30, n^o 21.

Disc. 119, n^{os} 32, 33.

Disc. 74, n^o 41.

(4) Pothier, n^o 121.

même un des deux termes de l'acte qui met fin au contrat. C'est au mandataire que le mandat a été remis formellement; c'est de ses mains qu'il faut le retirer (1). Quoi de moins sérieux, en effet, que le fait d'un mandant qui, voulant révoquer expressément sa procuration, ne s'adresserait pas à son procureur pour lui dire : *Je vous révoque*, et laisserait sa révocation inerte et ignorée? Ce serait certainement le cas d'appliquer cette règle de droit : « *Idem est non esse et non apparere.* » La révocation est un fait du mandant, et ce fait est peut-être ignoré du mandataire, qui est fondé à croire que le mandant persévère dans sa première volonté. Le mandant doit donc l'en informer (2).

A côté de la révocation expresse, dont la forme naturelle et logique est de s'adresser directement au mandataire, il y a des révocations tacites qui résultent de faits et de circonstances. L'art. 2006 en est un exemple (3). Mais, bien que la révocation soit tacite, bien qu'elle n'emprunte aucune forme spéciale expresse, on ne saurait dire que sa puissance effective puisse se passer de la notification au mandataire. La révocation et la notification peuvent, sans doute, être deux actes séparés, mais il faut que le second s'adjoigne au premier pour que celui-ci ait une vertu active; il

(1) Arg. de l'art. 2004.

(2) Straccha, *De decoctoribus*, part. 3, n° 51.
Infrà, n° 751.

(3) Voyez mon com. de cet article.
Infrà, n° 777.

faut que la notification intervienne pour arrêter les pouvoirs du mandataire.

Ainsi, supposons qu'ayant constitué Pierre pour mon mandataire à l'effet d'acheter une partie de soieries qui doit se vendre à Lyon, je donne, quelques jours après, l'ordre de faire cet achat à Jacques, qui m'est signalé comme plus habile en affaires de commission; cette constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation; mais cette révocation n'a de valeur que du jour qu'elle a été notifiée à Pierre (art. 2006).

713. Faisons cependant une observation nécessaire pour éviter des méprises. Nous venons de faire ressortir l'importance de la notification, et il n'y a rien à retrancher de ce que nous avons dit à cet égard. Mais quel est le but de la notification? C'est de faire connaître au mandataire ce qu'il ne sait pas, c'est-à-dire la révocation qu'il ignore. Or, quand il connaît, par un moyen quelconque, la révocation de ses pouvoirs, qu'est-il besoin d'une notification? Dans une matière telle que le mandat, où tout est de bonne foi, où tout doit marcher sans formalités embarrassantes ou vaines, on ne demande pas des précautions redondantes. C'est pourquoi la jurisprudence décide que lorsque le mandataire est instruit par des faits quelconques de la révocation de ses pouvoirs, cette connaissance dispense le mandant de lui faire une notification directe (1). Il suffit que le mandataire sache qu'il

(1) Cass., req., 14 mai 1829 (D., 34, 1, 402).

Pothier, n° 121. — *Infrà*, n° 786.

a perdu la confiance de son mandant pour qu'il soit de son devoir de s'abstenir (1).

Et c'est au juge à apprécier les circonstances d'où sort la preuve que la révocation était bien connue du mandataire.

Nous avons vu, au n° 710, *in fine*, que cette connaissance ne se présume pas facilement.

714. Mais si le mandataire est resté dans l'ignorance de la révocation, soit parce que cette révocation ne lui a pas été notifiée, soit parce que des moyens indirects ne l'ont pas portée à sa connaissance, la révocation n'a pas d'effet. Elle demeure inactive, et tous les actes faits par le mandataire depuis cette révocation ignorée sont valables.

715. A la vérité, on trouve dans le Digeste un texte qui paraît se concilier difficilement avec cette proposition. Un père avait donné à son fils le mandat d'affranchir Stichus, son esclave. Bientôt il se repentit et envoya à son fils un message pour lui défendre d'affranchir. Le messenger arriva trop tard; il trouva l'affranchissement opéré. Question de savoir si l'esclave était libre. Non! répond Julianus (2), car l'affranchissement a eu lieu contre la volonté du mandant, et il ne peut y avoir d'affranchissement valable qu'avec la volonté du maître.

Beaucoup de choses ont été dites sur cette loi

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 432.

M. Zaccharie, t. 3, p. 133, note (5).

(2) L. 4, D., *De manum. vindictâ*. Junge Paul, l. 15, § 1, D., *Qui et à quib. manumissis*.

par les interprètes. Mais je crois qu'il n'en faut tirer aucune conclusion de nature à modifier les règles que nous venons de poser au sujet du mandat. Cette décision de Julianus est particulière à la matière des manumissions, qui exigeait une plénitude de volonté plus entière et plus ferme (1). Nous verrons, en effet, par l'art. 2008 du C. c., que l'ignorance du mandataire fait durer le mandat à l'égard des tiers, et que cette loi de Julianus n'est pas conciliable avec les principes généraux.

716. Au surplus, pour prévenir le contact du mandataire révoqué avec les tiers, et les difficultés qui en naissent, l'art. 2004 indique au mandant une précaution salutaire. Nous en ferons ressortir l'utilité dans notre commentaire de cet article.

717. Le mandataire révoqué peut et doit même faire certaines choses qui sont une suite nécessaire de ce qu'il a commencé. Par exemple, s'il a vendu des marchandises qui sont en son pouvoir, il doit les livrer; s'il a acheté des objets dont il a reçu livraison, il doit les expédier au mandant (2). Il est vrai que le mandataire a perdu la confiance du mandant (3). Néanmoins, il est quelques actes qui sont tellement liés à ce qui a été commencé que le mandataire seul peut les accomplir; dans ce cas, il serait de mauvaise foi s'il s'y refusait.

718. Il y a des mandats qui sont irrévocables.

(1) *Infrà*, n° 724.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 438.

(3) *Suprà*, n° 384.

Tel est le cas du *procurator in rem suam* (1). Tel est le cas de l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, lequel ne peut être révoqué sans cause légitime (2). La révocation est alors un acte stérile qui n'enlève au mandataire aucun de ses droits. *Tale mandatum revocari non potest nec tacite per mortem, nec per expressam revocationem* (3).

719. Lorsque le mandat reste révocable, ainsi qu'il est dans sa nature de l'être, la révocation, pour être efficace, ne peut émaner que du pouvoir même qui a donné la procuration.

Suit-il de là que lorsque le mandat est conféré par plusieurs pour une affaire commune (4), la révocation doit être l'ouvrage de tous ? « *Plenè firmavi*, dit Casaregis (5), *ministerium removeri non posse sine consensu omnium sociorum et interesse habentium.* » Les actes, en effet, qui touchent à l'intérêt de plusieurs personnes, enseigne ailleurs le même Casaregis, ne sont efficaces que lorsqu'ils

(1) L. 15, D., *De pactis*.
Casaregis, *disc.* 39, n° 9.

(2) Art. 1856 C. c.
Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 669.

Junge, pour un autre exemple, un arrêt de la Cour royale de Bordeaux du 7 juillet 1837 (*Dev.*, 37, 2, 452).

(3) Casaregis, *disc.* 33, n° 15, et *disc.* 39, n° 9 ;
D'après Ansaldo, *disc.* 65, n° 20, 21 ;

Et Cancarius, *Variar. resol.*, part. 2, cap. 6, n° 131.

(4) Art. 2002 C. c.

(5) *Disc.* 128, n° 9.

sont faits par tous conjointement, ou avec leur assentiment et leur intervention (1).

J'ai cependant écrit, dans mon commentaire du titre de la *Société* (2), que la révocation du gérant nommé par le pacte social peut être demandée en justice par un seul des associés. Mais on a pu voir que je me suis appuyé sur un motif particulier qui n'existe pas ici : c'est que l'associé qui serait déclaré non recevable à provoquer la destitution du gérant pourrait demander la dissolution de la société même, et que, par conséquent, les co-associés qui auront intérêt à l'existence de la société se garderont d'élever cette fin de non-recevoir compromettante.

Ce que j'ai dit au n° 680 du même ouvrage va plus directement à notre question. Lorsque le gérant d'une société est nommé après coup et en dehors du pacte social, j'ai pensé que la volonté d'un seul peut mettre fin à ce mandat. Voici mon motif : dans une société, chaque associé est investi, de droit, du pouvoir d'administrer (art. 1859). Or, c'est ce pouvoir qui a été délégué au gérant par chaque associé. Chacun n'a donné pouvoir

(1) Casaregis, *disc.* 81, n° 1 et 2 : *Omnes actus qui sunt à pluribus personis peragendi, tunc necesse sit fieri ab omnibus conjunctiùs, cum interventu et consensu eorumdem.* Et plus bas, aux n° 3 et 4 : « *Quòd si actus est, in quo versatur facientiam utilitas, vel animi affectio, requiri debent etiam absentes; aliàs non valet.* »

(2) T. 2, n° 676.

que pour soi, et ce que sa volonté a pu faire, sa volonté peut le révoquer.

Cette raison est-elle généralement applicable à toutes les espèces de communauté, où les communistes donnent un mandat en commun pour l'affaire commune? Je ne vois pas de raison pour la négative, et j'écarte par conséquent l'opinion de Casaregis.

Supposons, par exemple, que Pierre et Paul, copropriétaires d'une maison, aient donné procuration à François de la vendre. Pierre reçoit des renseignements qui ébranlent sa confiance dans François. Faudra-t-il cependant, si Paul y résiste, qu'il continue à se faire représenter par un homme dont il se défiera? L'aveuglement de son consort pourrait-il compromettre ses intérêts bien entendus? Et pourquoi donc ne dirait-il pas à François : « Je révoque le mandat que je vous ai donné; » vendez la part de Paul, puisque Paul y consent toujours; mais je vous défends de vendre la mienne, et tout ce que vous ferez sera nul à mon égard? » A ce langage dicté par le bon sens je doute qu'on puisse opposer avec succès le sentiment de Casaregis.

§ 2. *De l'expiration du mandat par la renonciation du mandataire.*

720. La deuxième cause qui donne fin au mandat, c'est la renonciation du mandataire.

Nous avons déjà exposé les principes qui gouver-

nent ce point (1). Nous les compléterons dans le commentaire de l'art. 2007 qui organise notre paragraphe.

§ 3. *De l'expiration du mandat par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire.*

721. La mort du mandant est classée parmi les causes qui mettent fin au mandat. *Mandatum solvitur morte* (2).

Quelle est la raison de ce point de droit? Pourquoi la mort, qui ne met pas fin au louage (3), à la vente, termine-t-elle le mandat?

Le contrat de mandat a été principalement introduit pour l'intérêt du mandant. C'est la volonté de ce dernier qui le soutient (4), et quand cette volonté cesse d'exister, le mandat, manquant de sa base essentielle, s'anéantit. Le mandat ne ressemble donc pas en ceci aux autres contrats qui ne se dissolvent que par la volonté commune des parties, et auxquels la mort n'apporte pas de changement. De même que la révocation expresse ou tacite du mandat met fin au contrat, de même la mort, semblable sous beaucoup de rapports à une révocation tacite (puisque'elle implique cessation

(1) *Suprà*, n° 337, 338.

(2) Paul, l. 26, D., *Mandati* (lib. 32, *Ad edict.*).

(3) Ulp., l. 19, § 8, D., *Locati*.
Labéon, l. 60, § 1, D., *Loc.*

L. 10, C., *De loc.*

(4) *Suprà*, n° 706.

de la volonté du mandant), en amène l'extinction.

Je ne voudrais cependant pas dire, avec Casaregis, que la mort opère une révocation véritable (1). La mort fait cesser la volonté; mais elle ne substitue pas, comme la révocation, une volonté nouvelle à la volonté primitive. Quand il y a révocation, le mandant annulé par une résolution contraire ce que d'abord il avait résolu. Quand il y a décès, nul ne peut dire que le mandant eût changé de volonté s'il avait vécu.

722. Lorsque la mort du mandant arrive à une époque où les choses sont entières, le mandat est censé n'avoir jamais existé. Tout ce que nous avons dit ci-dessus au n° 707 est applicable ici.

723. Lorsqu'elle arrive à un moment où le mandat est en voie d'exécution, elle ne fait cesser le mandat que pour l'avenir. Le passé subsiste avec tous les droits qu'il a pu donner au mandataire, ainsi que nous l'avons dit au n° 708. Car si le mandat est fini, les actions qui en dérivent durent encore (2).

724. Dans le cas où le décès est ignoré du mandataire, le mandat se prolonge dans l'avenir (article 2008); les actes opérés par le mandataire sont protégés par l'action *mandati contraria* (3). Une raison d'utilité (*utilitatis causâ*) (4) fait survivre le

(1) Casaregis, *disc.* 33, n° 15.

V. *suprà*, n° 718, le passage de cet auteur.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 892.

(3) Paul, l. 26, D., *Mandati*.

(4) Paul, *loc. cit.*

mandat à la volonté absente du mandant décédé. Qui voudrait, en effet, accepter un mandat si le mandataire était exposé à voir mettre à sa charge les actes auxquels il s'est livré dans l'ignorance d'un fait qu'il n'était pas tenu de savoir? Les héritiers du mandant devaient se hâter de l'en instruire. Si l'exécution postérieure du mandat leur a causé quelque dommage, qu'ils ne s'en prennent qu'à eux-mêmes, et qu'ils cessent d'inquiéter le mandataire, dont la juste ignorance doit être respectée. C'est là ce que Julianus résumait dans ces paroles énergiques: « *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquandò durare* (1). »

Nous avons vu le contrat de société emprunter au mandat ces idées pleines de sens (2).

725. Le droit romain les appliquait même dans le cas d'un mandat donné pour affranchir, bien que l'affranchissement exigeât la plus grande plénitude de volonté de la part du manumisseur (3).

Un père avait permis à son fils (une permission équivalait à un mandat (4)), d'affranchir son esclave. Quelque temps après, ce père décède *ab intestat*, et son fils, ignorant cet événement, donne à l'esclave l'affranchissement. Julianus, au livre 42 de ses

(1) L. 26, D., *Mandati*.

(2) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 901.

(3) *Suprà*, n° 715.

(4) Ulp., l. 18, D., *Mandati*: « *Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intelligitur.* »

Favre, *Ration.*, sur la loi 15, D., *Mandati*: « *Permissio mandati vim oblinet.* »

Digestes, n'hésite pas à décider que l'esclave doit être libre; rien ne prouvant, du reste, que la volonté du maître eût changé avant son décès (1).

726. En ce qui concerne les tiers, il n'est pas moins évident que leur ignorance du décès valide ce qu'ils ont fait de bonne foi avec le mandataire. Leur situation est éminemment favorable; ainsi, par exemple, quoi de plus digne d'intérêt que cet esclave dont nous avons parlé au numéro précédent, qui a reçu la liberté, qui peut-être en a joui pendant quelque temps, et à qui on voudrait la ravir, sous prétexte d'un événement ignoré de tous ?

Au surplus, l'art. 2009 s'occupe spécialement des tiers. Nous y reviendrons plus tard (2).

727. De tout cela faudrait-il conclure que le mandat ne prend pas fin de plein droit par la mort, et qu'en cela il diffère de la société (article 1865 C. c.) (3)? Je réponds : La mort fait cesser le mandat de plein droit en ce sens qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le mandant avait changé de volonté; ou en ce sens encore qu'un acte de notification en forme n'est pas requis pour arrêter l'exécution du mandat. Cette exécution se trouve nécessairement paralysée par la connaissance du décès que le mandataire acquiert d'une manière

(1) L. 4, D., *De manumissis vindictâ*. Paul, dans le liv. 1 de son com. sur la loi Julia, rappelle cette décision de Julianus, l. 15, § 1, D., *Qui et à quibus manumissi*.

(2) Voyez *infra*, n° 817, et mon com. de la *Société*, t. 2, n° 901.

(3) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 890 et 903.

quelconque. Nulle défense d'agir, nul ordre de s'abstenir ne doit intervenir officiellement ou judiciairement pour que la procuration s'éteigne. La mort du mandant a suffi à elle seule pour lui enlever son soutien. Seulement, le mandataire doit connaître cet événement; *idem est non esse et non apparere*.

728. Il y a des mandats qui sont donnés pour durer après le décès (1); la mort ne les révoque pas. Ils se transmettent aux héritiers du mandant. Ulpien nous en donne un exemple, d'après Marcellus: c'est le cas où une personne charge une autre personne de lui ériger un monument après sa mort. Les deux jurisconsultes décident que l'héritier du défunt aura contre le mandataire l'action *mandati*: « *Heres ejus poterit mandati agere ut perficiatur*. » Telle est aussi l'opinion de Caius dans une espèce où Titius avait livré un esclave à Sempronius pour l'affranchir après sa mort. Caius décide qu'un tel mandat est valable: « *Constitit obligatio* (2). » Et ce n'est pas de la part de ce jurisconsulte une opinion passagère; il la répète dans la loi 13, au D., *Mandati*, laquelle s'occupe d'un mandat donné à Sempronius pour acheter un fonds après le décès du mandant pour les héritiers de ce dernier. Comment, en effet, serait-il possible de faire finir, par la mort du mandant, un mandat qu'il n'a donné

(1) Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati*.

Menochius a très bien traité cette matière, *Præsumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 37.

(2) L. 27, § 1, D., *Mandati*.

que pour être exécuté après sa mort? L'obligation a pris naissance du vivant du mandant. Peu importe que l'exécution en soit différée après son décès. La volonté des parties a pu déroger à la règle ordinaire qui attache la fin du mandat au décès du mandant (1). Straccha nous apprend que l'usage de pareils mandats était fréquent de son temps parmi les marchands de Florence (2). Ils le donnaient par testament. Nous en avons vu un exemple remarquable au numéro 468 ci-dessus. Les exécuteurs testamentaires en sont chez nous un autre exemple très usuel (3).

729. On peut opposer la loi 108, au D., *De solut.*, extraite des écrits de Paul. Mais Cujas a démontré qu'elle est défigurée par deux transpositions, et ce grand jurisconsulte, aussi excellent critique qu'habile philologue, l'a mise d'accord avec les lois précitées par une élégante et heureuse restitution (4).

730. Essaiera-t-on d'aller chercher une objection dans la loi 77, § 6, D., *De legat.*, 2^o? Mais que dit

(1) Bartole sur la loi fin., D., *De solut.*

Boerius, *décis.* 348, n^o 6.

Straccha, *Mandat.* n^o 49.

Casaregis, *disc.* 35, n^o 8 et 31, n^o 33.

Favre sur la loi 12, § 12, D., *Mandati.*

Pothier, n^o 108.

M. Duranton, t. 18, n^o 284.

M. Zacchariæ, t. 3, p. 134.

(2) *Loc. cit.*

(3) Art. 1025 et suiv.

(4) Lib. 1, *observat.*, c. 38.

donc cette loi? Un créancier donne ordre à Mævius, son débiteur, de payer ce qu'il lui doit à Titius, à qui il voulait faire une donation actuelle, mais révocable jusqu'à son décès. Mævius ne paie pas du vivant du créancier; mais, ayant appris sa mort, il effectue le paiement entre les mains de Titius. Ce n'est pas là l'espèce d'un mandat exécutoire après le décès du mandant. C'est tout autre chose; c'est une donation à cause de mort, faite pour être exécutée actuellement, sous une condition résolutoire. Si Papinien (1) décide que le paiement fait après le décès ne libère pas Mævius, et que Titius n'est pas censé avoir reçu la somme à cause de mort, c'est parce qu'il n'y avait pas eu de tradition du vivant du donateur, et que la donation était restée imparfaite. Mais Papinien ne fait aucune allusion à un mandat exécutoire après la mort du mandant, et nul, à raison de cette circonstance (2).

731. En un mot, je ne vois pas pourquoi le mandat ne pourrait pas survivre au mandant, lorsqu'il est admis en jurisprudence que la clause qui fait passer la société aux héritiers est valable (3). Paul n'a-t-il pas dit qu'il y avait parité entre ces deux contrats? *Tunc eâdem distinctione utimur quâ in mandato* (4).

(1) Au liv. 8 de ses Réponses.

Voyez Cujas dans son com. de cet ouvrage. Je suis son interprétation.

(2) Favre, *Rationalia*, sur la loi 12, § 12, D., *Mandati.*

(3) Mon com. de la *Société*, t. 2, n^o 880, art. 1868 G. c. et 949.

(4) L. 65, § 10, D., *Pro socio.*

732. Enfin (pour tout prévoir), si des esprits scrupuleux disaient que notre doctrine tend à faire revivre sous le Code civil les donations à cause de mort et les fidéicommiss proscrits par le droit moderne, nous ne serions pas embarrassé de répondre à leurs susceptibilités.

Toutes les fois que le mandat, exécutoire après le décès du mandant, ne sera qu'une forme employée pour couvrir une donation à cause de mort ou un fidéicommis prohibé, nous n'hésiterons pas à le sacrifier. Mais, tant qu'il ne présentera pas ces caractères, nous soutiendrons que les susceptibilités qui s'élèvent contre lui sont exagérées.

Titia, voulant faire don à Septicius et à Mævius, ses débiteurs, de la somme que ces derniers lui devaient, remit à Ageria leurs reconnaissances chirographaires, et lui dit : « Si je décède, remettez ces titres à Septicius et à Mævius; si je survis, vous me les rendez. » Titia mourut, et Ageria fit à Septicius et à Mævius la remise dont elle avait été chargée. L'héritière de Titia crut cependant pouvoir agir en justice pour réclamer les sommes portées dans les titres souscrits par les deux débiteurs. Mais Julianus, consulté sur cette action, répondit qu'une telle prétention devait être considérée comme dolosive, et que l'exception *pacti conventi* ou *doli mali* devait faire repousser la demande (1).

Qu'est-ce que ce cas? C'est bien celui d'une do-

(1) L. 18, § 2, D., *De mortis causa donat.* (lib. 60, *Digest.*). Voyez Cujas dans son com. de cet ouvrage.

nation à cause de mort, et le mandat donné à Ageria pour être exécuté après la mort de Titia n'est pas autre chose qu'un moyen employé pour conduire à fin un acte de dernière disposition. Cet acte était valable chez les Romains. Il n'a plus de caractère légal sous le Code civil, et ce n'est pas pour une espèce de cette nature que nous revendiquons la règle que le mandat exécutoire après le décès du mandant n'est pas révoqué par sa mort (1). Nous disons, au contraire, que cette forme n'est qu'un abus condamnable; nous ne voulons pas qu'elle protège des actes réprouvés.

733. C'est ce que nous avons enseigné dans notre commentaire du *Dépôt* (2), où nous avons montré comment de tels mandats, pouvant servir à faire renaître les abus des fidéicommiss, doivent être considérés comme révoqués par la mort, malgré toute stipulation contraire (3).

Mais quel rapport y a-t-il entre de pareils détours et un simple mandat donné pour la gestion des affaires du mandant, avec clause de continuation malgré le décès de ce dernier? Cette clause n'est-elle pas favorable à la marche des affaires? N'en empêche-t-elle pas l'interruption? N'est-il pas juste qu'elle soit respectée lorsqu'elle est pure

(1) Voyez la note r de Godefroy sur la loi 18, § 2, D., précitée. (R)

(2) Com. des art. 1931, 1938, 1939, n° 147 et suiv.

(3) *Junge* Caen, 12 mars 1827 (Dev., 8, 2, 345).

Montpellier, 6 mars 1828 (D. v. 9, 2, 49).

mes, 9 janvier 1833 (Dev., 33, 2, 206).

Cass., 16 août 1842 (Dev., 42, 1, 850).

de toute fraude faite à la loi? Les héritiers du défunt n'ont-ils pas du reste le moyen de pourvoir à leurs intérêts en révoquant eux-mêmes le mandataire, s'ils ne sont pas contents de ses services?

734. Une exception est cependant admise par les docteurs à ce point de droit. Ils veulent que le mandat fait pour durer après la mort expire si l'héritier du mandant décédé est mineur (1). Leur raison est ingénieuse. Le mandant, de majeur qu'il était, est devenu mineur; il y a eu dans sa personne (représentée par son héritier) un changement d'état qui annule le mandat (2). Cette raison peut s'étayer de la disposition de l'art. 2003 du Code civil.

735. Toutefois, ils veulent que, même dans ce cas, le mandat dure si le mandant a voulu expressément ou tacitement, mais toujours en connaissance de cause, que le mandat ne fût pas atteint par la minorité de l'héritier (3).

736. D'après le droit romain, la survivance du mandat au décès du mandant a lieu également de plein droit dans le cas de préposition (4).

(1) Straccha, *Mandati*, n° 49.

Casaregis, *disc.* 31, n° 33;
Disc. 35, n° 8.

(2) Casaregis, *disc.* 31, n° 33.

(3) *Id.*, 35, n° 9.

(4) Ulp., l. 11, D., *De instit. act.*

Paul, l. 17, § 2, *De instit. act.*

Casaregis, *disc.* 35, n° 10 et 11, et *disc.* 128, n° 6 et 7.

Mantica, *De tacit. et ambig.*, lib. 7, t. 25, n° 5; 21, n° 4.

Pothier, *Mandat*, 109, 111, et *Oblig.*, n° 448.

Mais je ne voudrais admettre cette règle, en droit français, que lorsque la préposition est salariée. Car alors elle est un louage d'ouvrages plutôt qu'un mandat; et l'on sait que le louage d'ouvrages n'est pas dissous par la mort du maître (1).

Cependant, je dois avouer que les auteurs commerciaux les plus accrédités ne font pas cette distinction (2), et Casaregis rapporte une décision qui semble la repousser (3).

Jean-Pierre, banquier, avait établi à Venise une succursale de sa maison; il avait mis à la tête de cet établissement Joseph-Marie, l'un de ses fils, et avait écrit à tous ses correspondants une circulaire pour qu'ils considérassent ledit Joseph-Marie comme maître de cette branche de commerce, promettant d'être sa caution pour toutes les obligations qu'il contracterait.

Il décéda, laissant quatre enfants: Joseph-Marie, majeur, Léonard, Octave et Louis, mineurs, sous la tutelle de leur mère.

Joseph-Marie continua la banque; il contracta, après le décès de son père, des obligations commerciales.

Un débat fort animé s'éleva entre les enfants pour savoir si la succession devait répondre des lettres de change souscrites par Joseph-Marie

(1) Mon com. du *Louage*, n° 1045.

Suprà, n° 227.

(2) Casaregis, *disc.* 29, n° 10 et 11, d'après une foule de docteurs du droit civil, et *disc.* 128, n° 6.

(3) *Disc.* 35, n° 14, 15 et suiv.

depuis que son père était décédé. Au nom des enfants mineurs, il fut soutenu que ces effets étaient des obligations nouvelles qui ne pouvaient réfléchir contre les héritiers de Jean-Pierre, puisque le mandat qu'il avait donné était expiré par son décès. On invoquait la loi 41, D., *De reb. credit.*, si célèbre en cette matière, et l'on ajoutait que Léonard, Octave et Louis étaient mineurs lors du décès de leur père, et qu'ils devaient d'autant moins être tenus des suites d'un mandat qui avait reçu de si nombreuses atteintes par le décès du mandant (1).

Néanmoins, la décision des juges fut contraire à cette prétention. En voici les bases :

La loi 41, D., *Si cert. petat.*, concerne une espèce différente. Africain, des écrits duquel elle a été tirée, prévoit le cas d'un esclave (*dispensator*) qui avait été préposé par son maître pour faire valoir ses capitaux à intérêt dans la province (2). Son maître décéda, lui laissant la liberté et lui donnant une partie de sa succession. Lui, ignorant ce changement d'état, avait fait des contrats que ses cohéritiers refusèrent de ratifier pour leur part, prétendant qu'ils excédaient les termes de son institution (3). Il avait reçu des paiements et donné quittance ; il avait remplacé les fonds, exigé des gages, stipulé des intérêts. *Quid juris* sur tous ces

(1) *Disc.* 35, n° 15.

(2) V. mon com. du *Prél.* préface, p. LX et suiv.

(3) Il faut voir Cujas, *Ad Afric.*, tract. 8, sur la loi *Ejus qui* (*De reb. credit.*).

points? Africain les examine. Mais ce qui fait que la décision par laquelle il condamne les actes passés avec le *dispensator* par ceux qui connaissaient le décès du maître n'est pas applicable au cas actuel, c'est qu'il s'agit, non pas d'un esclave instituteur, mais d'un *dispensator*, préposé à l'exercice du kalendaire. Or, la *dispensatio* est gouvernée par les principes du mandat plutôt que par les principes de la préposition. Africain applique donc les principes purs du mandat. Mais les principes relatifs à l'instituteur sont différents : le mandat ordinaire finit par la mort, et le mandat du *dispensator* est un mandat ordinaire ; mais le mandat de l'instituteur ne finit pas par la mort du mandant. « *Morte ejus*, dit Cujas, *qui praeponit mercibus institorem, non finitur praepositio ; dispensatio pecuniae finitur, et mandato potius accedit quam praepositioni* (1). »

Maintenant, quel est le fait sur lequel il y a lieu de statuer? Il faut examiner les nuances qu'il présente.

Jean-Pierre a pris envers les tiers auxquels il a annoncé le commerce de son fils la qualité de caution de ce dernier (2). Ce n'est pas un instituteur dont il leur a signalé l'existence : c'est l'établissement d'un nouveau commerce par la personne recommandée ; c'est la garantie d'une vraie caution offerte aux tiers.

Or, qui ne sait que la caution engendre des

(1) *Loc. cit.*

(2) Casaregis, *loc. cit.*, n° 20, 21, 22.

obligations qui se transmettent aux héritiers (1) ?

Il est vrai qu'après un an d'exercice de la banque en son propre nom, Joseph-Marie annonça que le commerce continuerait à l'avenir sous le nom de Jean-Pierre son père, alors vivant (2). Mais Jean-Pierre n'étant intervenu à ce changement par aucun fait personnel, son obligation comme fidéjusseur de tous les actes faits et à faire par son fils est restée la même ; elle a couvert la nouvelle position prise par Joseph-Marie. Il faut même ajouter que si Jean-Pierre en a eu connaissance et a souffert que son nom fût employé par son fils, il est censé avoir voulu fortifier sa première obligation plutôt que l'amoindrir (3).

Mais si on laisse à l'écart cet aspect de l'affaire, et qu'on regarde Joseph-Marie comme l'instituteur de son père, la cause des mineurs ne sera pas meilleure (4). D'une part, leur mère et tutrice, au lieu de révoquer le mandat donné par le père commun à Joseph-Marie, l'a plutôt confirmé. D'autre part, le mandat de l'instituteur se continue après le décès du maître, même avec ses héritiers mineurs (5). L'utilité du commerce, qui est aussi une utilité publique, veut que celui qui a contracté avec l'in-

(1) L. 24, C., *De fidejussor.* Inst. de Just., *De fidej.*, § 2.

(2) N° 22.

(3) N° 23.

(4) N° 27.

(5) Ulp., l. 11, D., *De inst. act.*

Paul, l. 17, § 2, D., *De inst. act.*

Mon com., de la *Société*, t. 2, n° 903.

stituteur d'un négociant, dont les pouvoirs ne sont pas révoqués par les héritiers de ce négociant décédé ou par le tuteur de ses héritiers mineurs, ne soit pas trompé dans sa confiance (1). En cela (il faut le répéter) on ne suit pas les principes ordinaires du mandat ; la préposition de l'instituteur est gouvernée par des règles particulières.

Nonobstant ces raisons et ces autorités, je pense que la préposition gratuite, véritable mandat, finit par la mort du mandant. Mais comme dans le commerce la préposition est presque toujours salariée, la question présente peu d'intérêt pratique et les règles du louage viennent la dominer.

737. Il n'est pas toujours nécessaire qu'une convention intervienne pour que le mandat survive à la mort du mandant.

Par exemple, le mandat du *procurator in rem suam* ne cesse pas par la mort (2).

Ainsi, si Pierre vous charge de recouvrer des sommes d'argent qui lui sont dues, avec stipulation que vous emploierez ces sommes à vous payer de ce dont il vous est redevable, ce mandat ne sera pas révoqué par la mort de Pierre (3) ; ses héritiers seront tenus de lui laisser sa continuation (4).

(1) V. Cujas, *Ad Afric.* (*loc. cit.*)

Donell., lib. 15, c. 49, n° 70.

(2) M. Zachariæ, t. 3, p. 134, 135.

M. Duranton, t. 18, n° 284.

(3) L. 15, D., *De pactis* ; l. 106, D., *De solut.*

(4) *Suprà*, n° 718.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 445 (note).

Il en est de même dans tous les cas où le mandat est la condition d'un contrat ou le moyen d'exécution d'une obligation contractée (1) ;

Par exemple, quand un failli fait cession de biens à ses créanciers (2).

Il en est encore de même dans le mandat de payer que renferme une lettre de change (3).

738. Quelquefois le mandat est donné sous forme de prête-nom ; le mandant veut alors parer son mandataire du titre de maître de la chose à l'égard des tiers, et par-là il prévient la fin du mandat par son propre décès. C'est le cas de rappeler le principe posé au n° 718 par Casaregis. C'est comme si le mandant avait déclaré qu'il voulait que le mandat continuât après son décès ; on peut même dire que cette volonté est beaucoup plus énergique quand elle se présente sous la forme du prête-nom.

En pareil cas, le mandat se prolonge, même à l'égard des tiers qui ont su que la qualité de prête-nom n'était qu'apparente. La raison en est simple : cette connaissance équivaut à la connaissance de la volonté que le mandat ne soit pas affecté par la mort (4).

739. Quand le mandat a été donné par plusieurs

(1) Caius, l. 106, D., *De solut.*

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, *loc. cit.*

(3) Casaregis, *disc.* 21, n° 17.

(4) Un arrêt de Paris, rapporté dans la *Gazette des tribunaux* des 3 et 10 août 1845, paraît contraire à cette proposition ; mais il est déterminé par des circonstances particulières.

pour une chose commune, la mort d'un seul mandant le fait cesser. On peut appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus du cas de révocation (1).

740. Du reste, le mandat dure même après le décès, pour terminer ce qui est commencé, s'il y a péril en la demeure. L'art. 1991 est textuel (2) : le mandataire doit pourvoir aux besoins du moment, prendre les mesures conservatoires, prévenir les causes de perte, remplacer, en un mot, pour tout ce qui est urgent, les héritiers absents. Mais cette prorogation de ses pouvoirs se renferme dans les actes qui ne sont pas susceptibles de remise. Tout ce qui peut être différé restera intact.

741. L'art. 2003 assimile la mort civile à la mort naturelle.

Lorsque le mandat émane d'une société, c'est-à-dire d'un corps moral, la dissolution de ce corps équivaut au décès et en opère les effets sur le mandat.

742. La mort du mandataire met fin au mandat (3) bien plus radicalement encore (4) que la mort du mandant. On avait choisi son aptitude et ses qualités personnelles ; son décès enlève au mandant ces garanties. Tout se trouve arrêté par

(1) N° 719.

(2) *Suprà*, n° 383. L. 23, C., *De procurat.*

Pothier, n° 107.

Casaregis, *disc.* 128, n° 6, 7.

Favre, *Code*, 2, 8, 4.

(3) Caius, l. 27, § 3, D., *Mandati.*

(4) Favre sur cette loi : *Major ratio subesse videtur.*

cet événement, et ses héritiers n'ont rien à faire qu'à apurer et liquider le passé (1). Ils peuvent cependant achever ce qui a été commencé et ne souffre pas de retardement (2). Dans tous les cas, ils doivent donner avis au mandant de la mort du mandataire (art. 2010).

Si le mandat a été donné à trois personnes, avec l'intention que toutes trois aient une action commune et de concert, il est dissous par la mort de l'un d'eux. Ce décès empêche le concours simultané, qui était la condition du mandat.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la chambre des requêtes du 23 décembre 1845 (M. Jaubert, rapporteur; M. Delapalme, avocat général).

743. Le mandat est également dissous par la mort civile du mandataire.

Et si le mandat a été donné à une société, la dissolution du corps moral, pareille au décès de l'individu, fait cesser le mandat.

§ 4. De la cessation du mandat par le changement d'état du mandant ou du mandataire.

744. Le changement d'état subi par le mandant est une autre cause de cessation du mandat (3).

Par changement d'état nous entendons non-

(1) Caius, l. 26, § 3, D., *Mandati*.

(2) Favre sur cette loi.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 442.

(3) Casaregis, *disc.* 35, n° 15.

seulement l'interdiction (1), la déconfiture ou faillite (2) (cas prévus expressément par notre article), mais encore tout changement par suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits (3).

745. L'interdiction du mandant atteste qu'il est incapable d'avoir désormais une volonté saine. Le mandat qu'il avait donné manque donc pour l'avenir de son fondement. Il s'évanouit.

Un individu avait chargé Titius de réclamer pour lui une succession. Avant que Titius ne fit des démarches, le mandant devint furieux : *furere coepit*. Suivant le jurisconsulte Paul, tout ce qui a été fait depuis le changement d'état, par le mandataire qui en avait connaissance, n'a aucune valeur (4).

746. La déconfiture et la faillite produisent par d'autres raisons le même résultat. Le mandant a perdu toute confiance et tout crédit (5). Le mandataire est délié pour l'avenir.

747. Si le mandant a subi une de ces peines qui, sans entraîner la mort civile, lui enlèvent l'admi-

(1) Paul, l. 48, D., *De acq. hered.*

(2) Casaregis, *disc.* 152, n° 4 et 5.

(3) Pothier, n° 111.

M. Delvincourt, t. 3.

M. Duranton, t. 18, n° 285, 286.

M. Zacchariæ, t. 3, p. 135.

(4) L. 48, D., *De acq. hered.*

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 450.

nistration de ses biens pour la conférer à un curateur (1), la procuration prend fin.

748. Il en est de même s'il est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire. Tout mandat donné antérieurement, pour des actes autres que ceux que la loi permet à sa capacité, désormais si restreinte (2), tombe nécessairement.

749. La femme qui se marie subit un changement d'état qui affecte également le mandat qu'elle avait donné avant de passer en puissance (3).

750. Les mêmes changements d'état qui agissent sur le mandant pour réfléchir sur l'existence du mandat mettent fin au contrat quand ils tombent sur la personne du mandataire. De là cet axiome : « *Mandatum ipso jure revocatum intelligis, ubi deterioris conditionis mandatarius effectus cæstitit* (4). » Quand, en effet, il survient un événement d'une nature telle que le mandant aurait vraisemblablement révoqué le mandat s'il en eût eu connaissance, la loi le tient pour révoqué de plein droit, et l'on entend toujours la condition *si in eodem statu maneat mandatarius* (5). La loi suppose, par une présomption frappante de justesse, que le changement

(1) Art. 29 du C. pén., modifié par la loi du 28 août 1832.

(2) Art. 499, 513.

(3) Pothier, n° 141.

(4) Straccha, *De decoctor.*, part. 3, n° 50.

(5) Arg. de la loi 38, D., *De solut.*

(African., lib. 7, *Quæst.*)

V. Straccha, *loc. cit.*

Favre, *Cod.*, lib. 4, t. 26, def. 2.

d'état du mandataire entraîne un changement de volonté de la part du mandant (1).

751. Ainsi, si le mandataire tombe en déconfiture, s'il prend la fuite, s'il tombe en faillite, s'il est dessaisi de ses biens ou de leur administration, s'il passe en puissance d'autrui, etc., etc., dans tous ces cas, son mandat est censé révoqué par la loi (2). Le mandant n'a rien à lui notifier pour faire cesser le contrat; car la révocation ne provient pas de son fait, mais du fait de lui, mandataire, révoqué *ipso jure* (3).

752. Toutefois nous verrons, par l'art. 2009, que les tiers qui ont traité de bonne foi avec lui sont protégés par une raison de crédit et d'utilité publique (4). Les principes que nous venons d'exposer sur la révocation du mandat par le changement d'état du mandataire ne s'appliquent dans leur sévérité qu'entre personnes qui ont eu connaissance de cet événement (5).

(1) *Mutato statu procuratoris, dicitur statim mutata voluntas in mandante.*

Casaregis, *disc.* 135, n° 16.

Menoeh., *De præsumpt.*, lib. 6, præf. 37, n° 38.

(2) Straccha, *loc. cit.*

(3) Straccha, *loc. cit.*

(4) Straccha, n° 52.

(5) Straccha, n° 53.

§ 5. De la cessation du mandat par la cessation des pouvoirs du mandant (1).

753. Le mandataire est quelquefois un mandant par rapport à une personne à laquelle il a délégué ses pouvoirs (2). Alors la révocation de ce mandant entraîne la révocation de ce sous-mandataire.

Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis. Le pouvoir de celui-ci ne peut avoir plus de durée que le pouvoir dont il est une émanation.

C'est ce qui arrive dans les tutelles. Le tuteur, qui n'est qu'un mandataire d'une espèce particulière, donne des mandats pour la gestion des affaires du mineur, et ces mandats sont éteints par la cessation de ses fonctions (3). Ils sont éteints parce que c'est de lui qu'ils émanent, parce qu'il est le véritable mandant, parce qu'on ne peut pas dire qu'il a donné, au lieu et place du mineur, ce mandat dont il doit personnellement compte et qui a été un acte de sa charge.

754. Si le délégué n'a pas connu la cessation des pouvoirs de son mandant, quel sera le sort des actes qu'il a faits de bonne foi ?

De deux choses l'une : ou le mandant primitif avait autorisé l'adjonction d'un substitué, ou il ne

(1) Pothier, n° 412.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 434.

(2) *Suprà*, n° 445.

(3) Pothier, n° 404.

Louet, lettre C, c. 27.

l'avait pas autorisée. S'il l'avait autorisée, le délégué à qui il a laissé ignorer la révocation du substituant pourra le contraindre par l'action *mandati contraria* à ratifier ses actes.

S'il ne l'avait pas autorisée, le délégué n'aura d'action que contre son propre mandant ; tout ce qui a été fait sera, pour le mandant originaire, *res inter alios acta*.

755. Et quant aux tiers de bonne foi, le principe de l'art. 2009 vient à leur secours. Néanmoins ils n'ont d'action contre le mandant primitif qu'autant que celui-ci avait autorisé la substitution. On sait, en effet, que le mandant originaire ne peut être responsable des faits de celui qui lui est étranger.

756. Au reste, la révocation du déléguant ne fait tomber le pouvoir du délégué que tout autant qu'il n'y aurait pas quelque acte duquel on pourrait inférer que le mandant originaire avait accepté ce délégué pour son propre mandataire (1). Le mandataire du tuteur ne peut jamais être censé être un mandataire que le mineur se soit approprié, et c'est pour cela que nous avons dit au n° 753 que la cessation du pouvoir du tuteur fait tomber le pouvoir de son mandataire. Mais, dans les cas de substitution où le mandant primitif est majeur et maître de ses droits, s'il a manifesté l'intention de se rendre propre le mandat donné au sous-mandataire, la révocation du déléguant ne fait pas tomber le pouvoir du sous-mandataire.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 437.

757. Quand le mandant originaire décède, ce décès, pareil à la révocation, fait crouler la délégation. Il en est de même de la mort civile et des autres changements d'état qui tombent sur sa personne et mettent fin au mandat. Par exemple : Pierre avait chargé Primus de l'administration de ses biens, et Primus s'était substitué Secundus. Il est évident que le décès de Pierre, ou son interdiction, faisant tomber le pouvoir de Primus, entraîne nécessairement la cessation du pouvoir de Secundus. *Resoluto jure dantis*, etc., etc.

758. Mais en est-il de même quand la mort ou autres changements d'état énumérés ci-dessus atteignent, non plus le mandant primitif, mais le déléguant seul?

Nous supposons que le déléguant a été autorisé à se substituer un remplaçant; car s'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait de contrat qu'entre le déléguant et le délégué, et l'affaire se passerait entre eux seuls, sous l'autorité des règles ordinaires. Mais notre difficulté ne commence qu'au cas où tout remonte à la volonté du mandant primitif.

Or, voici une décision du sénat de Chambéry du mois de juillet 1595, rapportée par le président Favre (1). Titius, procureur général de Sempronius, s'était substitué Mævius pour soutenir un certain procès, dans un cas où il en avait le pouvoir. Titius décède. Question de savoir si la procuration qu'il a donnée à Mævius expire par sa mort.

(1) Code, lib. 2, t. 8, def. 24.

L'arrêt décida qu'il n'y aurait eu révocation qu'autant que Sempronius serait décédé.

C'est encore la doctrine de Voët (1) et de MM. Delamarre et Lepoitevin (2).

Pour moi, je croirais de préférence qu'il faut la limiter par une distinction :

Ou le mandat portait le pouvoir de se substituer un tel, ou il ne contenait qu'une autorisation vague de se substituer, sans désignation de personne.

Dans le premier cas, la mort du déléguant n'est d'aucune considération; ce n'est pas lui qui a fait le choix: c'est le mandant primitif qui est l'auteur de ce choix, et le délégué est censé être son mandataire direct (3). Dans le second cas, il n'en est pas ainsi. C'est le déléguant qui a choisi; c'est lui qui a donné le mandat; c'est lui qui en doit compte. Son décès entraîne donc la révocation de ce sous-mandat (4).

Tel est le sentiment de Pothier. Il me paraît le plus exact et le plus sûr (5).

§ 6. De la cessation du mandat par force majeure.

759. La force majeure peut détruire la chose objet du mandat (6).

(1) *Mandati*, n° 15.

(2) T. 2, n° 445.

(3) *Suprà*, n° 451.

Pothier, n° 105.

(4) Pothier, n° 105.

(5) *Suprà*, n° 451.

(6) *Suprà*, n° 350.

Elle peut aussi élever des obstacles qui mettent le mandataire dans l'impossibilité absolue d'agir (1) (argument de l'art. 2007, *in fine*).

Nous avons montré ci-dessus (2) comment et dans quels cas ces événements mettent fin au mandat. Nous n'avons rien à ajouter ici à nos développements (3).

§ 7. De la fin du mandat par l'accomplissement de l'affaire ou l'expiration du temps.

760. Il est inutile de dire que la consommation de l'affaire met fin au mandat et qu'il ne reste plus qu'à rendre compte (4). *Peracto negotio, finitur officium; functus est mandatarius officio*. On a vu, au n° 565 ci-dessus, un exemple remarquable de cette conclusion du mandat. On en trouvera un autre au n° 825.

761. L'expiration du temps précis pendant lequel le mandat devait durer met également fin aux pouvoirs du mandataire. Si je vous ai donné mandat pour gérer mes affaires pendant mon absence, votre mandat cesse quand je suis revenu de mon voyage (5).

(1) *Suprà*, n° 341 et suiv.

311, 314, 315.

345 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 451.

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 455.

Zacchariæ, t. 3, p. 135.

(5) Pothier, *Mandat*, n° 119.

Ces vérités sont si élémentaires qu'il suffit de les mentionner.

762. Lorsque le mandat est expiré, les actes faits par le mandataire ne lient pas le mandant. Telle est la règle générale. Nous verrons les exceptions aux art. 2005, 2008, 2009.

763. Quand le mandant soutient que le mandataire a antidaté un acte qui, ayant été fait en réalité après la cessation du mandat, porte une date antérieure, la jurisprudence décide que c'est à lui, mandant, qui articule une fraude, à la prouver. Il ne peut se dire tiers, dans le sens de l'art. 1328, par rapport au mandataire qui tient ses pouvoirs de lui et qu'il a préposé à la gestion de ses affaires. C'est ce qu'ont jugé les Cours de Bordeaux (1), Paris (2), et la Cour de cassation (3).

On peut consulter, du reste, les principes et la jurisprudence dont nous avons exposé les détails dans notre commentaire de la *Rente viagère*, sur une question de même nature (4).

ARTICLE 2004.

Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'é-

(1) 22 janvier 1827 (S., 27, 2, 65).

(2) 7 janvier 1834 (S., 34, 2, 239).

(3) Req., 19 novembre 1834 (S., 34, 1, 666).

Jange Bourges, 17 mai 1842 (D., 43, 2, 400).

(4) N° 277 et suiv.

Elle peut aussi élever des obstacles qui mettent le mandataire dans l'impossibilité absolue d'agir (1) (argument de l'art. 2007, *in fine*).

Nous avons montré ci-dessus (2) comment et dans quels cas ces événements mettent fin au mandat. Nous n'avons rien à ajouter ici à nos développements (3).

§ 7. De la fin du mandat par l'accomplissement de l'affaire ou l'expiration du temps.

760. Il est inutile de dire que la consommation de l'affaire met fin au mandat et qu'il ne reste plus qu'à rendre compte (4). *Peracto negotio, finitur officium; functus est mandatarius officio*. On a vu, au n° 565 ci-dessus, un exemple remarquable de cette conclusion du mandat. On en trouvera un autre au n° 825.

761. L'expiration du temps précis pendant lequel le mandat devait durer met également fin aux pouvoirs du mandataire. Si je vous ai donné mandat pour gérer mes affaires pendant mon absence, votre mandat cesse quand je suis revenu de mon voyage (5).

(1) *Suprà*, n° 341 et suiv.

311, 314, 315.

345 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 451.

(4) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 455.

Zacchariæ, t. 3, p. 135.

(5) Pothier, *Mandat*, n° 119.

Ces vérités sont si élémentaires qu'il suffit de les mentionner.

762. Lorsque le mandat est expiré, les actes faits par le mandataire ne lient pas le mandant. Telle est la règle générale. Nous verrons les exceptions aux art. 2005, 2008, 2009.

763. Quand le mandant soutient que le mandataire a antidaté un acte qui, ayant été fait en réalité après la cessation du mandat, porte une date antérieure, la jurisprudence décide que c'est à lui, mandant, qui articule une fraude, à la prouver. Il ne peut se dire tiers, dans le sens de l'art. 1328, par rapport au mandataire qui tient ses pouvoirs de lui et qu'il a préposé à la gestion de ses affaires. C'est ce qu'ont jugé les Cours de Bordeaux (1), Paris (2), et la Cour de cassation (3).

On peut consulter, du reste, les principes et la jurisprudence dont nous avons exposé les détails dans notre commentaire de la *Rente viagère*, sur une question de même nature (4).

ARTICLE 2004.

Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'é-

(1) 22 janvier 1827 (S., 27, 2, 65).

(2) 7 janvier 1834 (S., 34, 2, 239).

(3) Req., 19 novembre 1834 (S., 34, 1, 666).

Jange Bourges, 17 mai 1842 (D., 43, 2, 400).

(4) N° 277 et suiv.

crit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition s'il en a été gardé minute.

SOMMAIRE.

764. De la révocation du mandat par le mandant. Liaison de ce point avec ce qui a été dit au n° 705. La révocation peut avoir lieu lors même que les choses ne sont pas entières.
Conciliation de ceci avec un passage des Institutes de Justinien.
765. Le mandant peut révoquer le mandat sans donner d'explication au mandataire.
766. Il a droit de se faire rendre la procuration et de retirer les pièces.
767. Suite.
768. Peut-il se faire restituer les lettres missives qu'il a adressées au mandataire ?

COMMENTAIRE.

764. L'art. 2004 nous fait faire un retour sur la révocation du mandat. Il déclare que le mandant peut, quand bon lui semble, opérer cette révocation. Et telle est la conséquence logique des considérations que nous avons exposées ci-dessus, n° 705.

Pourquoi donc le texte des Institutes de Justinien semble-t-il exiger que les choses soient entières pour que la révocation ait lieu ? *Rectè quoque mandatum contractum, si dùm adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit* (1). Est-ce que dans le droit

(1) *Mandati*, § 9. Dans la loi 27, § 3, D., *Mandati*, et qui

romain, à la différence du droit français, la volonté du mandant n'avait pas le privilège d'être perpétuellement ambulatoire ?

Nullement ; il ne faut pas tirer du passage précité des inductions qu'il ne renferme pas. Ce qu'il veut dire, c'est que lorsque les choses sont entières, le mandat est effacé (*evanescit*), et est censé n'avoir jamais existé (1), de telle sorte que le mandataire n'a aucune action contre le mandant ; et par-là le texte fait ressortir la différence qui existe entre le cas où les choses sont entières et le cas où elles ne le sont pas ; le premier, qui exclut l'action *mandati contraria*, le second, qui la renferme pour tout le passé (2).

765. Le mandat peut donc être révoqué en tout état de cause. Le mandant ne doit au mandataire aucune explication, et ce dernier ne saurait élever de controverse pour prouver que la révocation est intempestive, injuste, capricieuse, ou dictée par l'erreur et la colère. La volonté du mandant est souveraine : *stat pro ratione voluntas* ; le mandataire doit l'accepter et s'y résigner.

766. Pour mettre le mandataire dans l'impossibilité de continuer, avec les tiers, un rôle dont ceux-ci pourraient ignorer la fin, l'art. 2004 autorise le

est relative au cas de cessation du mandat par la mort du mandataire, Caius se sert d'expressions analogues : *Si is, integro mandato, decesserit*.

(1) M. Ortolan, t. 2, sur le § 9.

(2) *Suprà*, nos 706, 707, 708.

mandant à retirer de ses mains l'écrit qui contient la procuration. C'est cette procuration qui lui donne crédit auprès des tiers. Le retrait de son titre est un moyen d'empêcher les suppositions et les fraudes; il donne à la révocation une sanction efficace. Accompagné du retrait de toutes les pièces de l'affaire (le mandant est aussi en droit de l'exiger) (1), il prévient des abus dont le crédit et la bonne foi pourraient souffrir.

L'écrit peut être sous seing privé (2); le mandataire doit le remettre en original.

Il en est de même lorsque la procuration est en brevet (3).

Si la procuration est notariée et qu'au lieu d'avoir été expédiée en brevet elle ait été gardée en minute, le mandataire devra remettre l'expédition dont il a été nanti. La prudence exigera même que le mandant fasse connaître la révocation au notaire dépositaire de la minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions (4).

767. Le mandataire ne serait pas fondé à refuser la remise de ces pièces. Le mandant l'y contraindra, dans tous les cas, par une action en justice.

768. Mais le mandant peut-il exiger que le mandataire lui remette les lettres qu'il lui a écrites à l'occasion du mandat? Non! ces lettres sont

(1) *Suprà*, n° 428.

(2) *Suprà*, nos 103, 104.

(3) *Suprà*, n° 103.

(4) M. Zaccharie, t. 3, p. 134, n° 6.

la propriété du mandataire; elles peuvent lui servir pour sa décharge (1).

Il est vrai que si la procuration avait été donnée par l'une d'elles, le mandant pourrait se fonder sur l'art. 2004 pour en exiger la remise; mais il ne devrait pas étendre au delà l'obligation du mandataire.

Je crois même que si la lettre qui contient le mandat traitait d'autres sujets étrangers à ce même mandat, le mandataire qui aurait intérêt à ne pas s'en dessaisir ne devrait pas y être contraint. Le mandant ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même de cet obstacle, né de son oubli de ne pas diviser ce qui aurait dû l'être.

ARTICLE 2005.

La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

SOMMAIRE.

769. Transition. Des précautions à prendre pour que les tiers connaissent la révocation de la procuration.

770. Les tiers ne sont pas tenus de connaître la notification qui ne s'est pas adressée à eux.

771. Le retrait de la procuration des mains du procureur n'est pas toujours suffisant pour mettre les tiers en

(1) Cass., req., 19 février 1845.

Bidon contre Glandu (inédit), arrêt de la Martinique.

Suprà, n° 428.

garde contre le danger de traiter avec un mandataire révoqué.

Il y a une foule de petites affaires que les tiers traitent avec un mandataire sans se faire représenter la procuration.

772. Si les tiers ont traité avec le mandataire dans l'ignorance de la révocation, leurs actes sont ratifiés.

773. Mais il faut que cette ignorance existe réellement.

774. Elle peut être détruite par la preuve que le tiers connaissait la révocation par suite d'un moyen quelconque, direct ou indirect, judiciaire ou extrajudiciaire.

775. Le mandant a action contre le mandataire qui malgré la révocation a continué à gérer.

776. Les tiers qui ont traité avec le mandataire qui s'est fait connaître pour tel et dont ils ont su le mandat révoqué sont sans action contre lui.

COMMENTAIRE.

769. Nous venons de voir par les articles précédents les précautions que le législateur a cru devoir prendre pour arrêter aussi promptement que possible les effets du mandat révoqué : 1° notification au mandataire de la volonté qui lui retire ses pouvoirs ; 2° retrait de ses mains de la procuration.

Il est possible cependant que ces mesures ne produisent pas assez de retentissement au dehors pour éclairer les tiers sur le changement qui s'est opéré.

770. D'une part, les tiers ne sont pas tenus de connaître une notification qui ne s'est pas adressée à eux. L'ignorance des faits d'autrui est facile à présumer (1). Le mandant ne peut donc leur

(1) *Suprà*, n° 709.

opposer cette notification, qui, à elle seule, n'a rien d'efficace à leur égard.

Sans doute, il est possible qu'accidentellement et en fait, les tiers aient connaissance de la révocation, soit parce que le bruit de cette révocation est parvenu jusqu'à eux, soit parce qu'une occasion s'est présentée de voir la notification faite au mandataire; et cette connaissance, quand elle existe, doit être prise en considération; le mandant peut s'en prévaloir pour reprocher aux tiers d'avoir traité avec un mandataire révoqué. Mais la preuve que les tiers l'ont eue doit résulter de faits graves, concordants, certains; elle ne ressort pas de plein droit de la notification de s'abstenir faite au mandataire; notification qui est pour eux *res inter alios acta*, ainsi que notre article le reconnaît et le constate. Le juge décidera donc d'après les circonstances.

771. D'autre part, le retrait de la procuration des mains du mandataire n'est pas toujours un préservatif suffisant qui empêche l'erreur des tiers.

Je sais qu'en général les tiers n'agissent pas prudemment quand ils traitent avec un mandataire sans s'être fait représenter la procuration dont il se dit porteur (1); une crédulité trop facile les expose à des mécomptes (2). Quand, par exemple, il s'agit d'acheter un immeuble, quel est

(1) Arg. de la loi 13, D., *Depositum* (Paul).

(2) Favre sur la loi 5, § 1 et 2, Dig., *Mandati*.

Suprà, n° 517.

L'acheteur qui ne se mettra pas en garde contre les surprises, en exigeant de celui qui le vend par procuration la preuve qu'il a en main un pouvoir légitime (1)?

Toutefois, il est des mandataires que leur gestion met en rapport avec le public pour une foule de détails journaliers et d'actes rapides qui se traitent de bonne foi et sans formes minutieuses. Les tiers qui ont affaire à eux savent qu'ils sont accrédités par le mandant; ils les regardent comme des *alter ego*; ils leur accordent leur confiance et traitent avec eux sans exiger chaque fois la représentation de leur pouvoir. Il suffit qu'une fois pour toutes le mandant ait fait savoir qu'un tel était son mandataire pour toucher les loyers et les fermages, recevoir les rentes, vendre les choses vénales, etc.; ou bien, que ce même mandant ait hautement autorisé la gestion de cette même personne par ses ratifications géminées, et qu'il ait signalé en elle l'homme chargé de ses intérêts. Les tiers paient, achètent, reçoivent quittance, etc., de ce mandataire; la notoriété et l'habitude les dispensent de discuter à chaque occasion ses pouvoirs. En pareil cas (et autres qui ressemblent à celui-ci), la révocation du mandat arrivant, le retrait de la procuration n'est pas un acte suffisant pour éclairer les tiers de bonne foi. Il faut quelque chose de plus qui les mette en garde contre l'erreur et les abus. C'est au mandant à prendre à cet égard les précautions supplémentaires que lui conseillent ses intérêts, à donner de l'éclat à sa révoca-

(1) L. 5, § 1, D., *Mandati* (Paul).

tion, à prévenir ses débiteurs, ses locataires, etc., Autrement, la foi publique exige que les tiers soient protégés (1).

772. Comment le seront-ils? Par la consécration de tous les actes qu'ils ont faits avec le mandataire dont ils ignoraient la révocation: *Placebat debitores, ei qui solvissent, liberatos esse, si modò ipsi quoque ignorassent* (2). S'il en était autrement, qui voudrait contracter avec des mandataires? A quelles chances funestes les affaires ne seraient-elles pas soumises, et que deviendrait le crédit, qui a besoin de sûreté et de stabilité? C'est ce qui fait dire à Straccha: *Et hoc admittendum videtur utilitatis causâ, et ne ignorantia damnum afferat* (3). Ces mots *utilitatis causâ*, si puissants aux yeux d'un jurisconsulte préoccupé, comme l'était Straccha, des matières commerciales, sont empruntés au droit civil; ils appartiennent à Paul (4). Droit romain, droit français, droit civil, droit commercial, tout s'incline donc devant le respect dû au crédit; tout s'accorde pour écarter, à son profit, la subtilité logique.

(1) Arg. de ce que dit Casaregis, *disc.* 35, n° 30. M. Duranton, t. 18, n° 275.

(2) Loi 41, D., *De reb. creditis.*
(Africanus.)

(3) *De decoct.*, p. 3, n° 52.

(4) L. 26, D., *Mandati.*

Et dans la loi 17, § 2, D., *De instit. act.*, le même jurisconsulte rend la même idée par ces mots: « *propter utilitatem miscui usus.* »

Suprà, n° 709.

Vainement dirait-on que le mandataire était dépourvu de pouvoirs réels, et que tout ce qui a été fait avec une personne sans qualité n'a pas de valeur. Cette rigueur de raisonnement n'est pas reçue ici. La juste ignorance des tiers mérite plus d'égards qu'un syllogisme (1).

773. Mais si cette ignorance n'existait pas, alors disparaîtrait la protection bienfaisante que la loi accorde à la seule bonne foi. La rigueur logique serait d'accord avec la loi morale et le crédit pour retirer aux tiers un bienfait dont ils se seraient rendus indignes par leur connivence.

774. Quelle que soit, au surplus, la source de la connaissance que les tiers ont acquise de la révocation du mandat, qu'elle provienne d'une notification, d'un acte officiel, d'un fait extrajudiciaire, direct ou même indirect, il n'importe; elle suffit pour constituer les tiers en mauvaise foi (2).

775. Lorsque l'ignorance des tiers fait valider les actes passés avec eux, le mandant a action contre le mandataire, qui, malgré la révocation, a continué à gérer. Le mandat étant fini, le mandataire devait s'abstenir. En méprisant la volonté du mandant, il a assumé une grave responsabilité.

776. Quant au tiers qui a traité, en connaissance de cause, avec le mandataire révoqué, il n'a pas plus

(1) V. l'art. 820 du C. portugais, modelé sur notre art. 2005.

V. *infra*, n° 811.

(2) Arg. de ce qui est dit *suprà*, n° 713.

d'action contre celui-ci que contre le mandant lui-même (1). Le mandataire qui agit *nomine procuratorio* n'entend contracter et ne contracte, en effet, aucune obligation personnelle avec les tiers; il se donne pour ce qu'il est, pour un *nudus minister*. C'est tant pis pour les tiers qui, malgré la connaissance positive de la révocation de son mandat, ont couru les chances d'un traité fait avec lui (2).

ARTICLE 2006.

La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci.

SOMMAIRE.

777. De la révocation tacite.
 778. On peut révoquer tacitement un mandat exprès.
 779. Suite. Position des tiers dans ce cas; moyen de les éclairer.
 780. Exemple de révocation tacite.
 781. L'art. 2006 est un autre exemple de révocation tacite.
 782. Il est pris du droit romain.
 783. Idées avec lesquelles il doit être expliqué et limité.
 784. Suite.
 785. Conciliation de l'art. 2006 avec l'art. 1352. La présomption établie dans l'art. 2006 est une simple présomption *juris*.

(1) Art. 1997. *Suprà*, n° 591, 592.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 433.

Vainement dirait-on que le mandataire était dépourvu de pouvoirs réels, et que tout ce qui a été fait avec une personne sans qualité n'a pas de valeur. Cette rigueur de raisonnement n'est pas reçue ici. La juste ignorance des tiers mérite plus d'égards qu'un syllogisme (1).

773. Mais si cette ignorance n'existait pas, alors disparaîtrait la protection bienfaisante que la loi accorde à la seule bonne foi. La rigueur logique serait d'accord avec la loi morale et le crédit pour retirer aux tiers un bienfait dont ils se seraient rendus indignes par leur connivence.

774. Quelle que soit, au surplus, la source de la connaissance que les tiers ont acquise de la révocation du mandat, qu'elle provienne d'une notification, d'un acte officiel, d'un fait extrajudiciaire, direct ou même indirect, il n'importe; elle suffit pour constituer les tiers en mauvaise foi (2).

775. Lorsque l'ignorance des tiers fait valider les actes passés avec eux, le mandant a action contre le mandataire, qui, malgré la révocation, a continué à gérer. Le mandat étant fini, le mandataire devait s'abstenir. En méprisant la volonté du mandant, il a assumé une grave responsabilité.

776. Quant au tiers qui a traité, en connaissance de cause, avec le mandataire révoqué, il n'a pas plus

(1) V. l'art. 820 du C. portugais, modelé sur notre art. 2005.

V. *infra*, n° 811.

(2) Arg. de ce qui est dit *suprà*, n° 713.

d'action contre celui-ci que contre le mandant lui-même (1). Le mandataire qui agit *nomine procuratorio* n'entend contracter et ne contracte, en effet, aucune obligation personnelle avec les tiers; il se donne pour ce qu'il est, pour un *nudus minister*. C'est tant pis pour les tiers qui, malgré la connaissance positive de la révocation de son mandat, ont couru les chances d'un traité fait avec lui (2).

ARTICLE 2006.

La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci.

SOMMAIRE.

777. De la révocation tacite.
 778. On peut révoquer tacitement un mandat exprès.
 779. Suite. Position des tiers dans ce cas; moyen de les éclairer.
 780. Exemple de révocation tacite.
 781. L'art. 2006 est un autre exemple de révocation tacite.
 782. Il est pris du droit romain.
 783. Idées avec lesquelles il doit être expliqué et limité.
 784. Suite.
 785. Conciliation de l'art. 2006 avec l'art. 1352. La présomption établie dans l'art. 2006 est une simple présomption *juris*.

(1) Art. 1997. *Suprà*, n° 591, 592.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 433.

786. De quelle époque a lieu la révocation dans le cas de l'art. 2006 ?
787. Suite. Faut-il nécessairement que le mandant notifie au mandataire révoqué la constitution de son nouveau procureur ?
788. Le second mandat déroge au premier quand même le second procureur aurait refusé d'accepter.
789. Le second mandat ne déroge au premier qu'autant que tous deux ont en vue la même affaire.
790. Suite.
791. De la dérogation à une procuration générale par une procuration spéciale.
792. Du concours de la procuration spéciale avec une procuration générale postérieure.
793. Suite. Utilité de la distinction posée au n° 273 entre les mandats spéciaux et les mandats généraux.
794. De quelques circonstances de fait qui sont de nature à aider à la présomption de révocation posée par notre article.

COMMENTAIRE.

777. La révocation du mandat peut être tacite (1) ; c'est une conséquence des principes qui admettent le mandat tacite et la ratification tacite. La révocation n'a pas besoin d'être revêtue de caractères plus solennels que le mandat lui-même ou la ratification équipollente à mandat.

778. Lors même que la procuration serait expresse, elle pourrait être révoquée tacitement. Vainement dirait-on qu'un contrat ne peut être révoqué que de la même manière qu'il a été formé, d'après la règle si connue : *Nihil tàm naturale*, etc. La révocation est ici un pur fait du

(1) Pothier, n° 114. *Suprà*, n° 712.

mandant, et, ainsi que le dit la rote de Gènes, *consistit in mero partis facto* (1). Il suffit donc d'un simple fait, sans déclaration de volonté, pour lui assurer toute sa légitimité et toute son énergie (2).

779. Il est vrai que les tiers qui ont eu connaissance d'une procuration écrite acquerront plus sûrement et plus facilement connaissance d'une révocation écrite que d'une révocation tacite. Mais le mandant peut pourvoir à ses intérêts en portant directement à la connaissance des tiers la révocation dont ils ont besoin d'être instruits.

780. Les révocations tacites ont donc, dans le droit, une autorité égale à la révocation expresse (3).

Supposez, par exemple, que, dans une affaire qui se traite par mandataire, le mandant intervienne lui-même et se mette en rapport direct avec les tiers, prenant qualité, décidant les difficultés, arrêtant les résolutions, etc., etc., il est évident que cette comparution du mandant fera évanouir les pouvoirs du mandataire (4). Il n'en serait autrement que si le mandant avait tenu une conduite qui démontrât qu'il n'avait pas l'intention de révoquer le mandataire (5).

781. Le Code civil a compris cette nécessité des

(1) *Decis.* 34, n° 10.

(2) *Id.* : « *Qui de facto potest revocari.* »

(3) Bruneman sur la loi 31, § 2, D., *De procurat.*

(4) *Decis.* de la rote de Gènes, 176, nos 2 et 9.

(5) *Id.*, n° 9.

Suprà, n° 130. Affaire du notaire Becq.

révocations tacites ; il la reconnaît et la consacre par l'art. 2006. Cet article procède par forme d'exemple ; il est la conséquence d'une règle plus haute virtuellement sous-entendue. Mais cet exemple n'est pas limitatif ; il n'enlève pas au juge le droit de rechercher dans d'autres faits, reconnus constants entre les parties, l'intention révocatoire qu'ils recèlent réellement.

782. Insistons maintenant sur le cas particulier de notre article ; il est emprunté à la loi 31, § 2, D., *De procuratorib.*, tirée des écrits d'Ulpien.

« Julianus ait : *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videtur.* »

D'où cet adage donné par Godefroy sur cette loi :

« *Posteriore procuratore constituto, prior tacite revocatus intelligitur* (1). »

783. Cependant les interprètes avaient facilement aperçu que cette règle n'était pas infaillible ; ils interrogeaient les faits, ils consultaient les circonstances ; et s'il se trouvait que ces faits et circonstances fussent de nature à faire écarter la présomption de révocation, ils n'hésitaient pas, malgré l'absolue généralité du texte d'Ulpien, à faire concourir le premier mandat avec le second (2). Il est possible, en effet, que le mandant, loin de vouloir révoquer le mandat, ait eu l'inten-

(1) Menoch., *De præsumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 11.

(2) Pothier, n° 415 ; Menochius, *De præsumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 11 ; Mantica, *De tacitis et ambig.*, lib. 7, t. 22, n° 36 ; Casaregis, *disc.* 30, n° 27.

tion d'adjoindre à son premier mandataire les lumières d'un second. Il est possible aussi que, dans la crainte d'un empêchement accidentel du mandataire en titre, le mandant ait voulu lui donner un remplaçant (1). Alors il serait contre le droit et la raison de donner un effet révocatoire à la volonté du mandant. Telle n'a pas été sa pensée.

784. C'est avec ces notions et ces tempéraments qu'il faut entendre l'article 2006 du Code civil. La présomption de révocation qu'il attache à la nomination d'un second mandataire pour la même affaire (2) n'existe, en effet, que lorsqu'il n'y a pas dans les faits une preuve de volonté différente. Cette présomption légale est subordonnée à la volonté de l'homme dont *les convenances vainquent la loi*. La loi, d'ailleurs, le reconnaît elle-même, puisque l'art. 1995 suppose que plusieurs mandataires peuvent être constitués pour la même affaire par des actes différents et postérieurs les uns aux autres.

785. On désirerait donc que le Code civil eût évité de faire intervenir le poids d'une présomption légale dans une matière où tout réside dans l'interprétation humaine de faits dont le sens et la portée sont infiniment variables. Il en résulte une difficulté de conciliation avec l'art. 1352 du Code civil. Mais une nécessité de raison et de bon sens fait fléchir ici l'autorité absolue de ce dernier article. On est obligé de revenir à la distinction des pré-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 431.

(2) *Junge Code portugais*, art. 821.

somptions légales en présomptions *juris* et présomptions *juris et de jure*, et par suite l'art. 2006 se trouve réduit, par la force des choses, à l'état de simple présomption *juris*, bien qu'il annule, sur le fondement de cette présomption, la première procuration au profit de la seconde.

786. Dans le cas où la seconde procuration déroge à la première pour raison d'incompatibilité, le mandat n'est cependant censé révoqué que du jour où le premier mandataire a reçu la notification de la constitution du second (1).

787. Ce n'est pas à dire pourtant qu'une notification en forme soit indispensable. La notification dont parle notre article n'est qu'une mesure de précaution; elle devient inutile alors que le premier mandataire a eu connaissance, d'une manière quelconque, de la constitution du nouveau mandataire qui déroge à son mandat (2). Notre article doit être combiné avec l'art. 2008, qui est général et ne protège le mandataire qu'à la condition qu'il soit dans l'ignorance.

788. La révocation du premier mandat par le second a lieu quand même ce dernier serait nul ou sans effet, soit parce que le mandataire nommé en dernier lieu serait mort, soit parce qu'il aurait refusé d'accepter (3).

(1) Art. 2006.

(2) Cassat., req., 14 mai 1829 (Dal., 34, 1, 402).

Suprà, n° 713.

Infrà, n° 815.

(3) Pothier, n° 114, d'après Menochius, *De præsumpt.*,

789. Mais la seconde procuration ne déroge à la première (à moins de preuve contraire) qu'autant qu'il s'agit de la même affaire et de deux ordres portant sur la même chose : *Datus ordo ejusdem rei* (1).

Par exemple, je vous donne mandat spécial de vendre ma maison; puis je vous transmets avis que j'ai chargé Pierre de cette vente; la révocation est ici flagrante; elle résulte de l'identité d'affaire, de l'intention, de la notification.

790. Mais supposez maintenant que, faisant le commerce d'épicerie, Primus ait donné à Secundus, commissionnaire du Havre, la commission de lui acheter 600 kilogrammes de sucre, et que quelques jours après il ait donné à Tertius, habitant la même ville, pareille commission. Les deux ordres peuvent très bien concourir l'un avec l'autre, et le premier n'exclut pas le second. Ce sont deux achats distincts, tendant simultanément à l'approvisionnement du commerce de Primus. Il faudrait une intention clairement manifestée par ce dernier, ou résultant hautement des circonstances, pour qu'on pût regarder les deux ordres comme incompatibles (2).

791. Lorsqu'une procuration est générale, la procuration spéciale donnée à un autre manda-

lib. 2, c. 36. On trouve dans ce dernier auteur toutes les autorités indiquées.

M. Zaccharia, t. 3, p. 133.

(1) Casaregis, *disc.* 30, n° 27.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, no 431.

taire déroge, en ce qui concerne cette spécialité, à la procuration générale antérieure qui la comprenait. *In toto jure generi per speciem derogatur* (1). Celle-ci ne subsiste que pour le surplus. Si Primus, par exemple, a reçu ma procuration générale pour gérer, administrer, etc., procuration qui comprend de droit la perception des loyers, il est clair qu'une procuration spécialement donnée plus tard à Secundus pour toucher les loyers de telle maison fait cesser à cet égard, mais à cet égard seulement, les pouvoirs de Primus.

792. La procuration spéciale pour telle affaire n'est pas abrogée par la procuration générale postérieurement donnée à un autre (2). On ne doit pas présumer ici une révocation tacite, car rien n'empêche les deux mandats de coexister (3). Que Primus, par exemple, ait donné mandat à Secundus, commissionnaire de Smyrne, de lui acheter telle partie de marchandises du Levant, et qu'ensuite il investisse Tertius du mandat de gérer pour lui un comptoir de commerce dans la même ville, le mandat général donné à cet institeur ne fera pas tomber le mandat spécial donné à Secundus. Car combien n'y a-t-il pas d'opérations de commerce que maîtres ou institeurs ne

(1) L. 80, D., *De reg. juris.*
Pothier, n° 115.

(2) Menochius, *De præsumpt.*, lib. 2, c. 36, n° 23, *in fine.*
Pothier, n° 115.

(3) V. *suprà* la distinction entre le mandat général et le mandat spécial, n°s 273 et suiv.

peuvent pas faire par eux-mêmes et qu'ils sont obligés de confier à l'entremise d'un commissionnaire ! Si donc Primus donne avis à Secundus de l'établissement qu'il crée à Smyrne sous la direction de Tertius, Secundus ne verra pas dans cet avis une révocation de son mandat. Il le considérera comme un avertissement pour se mettre en rapport avec le représentant de Primus sur la place de Smyrne. De là cette règle de Menochius : « *Limita quando primus procurator fuit specialiter constitutus, et deinde, alius generaliter; non enim generalis illa constitutio arguit primum fuisse revocatum; et idem dicit rota* (1). »

793. Au surplus, pour ne pas s'exposer à des méprises dans cet antagonisme du mandat spécial postérieur avec le mandat général précédent, il faudra se rappeler la définition que nous avons donnée de l'un et de l'autre mandat dans notre commentaire de l'art. 1988 (2).

Supposons, par exemple, qu'ayant donné pouvoir à Secundus de vendre l'immeuble que je possède à Paris rue de la Paix, je donne ensuite mandat à Tertius de vendre tous mes immeubles situés dans cette même ville. Dans une telle hypothèse, ce serait se tromper gravement que d'appliquer la règle exposée au numéro précédent et d'après laquelle le mandat général n'est pas censé déroger au mandat spécial. Car les deux mandats que nous mettons ici en présence sont tous les deux spéciaux,

(1) *Loc. cit.*

(2) *Suprà*, n° 273.

quoiqu'à des degrés divers (1). Le second absorbe le premier, comme le tout absorbe la partie, et le pouvoir de vendre la maison de la rue de la Paix tombe devant le pouvoir de vendre tous les immeubles de Paris (2).

794. Nous terminerons par une réflexion générale.

Puisque l'influence des faits peut et doit être admise pour modifier la présomption *juris* établie par l'art. 2006, on ne manquera pas de consulter la position des parties pour découvrir s'il n'y avait pas en elles quelque raison qui a pu déterminer le changement de volonté attribué au mandant. Ainsi l'affaiblissement de crédit du mandataire, le dérangement de sa conduite, sa négligence dans les affaires civiles ou commerciales et sa préférence trop exclusive pour les préoccupations absorbantes de la politique, une inimitié survenue entre le mandant et le mandataire (3), etc., etc., sont autant de faits graves qui donneront plus d'autorité et de force à la révocation tacite, et la feront plus facilement présumer.

(1) *Suprà*, n° 275.

(2) *Junge* M. Durantou, t. 18, n° 279.

(3) Pothier, n° 120.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 431.

ARTICLE 2007.

Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

SOMMAIRE.

795. De la renonciation du mandataire au mandat.
 796. De la renonciation arrivée quand les choses sont encore entières.
 797. Suite.
 798. De la renonciation qui a lieu quand les choses ne sont plus entières.
 799. Le mandataire qui renonce doit-il alors des dommages et intérêts?
 800. Cas où il n'en doit pas. Justes causes d'abstention. Il ne faut pas traiter avec trop de rigueur celui qui rend un office.
 801. Détail de ces justes causes.
 Maladie du mandataire.
 802. Dérangement des affaires du mandant.
 803. Inimitié capitale survenue entre le mandant et le mandataire.
 804. Affaires personnelles qui empêchent le mandataire de continuer sa gestion.
 805. Résumé.
 806. L'art. 2007 s'applique-t-il aux matières commerciales?

quoiqu'à des degrés divers (1). Le second absorbe le premier, comme le tout absorbe la partie, et le pouvoir de vendre la maison de la rue de la Paix tombe devant le pouvoir de vendre tous les immeubles de Paris (2).

794. Nous terminerons par une réflexion générale.

Puisque l'influence des faits peut et doit être admise pour modifier la présomption *juris* établie par l'art. 2006, on ne manquera pas de consulter la position des parties pour découvrir s'il n'y avait pas en elles quelque raison qui a pu déterminer le changement de volonté attribué au mandant. Ainsi l'affaiblissement de crédit du mandataire, le dérangement de sa conduite, sa négligence dans les affaires civiles ou commerciales et sa préférence trop exclusive pour les préoccupations absorbantes de la politique, une inimitié survenue entre le mandant et le mandataire (3), etc., etc., sont autant de faits graves qui donneront plus d'autorité et de force à la révocation tacite, et la feront plus facilement présumer.

(1) *Suprà*, n° 275.

(2) *Junge* M. Durantou, t. 18, n° 279.

(3) Pothier, n° 120.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 431.

ARTICLE 2007.

Le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

SOMMAIRE.

795. De la renonciation du mandataire au mandat.
 796. De la renonciation arrivée quand les choses sont encore entières.
 797. Suite.
 798. De la renonciation qui a lieu quand les choses ne sont plus entières.
 799. Le mandataire qui renonce doit-il alors des dommages et intérêts?
 800. Cas où il n'en doit pas. Justes causes d'abstention. Il ne faut pas traiter avec trop de rigueur celui qui rend un office.
 801. Détail de ces justes causes.
 Maladie du mandataire.
 802. Dérangement des affaires du mandant.
 803. Inimitié capitale survenue entre le mandant et le mandataire.
 804. Affaires personnelles qui empêchent le mandataire de continuer sa gestion.
 805. Résumé.
 806. L'art. 2007 s'applique-t-il aux matières commerciales?

807. Le mandataire qui veut renoncer au mandat doit donner avis au mandant.

808. *Quid* quand il ne le peut pas?

COMMENTAIRE.

795. Nous avons vu par l'art. 2003 que le mandat peut finir par la volonté du mandataire, et nous avons expliqué au numéro 338 la raison pour laquelle on lui permet de se dégager de l'obligation à laquelle il a souscrit.

L'art. 2007 est le corollaire de ces prémisses. Il nous reste à préciser avec lui les circonstances de cette renonciation, et à étudier les précautions prises pour que cette faveur ne dégénère pas en abus.

796. La renonciation du mandataire peut avoir lieu lorsque les choses sont encore entières, ou bien lorsqu'elles ne le sont plus.

Les choses sont-elles entières? la renonciation du mandataire n'entraîne aucun effet préjudiciable pour le mandant; car les choses ne sont censées entières que lorsque le mandant est prévenu assez à temps pour pouvoir faire lui-même l'affaire, ou la faire faire avec facilité par un autre mandataire. Sans aucun doute, la renonciation du mandataire pourrait avoir des conséquences graves et fâcheuses, alors même que l'exécution du mandat ne serait pas commencée, si le mandataire tardait à faire connaître au mandant qu'il lui rend ses pouvoirs, et si, pendant cette perte de temps, l'affaire projetée était devenue impossible ou inopportune, de faisable et de facile qu'elle était auparavant.

Le droit ne veut donc pas qu'il en soit ainsi. Il exige que le mandataire donne avis de sa renonciation le plus tôt possible (*quàm primum* (1)), afin que la demeure ne fasse pas périliter l'affaire ou ne mette pas le mandant dans l'embarras. Sinon, le mandataire aura à réparer le dommage résultant de la tardiveté de sa renonciation (2).

797. Mais si les choses sont encore entières, c'est-à-dire si le mandataire s'est hâté de notifier au mandant sa renonciation, de telle sorte que ce dernier ait eu le temps de se pourvoir d'un autre mandataire, on ne serait pas fondé à exiger de lui qu'il justifiât d'une excuse valable et de nature à légitimer son abstention. Le mandataire est suffisamment déchargé par la précaution qu'il a prise de renoncer en temps opportun, de manière à conserver le droit du mandant. *Renuntiari ità potest ut integrum jus mandatori reservetur* (3). En un mot, et malgré quelques textes tirés du droit romain, textes douteux, du reste, et sujets à controverse (4),

(1) Caius, l. 27, § 2, D., *Mandati*, et Cujas cité *suprà*, n° 339.

(2) Voyez *suprà*, n° 398. Casaregis, *disc.* 54, n° 31 : « Si ille nullatenus posset omnia » *explere, teneretur sub onere solvendi de proprio, statim nuntiare mandanti ejus impotentiam vel impedimentum, ut, si velit, » alterius operà utatur. »*

(3) Paul, l. 22, § 11, D., *Mandati*. Pothier, n° 44.

(4) V. *suprà*, n° 343, le passage des *Sentences* de Paul auquel je fais ici allusion, et les observations du président Favre.

il n'est pas nécessaire que la renonciation ait une juste cause (1). Toutes les fois que les choses sont entières, toutes les fois que le mandant a été prévenu à temps, la renonciation ne saurait mériter le reproche d'être intempestive; le mandataire n'a pas besoin d'excuse. *Cum adhuc integra causa est*, dit très bien le président Favre, *semper tempestivè renuntiatur* (2). Pothier a reproduit cette idée dans les termes suivants : « Le mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune juste cause qui l'en dispense. C'est lorsqu'il fait savoir au mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la chose est encore entière, c'est-à-dire dans un temps où le mandant est à portée, ou de faire par lui-même l'affaire qui faisait l'objet du mandat, ou de trouver facilement une autre personne qui veuille bien s'en charger (3). » La raison en est évidente. Lorsque les choses sont entières, lorsque toutes les précautions sont prises, le mandant n'éprouve aucun préjudice. Sur quoi donc pourrait-il se fonder pour obtenir ces dommages-intérêts dans lesquels se résout l'inexécution d'un fait (4)? *Mandati actio*, disait Ulpien, *tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit. Cæterum si nihil interest, cessat mandati actio* (5).

(1) *Suprà*, n° 343.

(2) Sur la loi 25, D., *Mandati*.

(3) N° 44.

(4) Pothier, *loc. cit.*

(5) L. 8, § 5, D., *Mandati*.

798. Le deuxième cas que nous avons annoncé au n° 796 a lieu quand la renonciation du mandataire intervient au milieu de circonstances qui font que l'affaire n'est plus entière. Elle est censée n'être plus entière alors que la renonciation du mandataire cause au mandant un préjudice irréparable, soit parce qu'à la place de celui qui s'abstient intempestivement il n'est plus possible de substituer un autre mandataire en état de conduire l'affaire à fin, soit parce que le mandant ne peut pourvoir par lui-même aux nécessités du moment; en un mot, parce que l'affaire, entravée par cette renonciation inattendue, périclité, souffre ou avorte.

799. Le mandataire doit alors des dommages et intérêts au mandant. S'il ne peut pas être forcé à faire ce qu'il avait promis (*nemo potest precisè cogi ad factum*), il doit du moins le dédommagement du préjudice occasionné par son refus.

800. Toutefois, il est un cas où il sera exonéré: c'est lorsqu'il prouvera qu'une juste cause l'a forcé à renoncer à l'exécution du mandat. Le mandat est un office. Il ne faut pas traiter avec trop de rigueur celui qui a promis de le rendre et qu'une juste cause en a empêché (1). Quel que soit donc le préjudice éprouvé par le mandant à la suite de cette renonciation intempestive (2), on ne pourra le faire retomber sur le mandataire; il a une sauvegarde dans la juste cause de son abstention.

(1) *Suprà*, n° 338.

(2) Inst. de Just., *Mandati*, § 11.

801. Quelles sont les justes causes qui font excuser le mandataire?

Le jurisconsulte Hermogenianus cite la maladie (*adversa valetudo* (1)). On ne peut exiger, en effet, l'impossible du mandataire. La maladie qui le retient le dispense d'agir, de donner des ordres, de surveiller. Il fait bien de s'abstenir d'une gestion qu'il ne pourrait conduire convenablement. La loi, qui le voit placé entre l'alternative de mal faire et celle de ne pas agir du tout, l'autorise à préférer ce dernier parti, qui est celui de la prudence.

802. Pothier ajoute à l'abstention pour cause de maladie la renonciation fondée sur le dérangement des affaires du mandant (2). Cette cause rentre dans l'un des cas prévus par l'art. 2003. Le mandataire avait compté sur la solvabilité du mandant pour le rembourser de ses avances et de ses frais. Faut-il qu'il continue un office qui lui sera à charge? *Iniquum est damnosum esse cuique beneficium suum* (3).

803. Une troisième cause signalée par les lois romaines, ce sont les inimitiés capitales survenues entre le mandant et le mandataire (4). Tout bon rapport devenant impossible, le mandat est néces-

(1) L. 23, D., *Mandati*.

Junge l. 20, D., *De procurat.* (Paul).

(2) *Mandat*, n° 41. Il rattache cette doctrine à la loi 24, D., *Mandati*. D'autres, tels que Favre, donnent à cette loi un autre sens.

(3) L. 7, D., *De test. Quemadmod. aperiunt*.

(4) L. 23, D., précitée, *Mandati*.

sairement rompu. Le mandat suppose l'amitié, la confiance, le dévouement; les haines capitales en sont la destruction.

804. Paul veut aussi qu'on excuse le mandataire lorsqu'il survient dans ses propres affaires une nécessité impérieuse qui l'empêche d'agir pour l'exécution du mandat (1).

On peut citer, comme exemple, l'obligation où serait le mandataire de partir subitement pour un voyage éloigné (2), dont la remise lui occasionnerait un préjudice considérable. *Renuntiari potest si redundet in eum captio, qui mandatum suscepit* (3);

Ou bien la perte d'une personne chérie, un mariage, etc.

805. Tous ces cas sont ce que la loi 25, D., *Mandati*, appelle *justæ causæ* (4). Notre article les embrasse dans la généralité de ses expressions. Elles influent sur le mandat civil aussi bien que sur le mandat commercial.

806. Néanmoins, MM. Delamarre et Lepoitevin estiment que ni l'inimitié, ni le préjudice considérable qu'éprouverait le mandataire par la préférence qu'il donnerait à l'affaire commise sur ses affaires propres, ne peuvent légitimer la renonciation intempestive du commissionnaire à la com-

(1) L. 20, D., *De procurat.* : « *Si majore re suâ dstringatur.* » Et la loi 22, § 11, D., *Mandati*.

(2) Ulp., l. 23, D., *De procurat.* (*longa peregrinatio*). Pothier, n° 42.

(3) Paul, 22, § 11, D., *Mandati*.

(4) *Suprà*, n° 341.

mission acceptée (1). Le Code portugais (2), qui a copié notre art. 2007, s'élève contre cette opinion ; et quoique je reconnaisse que l'application de l'art. 2007 doit être moins facile dans les affaires commerciales que dans les affaires civiles, je ne voudrais pas décider d'une manière absolue que les affaires commerciales échappent à son autorité.

807. Mais, quelle que soit la légitimité des motifs de renonciation que nous venons de passer en revue, une condition est exigée par notre article pour que le mandataire soit entièrement déchargé de son obligation ; c'est qu'il donne avis au mandant de sa renonciation. L'art. 2007 a emprunté à Caius cette prescription (3) : « *Debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius operâ utatur* (4). » Le mandant, dont l'affaire est désertée, doit être mis à même d'aviser au mieux de ses intérêts, soit en se pourvoyant d'un autre mandataire, soit en agissant par lui-même.

808. Et cependant il fallait prévoir le cas où le mandataire ne pourrait donner avis au mandant ; et c'est ce qu'a fait le même Caius, dans la loi précitée : « *Si aliquâ ex causa non potuit nuntiare, securus erit.* » Le mandataire peut être retenu par une maladie aiguë ; il peut aussi se trouver dans un lieu où les moyens de correspondance sont diffi-

(1) T. 1, n° 46 ;
Et t. 2, n° 439.

(2) Art. 822.

(3) L. 27, § 2, D., *Mandati*.

(4) *Junge* Pothier, n° 43.

ciles ou nuls. On ne saurait l'astreindre à l'impossible (1).

ARTICLE 2008.

Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide.

SOMMAIRE.

809. Transition. Des cas où les actes faits après l'expiration du mandat sont respectés.
810. Objection contre leur validité, tirée de la subtilité du droit.
811. Réponse. La jurisprudence est une science de tempéraments. L'équité a fait décider que l'ignorance du mandataire fait continuer le mandat.
812. Exemple donné par Ulpien.
813. Autre donné par Africain.
814. Cette continuation du mandat a lieu même contre les héritiers mineurs du mandant.
Le privilège de la minorité cède ici au privilège de la bonne foi.
815. Mais ce privilège de la bonne foi cesse quand le mandataire n'est pas dans l'ignorance.
816. Quand l'ignorance a-t-elle cessé ?
Le juge a, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. Mais il doit en user avec sagesse et équité.

COMMENTAIRE.

809. Après avoir exposé les causes qui mettent fin au mandat (art. 2003), le législateur s'occupe

(1) Pothier, n° 43.

mission acceptée (1). Le Code portugais (2), qui a copié notre art. 2007, s'élève contre cette opinion ; et quoique je reconnaisse que l'application de l'art. 2007 doit être moins facile dans les affaires commerciales que dans les affaires civiles, je ne voudrais pas décider d'une manière absolue que les affaires commerciales échappent à son autorité.

807. Mais, quelle que soit la légitimité des motifs de renonciation que nous venons de passer en revue, une condition est exigée par notre article pour que le mandataire soit entièrement déchargé de son obligation ; c'est qu'il donne avis au mandant de sa renonciation. L'art. 2007 a emprunté à Caius cette prescription (3) : « *Debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterius operâ utatur* (4). » Le mandant, dont l'affaire est désertée, doit être mis à même d'aviser au mieux de ses intérêts, soit en se pourvoyant d'un autre mandataire, soit en agissant par lui-même.

808. Et cependant il fallait prévoir le cas où le mandataire ne pourrait donner avis au mandant ; et c'est ce qu'a fait le même Caius, dans la loi précitée : « *Si aliquâ ex causa non potuit nuntiare, securus erit.* » Le mandataire peut être retenu par une maladie aiguë ; il peut aussi se trouver dans un lieu où les moyens de correspondance sont diffi-

(1) T. 1, n° 46;
Et t. 2, n° 439.

(2) Art. 822.

(3) L. 27, § 2, D., *Mandati*.

(4) *Junge* Pothier, n° 43.

ciles ou nuls. On ne saurait l'astreindre à l'impossible (1).

ARTICLE 2008.

Si le mandataire ignore la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide.

SOMMAIRE.

809. Transition. Des cas où les actes faits après l'expiration du mandat sont respectés.
810. Objection contre leur validité, tirée de la subtilité du droit.
811. Réponse. La jurisprudence est une science de tempéraments. L'équité a fait décider que l'ignorance du mandataire fait continuer le mandat.
812. Exemple donné par Ulpien.
813. Autre donné par Africain.
814. Cette continuation du mandat a lieu même contre les héritiers mineurs du mandant.
Le privilège de la minorité cède ici au privilège de la bonne foi.
815. Mais ce privilège de la bonne foi cesse quand le mandataire n'est pas dans l'ignorance.
816. Quand l'ignorance a-t-elle cessé ?
Le juge a, à cet égard, un pouvoir souverain d'appréciation. Mais il doit en user avec sagesse et équité.

COMMENTAIRE.

809. Après avoir exposé les causes qui mettent fin au mandat (art. 2003), le législateur s'occupe

(1) Pothier, n° 43.

de certaines circonstances particulières qui en font durer les obligations au delà de ces causes ordinaires d'extinction. *Solvi mandatum, sed obligationem aliquandò durare* (1). Ces circonstances sont au nombre de deux : 1° l'ignorance du mandataire des événements qui ont mis fin au mandat ; 2° l'ignorance où sont les tiers de ces mêmes événements. L'art. 2008 s'occupe du mandataire ; l'art. 2009 des tiers.

810. A ne considérer que la subtilité du droit, on pourrait dire : L'action *mandati contraria* ne peut procéder que d'un mandat (2). Or, quand le mandant est décédé, ou bien quand il a révoqué son mandataire, le mandat a cessé d'exister ; et quand il a cessé d'exister, c'est comme s'il n'y en avait jamais eu. Donc tout ce qui a été fait après le décès ou après la révocation est nul de soi, le mandataire n'ayant ni droit ni qualité pour agir.

811. Telle est, en effet, la conclusion à laquelle il faudrait arriver si le *summum jus* devait être la règle des actions humaines. Mais Cicéron l'a dit avec une haute intelligence et une rare concision : *Summum jus, summa injuria*. La jurisprudence est une science de tempéraments ; elle ne suit pas aveuglément la ligne droite ; elle s'en écarte avec prudence quand la rectitude logique porte atteinte à la rectitude morale. Or, qu'y a-t-il de plus contraire à toutes les notions admises sur la responsa-

(1) Paul, l. 26, D., *Mandati*.

(2) Paul, l. 20, § 1, D., *Mandati* :

« Nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum. »

bilité des actions humaines et l'imputabilité des fautes que de faire retomber sur quelqu'un les conséquences d'un fait qu'il a légitimement ignoré ? Comment ! l'on laisserait aux risques et périls du mandataire les actes qu'il a passés alors qu'il ne savait pas que le mandat avait cessé par suite d'un événement qu'il n'était pas tenu de connaître ! Très souvent le mandat se contracte entre personnes éloignées, et il est impossible que les changements de volonté ou d'état qui affectent son existence parviennent au mandataire avec une rapidité électrique. Un trait de temps s'écoule nécessairement, et, dans cet intervalle, de grands intérêts peuvent avoir été traités ; de graves mesures peuvent avoir été prises de bonne foi. Et l'on viendrait renverser, à l'aide d'une argutie logique, ces actes consommés loyalement ! Que deviendrait le crédit ? Qui voudrait être mandataire ? Qui voudrait traiter avec des mandataires ? Et l'utilité du mandat ne se trouverait-elle pas détruite par l'exagération de ses propres principes ?

L'équité a donc fait taire le langage de la subtilité du droit, et l'on a décidé que l'ignorance du mandataire laisse continuer le mandat. « *Si tamen* (je copie la loi 26, D., *Mandati*, tirée des écrits de Paul), *si tamen per ignorantiam impletum est, competere, UTILITATIS CAUSA, dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquandò durare* (1). » Cette utilité dont parle le jurisconsulte est ici d'accord avec la morale. Elle se

(1) V. Cujas sur le livre 3^e, *Pauli ad edict.*

confond avec la bonne foi, avec le crédit. Quand l'utilité a la bonne fortune de se rencontrer ainsi avec la raison philosophique, nous la tenons pour digne de tous nos égards (1).

812. C'est pourquoi Ulpien donne la solution suivante : Je vous avais mandé de m'acheter un immeuble. Mais bientôt, changeant d'avis, je vous ai écrit que je renonçais à cet achat. Vous, avant d'avoir reçu ma lettre et connu la révocation de votre mandat, vous avez terminé l'achat. Eh bien ! je suis obligé de le ratifier ; la chose, au lieu de rester à votre compte, est mienne désormais. Et quelle est la raison d'Ulpien ? *Ne damno afficiatur is, qui suscepit mandatum* (2).

Et, en effet, ce serait pour le mandataire une peine injuste. On lui infligerait un dommage pour un service qu'il a cru rendre ; on le châtierait d'avoir fait son devoir.

813. Le jurisconsulte Africain donne un autre exemple de ce point de droit.

Un citoyen romain avait préposé Stichus, son esclave, à l'exercice de son kalendaire dans la province ; c'est-à-dire que Stichus, constitué son *dispensator*, était chargé de prêter ses fonds à intérêt, de toucher les usures, de recevoir les remboursements, de renouveler les échéances, de faire de nouveaux placements, etc.

Ce citoyen fait son testament à Rome ; il donne

(1) *Suprà*, n° 772.

(2) L. 15, D., *Mandati*.

à Stichus la liberté et l'institue son héritier pour partie ; puis il décède.

Le mandat de Stichus était doublement révoqué : 1° par la mort du mandant ; 2° par le changement d'état du mandataire.

Cependant Stichus, ignorant ce qui s'était passé, continua à recevoir des paiements, à prêter, à se faire donner des gages, etc., etc.

Question de savoir si sa gestion devait être ratifiée par les héritiers du mandant. Africain décida l'affirmative (1), en se fondant sur cette ignorance qui fait durer le mandat au delà de ses termes légaux. Cujas a parfaitement illustré cette loi célèbre et toujours citée en cette matière (2).

814. Cette continuation du mandat a lieu même contre les héritiers mineurs laissés par celui dont le décès a mis fin au mandat (3). Le privilège de la minorité est moins fort, ici, que le privilège de la bonne foi et du crédit. Après tout, le tuteur des mineurs pouvait prémunir ses pupilles en révoquant le mandat ou en donnant avis au mandataire de l'événement qui a fait cesser ses pouvoirs. Le mandataire, au contraire, qu'on a laissé dans l'ignorance, n'avait pas moyen de se garantir.

815. Mais comme cette situation faite par notre article au mandataire n'est, après tout, qu'une faveur accordée à la bonne foi, elle cesse toutes les

(1) L. 41, D., *De reb. creditis*.

(2) Dans son com. *ad Africanum*.

(3) Ulp., L. 11, D., *De instit. act.*

Paul, l. 17, § 2, D., même titre.

fois que le mandataire n'est pas dans l'ignorance de ce qui s'est passé. L'art. 2008 ne parle que pour le mandataire *qui ignore*, et non pas pour celui qui se conduit dolosivement.

816. Pour faire cesser cette ignorance, il n'est pas nécessaire qu'une notification officielle intervienne. Quelque indirects que soient les moyens qui ont fait connaître au mandataire la fin du mandat, ils sont suffisants. Le mandataire n'*ignore* plus; il est hors de la condition de l'art. 2008.

Vainement donc se prévaudrait-on des art. 2005 et 2006 du C. c. pour soutenir que le mandataire doit être nécessairement touché d'une notification en règle. Ces articles doivent être combinés avec l'art. 2008. Or, cet article exige l'ignorance du mandataire pour faire planer sur lui sa disposition protectrice. Et l'on ne saurait dire que celui-là est dans l'ignorance qui, par un moyen quelconque autre qu'une notification, a connu, positivement connu l'événement qui a fait cesser ses pouvoirs (1).

Il appartient aux juges d'apprécier les circonstances desquelles la connaissance du mandat peut résulter. Leurs lumières et leur sagacité suppléeront ici à l'insuffisance de la science, trop bornée dans ses prévisions pour énumérer toutes les causes, tous les accidents, tous les moyens directs ou indirects par lesquels l'ignorance du mandataire peut avoir cessé.

(1) *Suprà*, nos 713 et 787.

ARTICLE 2009.

Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

SOMMAIRE.

- 817. De la valeur des engagements contractés par le mandataire à l'égard des tiers de bonne foi.
- 818. Les tiers peuvent exiger la production de la procuration, et encore ne sont-ils pas toujours en faute lorsqu'ils ne l'exigent pas.
- 819. Mais ils ne sont pas tenus de connaître les faits qui ont fait cesser les pouvoirs donnés par la procuration.
- 820. Suite.
- 821. La qualité ostensible de procureur couvre tout ce qui a été fait par les tiers avec celui qui la porte.
- 822. Ce droit des tiers prévaut sur celui des héritiers mineurs du mandant. *Durat obligatio mandati.*
- 823. Suite. Application de ces principes au mandat de l'associé gérant.
- 824. Suite. Arrêts.
- 825. Exposition de ces principes par d'autres exemples.
- 826. Suite.
- 827. Mais il faut que la bonne foi des tiers existe.
- 828. Elle n'existe pas s'ils ont eu une connaissance quelconque de la révocation.
- 829. Suite.

COMMENTAIRE.

817. Voyons maintenant avec l'art. 2009 la valeur des engagements contractés par le mandataire avec les tiers de bonne foi; voyons la réaction de ces engagements sur le mandant.

818. Tout ce que la plus grande rigueur peut exiger des tiers, c'est qu'ils se fassent représenter

fois que le mandataire n'est pas dans l'ignorance de ce qui s'est passé. L'art. 2008 ne parle que pour le mandataire *qui ignore*, et non pas pour celui qui se conduit dolosivement.

816. Pour faire cesser cette ignorance, il n'est pas nécessaire qu'une notification officielle interviene. Quelque indirects que soient les moyens qui ont fait connaître au mandataire la fin du mandat, ils sont suffisants. Le mandataire n'*ignore* plus; il est hors de la condition de l'art. 2008.

Vainement donc se prévaudrait-on des art. 2005 et 2006 du C. c. pour soutenir que le mandataire doit être nécessairement touché d'une notification en règle. Ces articles doivent être combinés avec l'art. 2008. Or, cet article exige l'ignorance du mandataire pour faire planer sur lui sa disposition protectrice. Et l'on ne saurait dire que celui-là est dans l'ignorance qui, par un moyen quelconque autre qu'une notification, a connu, positivement connu l'événement qui a fait cesser ses pouvoirs (1).

Il appartient aux juges d'apprécier les circonstances desquelles la connaissance du mandat peut résulter. Leurs lumières et leur sagacité suppléeront ici à l'insuffisance de la science, trop bornée dans ses prévisions pour énumérer toutes les causes, tous les accidents, tous les moyens directs ou indirects par lesquels l'ignorance du mandataire peut avoir cessé.

(1) *Suprà*, nos 713 et 787.

ARTICLE 2009.

Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.

SOMMAIRE.

- 817. De la valeur des engagements contractés par le mandataire à l'égard des tiers de bonne foi.
- 818. Les tiers peuvent exiger la production de la procuration, et encore ne sont-ils pas toujours en faute lorsqu'ils ne l'exigent pas.
- 819. Mais ils ne sont pas tenus de connaître les faits qui ont fait cesser les pouvoirs donnés par la procuration.
- 820. Suite.
- 821. La qualité ostensible de procureur couvre tout ce qui a été fait par les tiers avec celui qui la porte.
- 822. Ce droit des tiers prévaut sur celui des héritiers mineurs du mandant. *Durat obligatio mandati.*
- 823. Suite. Application de ces principes au mandat de l'associé gérant.
- 824. Suite. Arrêts.
- 825. Exposition de ces principes par d'autres exemples.
- 826. Suite.
- 827. Mais il faut que la bonne foi des tiers existe.
- 828. Elle n'existe pas s'ils ont eu une connaissance quelconque de la révocation.
- 829. Suite.

COMMENTAIRE.

817. Voyons maintenant avec l'art. 2009 la valeur des engagements contractés par le mandataire avec les tiers de bonne foi; voyons la réaction de ces engagements sur le mandant.

818. Tout ce que la plus grande rigueur peut exiger des tiers, c'est qu'ils se fassent représenter

la procuration de celui qui s'offre à eux comme mandataire; et encore avons-nous vu ci-dessus (1) qu'il est des cas où ils peuvent, sans commettre de faute, traiter avec lui, de confiance, abstraction faite de cette production.

819. Mais il serait déraisonnable de vouloir que les tiers devinassent les événements qui, loin d'eux et sans leur concours, ont modifié ou éteint cette qualité de mandataire. Si le mandataire ignorait lui-même la cessation de ses pouvoirs et que les tiers aient naturellement partagé cette ignorance, le mandant ou ses représentants pourraient-ils se plaindre de ce qui a été fait sous l'influence d'une qualité qu'on croyait toujours existante? Les subtilités de droit étroit auxquelles ils auraient recours pour poursuivre le renversement d'actes consommés de bonne foi (2) ne seraient-elles pas détruites de fond en comble par les raisons d'équité, de morale, d'utilité publique, de crédit, que nous développons ci-dessus il n'y a qu'un instant (3)?

820. Et si les tiers avaient été induits en erreur par le mandataire qui connaissait l'extinction de ses pouvoirs, à qui faudrait-il s'en prendre, sinon au mandant lui-même, coupable d'un mauvais choix (4)?

(1) N° 771.

(2) *Suprà*, n° 772.

(3) Nos 810 et suiv., et aussi 772.

(4) *Imputandum est mandanti, non ei qui per ignorantiam contraxit.*

Ansaldus, disc. 30, n° 8.

Mon com. de la Société, t. 2, n° 903.

821. En un mot, comme le dit *Ansaldus* :

« *Publicæ repugnat æquitati civile commercio,*
 » *quòd quis sincerâ fide contrahens cum aliquo præ ma-*
 » *nibus habente publicum instrumentum mandati, debeat*
 » *sub istâ bonâ fide decipi (1).* »

Et plus bas :

« *Non contrahentes coguntur indagare intrinsecam et*
 » *latentem conditionem et gesta illius cum quo palàm et*
 » *legitimè contrahunt et poterant contrahere (2).* »

Nous avons fait ci-dessus l'application de ces idées (3) en commentant l'art. 2005 du Code civil, devancier remarquable de l'art. 2007 (4). Elles sont empruntées à la sagesse des lois romaines, préoccupées, avec raison, des nécessités de la bonne foi et du crédit (5); elles sont proclamées par tous les docteurs du droit civil et du droit commercial (6). Sans elles il n'y aurait pas possibilité de traiter avec des mandataires, et la gestion des affaires par procureur serait semée de tant d'embûches qu'il faudrait en revenir à cette enfance du droit où la présence des parties en personne était

(1) *Disc. 30, n° 4.*

(2) N° 8.

(3) N° 772.

(4) V. le C. portugais, art. 820.

(5) L. 41, D., *De reb. creditis*, et 17, § 2, D., *De instit. act.*
 (*suprà*, nos 772, 709). L. 12, § 2, et l. 32, D., *De solutionibus*.

(6) *Straccha, De decoctor.*, part. 3, n° 52.

Pothier, Obligat., n° 80, 81. *Suprà*, n° 772.

indispensable à la solennité et à la validité des actes.

822. Ce droit des tiers de bonne foi est si puissant, qu'il prévaut sur celui des héritiers mineurs que le mandant aurait laissés après son décès. Lors même que la procuration, exécutée après le décès, aurait servi à la consommation des actes les plus graves d'aliénation, les héritiers mineurs devraient les subir. Inutilement diraient-ils que la procuration était éteinte par le décès de leur auteur, et que leur tuteur, par sa patience et son silence, n'a pu communiquer aucune autorité à des aliénations placées en dehors de ses pouvoirs. Cette dispute serait vaine. Le mandat est censé durer à l'égard des tiers de bonne foi qui ont eu une juste cause d'ignorer la cessation du mandat et qui ont traité sous la foi de son existence : *Durat obligatio* (1).

823. J'ai eu occasion d'exposer cette théorie dans mon commentaire de la *Société* (2). Elle m'a servi de prélude à la démonstration de la validité des engagements contractés par les tiers de bonne foi avec une société qui, malgré sa dissolution, continue à faire usage de la signature sociale. Je me suis efforcé de prouver (et je crois y avoir pleinement réussi) que ces engagements réagissent sur tous les anciens associés ou leurs représentants; que c'est à eux à s'imputer de n'a-

(1) Paul, l. 26, D, *Mandati*.

(2) T. 2, n° 903.

voir pas prévenu par des mesures de prudence l'abus de la signature sociale; que les tiers qui n'ont pu se prémunir contre une erreur de qualité si facile et si naturelle doivent être protégés par leur ignorance et leur bonne foi; qu'ils sont même de condition meilleure que les héritiers mineurs sur lesquels ces engagements réfléchissent pour leur part et portion. On voit que ce sont les principes du mandat appliqués à la société, d'après la règle de Paul : *Tunc eadem distinctione utimur quâ in mandato* (1).

824. Le dirai-je cependant? Cette application si légitime (puisque les associés sont mandataires les uns des autres, et que, dans tous les cas, les gérants qui continuent à faire usage de la signature sociale après sa dissolution ne sont que des mandataires qui abusent), cette application, dis-je, n'a pas paru sans difficulté à quelques esprits. J'ai vu des doutes graves s'élever, et la cause des vrais principes a été un instant incertaine et partagée. Il y a de quoi sérieusement réfléchir sur cette fragilité des jugements humains, surtout quand il s'agit de questions si claires, de principes si constants, de règles si souvent éprouvées. Car, enfin, que deviendraient la sûreté des transactions, les droits du crédit, le respect dû à la bonne foi, cette équité civile et commerciale vantée par Ansaldus et Straccha après Paul et Ulpian? Félicitons-nous de ce que la Cour de cassation a vu la vérité

(1) Com. de la *Société*, t. 2, n° 901 et 903.

avec cette fermeté de coup d'œil qui la caractérise. Ses arrêts des 26 juillet 1843 (1) et 10 juillet 1844 (2) fixent la jurisprudence (3). Je les rappelle ici, parce que, bien que spécialement rendus en matière de société, ils rentrent aussi dans le domaine du mandat, dont la société ne fait ici qu'emprunter les principes.

825. D'autres applications peuvent être citées pour exemple :

Titius donne procuration à Sempronius d'emprunter pour lui 3,000 fr. Sempronius, en vertu de cette procuration, emprunte cette somme auprès de Primus; puis il fait un pareil emprunt auprès de Secundus, à qui il montre la procuration, lui laissant ignorer que l'affaire qui en est l'objet est déjà

(1) D., 44, 1, 134; Dev., 43, 1, 881.

(2) D., 44, 1, 297.

Devill., 44, 1, 763.

(3) Afin que tout eût marché pour le mieux, il eût été à désirer que l'esprit de ces deux arrêts eût été plus exactement saisi par les arrêtistes. Le recueil de M. Dalloz s'est livré à une assez longue interprétation de ma doctrine et de celle de l'arrêt du 10 juillet 1844, et il n'a pas été servi par la justesse ordinaire de ses appréciations. Celui de M. Devilleneuve a suivi de confiance l'interprétation de son devancier. La *Revue de législation*, seule, a connu et rétabli la vérité de ce point de droit (art. de M. Pons, t. XXI, p. 519). Il n'y a pas la moindre opposition entre ma doctrine et l'arrêt du 10 juillet 1844. Loin de là, ma dissertation n'a pas été sans influence sur la solution de la Cour suprême, et j'ai su, par une communication bienveillante du rapporteur, que la Cour avait entendu en consacrer les idées.

Aussi ai-je cru utile de réclamer contre les observations du

consommée (1). Secundus, créancier de bonne foi, sera par cela même créancier légitime de Titius. Il aura contre lui une action en remboursement (2). Ce serait en vain que Titius argumenterait de l'extinction du mandat par la consommation de l'affaire. Les tiers l'ont ignoré; ils ont vu une procuration; il y ont ajouté foi. Le mandant doit supporter la peine de son mauvais choix. *In culpa fuit malæ electionis.*

826. D'autres exemples ont passé sous nos yeux aux nos 714, 724, 725, 726, 737, 752, 755, 770, 772, 812, 813.

827. Mais ce privilège donné à la bonne foi disparaît alors que la bonne foi n'existe pas. La fraude ne doit pas profiter des immunités du crédit.

Si donc les tiers qui ont traité avec le mandataire connaissent la révocation ou l'extinction de son mandat, les actes qu'ils auront faits avec lui ne remonteront pas jusqu'au mandant. Ils seront nuls à son égard (3).

828. Ils seront nuls, disons-nous; et cela, non-seulement dans le cas où le mandataire aurait donné connaissance aux tiers de l'expiration de son man-

journal de M. Dalloz. Je le remercie d'avoir mentionné dans la table de son volume de 1844 ma protestation. Je veux bien répondre de mes idées; mais je n'entends pas assumer la responsabilité de celles qu'on me prête gratuitement.

(1) *Suprà*, n° 761.

(2) Pothier, n° 89.

M.M. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 351.

Suprà, n° 604.

(3) Combinez l'art. 2009 avec l'art. 1997.

dat (ce qui est l'hypothèse précise de l'art. 1997), mais même si les tiers avaient acquis cette connaissance indirectement, pourvu que ce fût d'une manière non équivoque. La loi ne s'enquiert pas des moyens par lesquels les tiers ont pu être instruits de l'état des choses ; elle ne s'arrête qu'à ce point unique : Les tiers étaient-ils de bonne foi ? La morale et l'équité résolvent cette question. C'est assez dire qu'il n'entre dans la solution ni subtilité ni formalisme.

829. Les tiers sont même répréhensibles alors qu'ayant connu la révocation ou la cessation du mandat à une époque où le mandataire n'en était pas encore instruit, ils ont profité de son ignorance pour traiter avec lui. Leur bonne foi ne se règle pas sur celle du mandataire. Ils peuvent être de bonne foi lorsque le mandataire est en fraude (1) ; ils peuvent être en fraude lorsque le mandataire est dans la bonne foi.

ARTICLE 2010.

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

SOMMAIRE.

830. Des obligations des héritiers du mandataire lorsque ce dernier vient à mourir.

(1) *Suprà*, n° 820.

Principe de ces obligations.

Tantôt il se rattache à la gestion d'affaires ; tantôt il se rattache au mandat lui-même.

831. Les héritiers ne peuvent agir que pour le strict nécessaire.
832. Si les choses sont entières, ils doivent donner avis au mandant du décès de leur auteur ; ils ne doivent rien entreprendre.
833. *Quid* si les choses ne sont plus entières ?
834. Suite.
835. Du cas où les héritiers sont mineurs.
836. Du cas où ce sont des femmes.
837. Du cas où les héritiers ont ignoré l'existence du mandat dans la personne de leur auteur.
838. De la preuve de cette ignorance.

COMMENTAIRE.

830. La mort du mandataire est un fait imprévu qui pourrait porter les plus graves atteintes aux intérêts du mandant, si ses héritiers n'étaient appelés à pourvoir aux nécessités du moment et à prendre les mesures conservatoires exigées par la prudence. La loi leur impose donc, dans ce moment critique, certaines obligations commandées par l'équité, et suite naturelle de la confiance que le mandant avait placée dans leur auteur.

Quelques auteurs ont dit que ce n'est pas le mandat qui continue en leur personne, par la raison que le mandat ne se transmet pas et qu'il expire par la mort. Suivant eux, c'est une gestion d'affaires, née de l'urgence et imposée par la loi. Mais cette remarque est elle bien exacte ? A mon avis, elle doit être modifiée par une distinction.

Si les choses sont encore entières lorsque le

dat (ce qui est l'hypothèse précise de l'art. 1997), mais même si les tiers avaient acquis cette connaissance indirectement, pourvu que ce fût d'une manière non équivoque. La loi ne s'enquiert pas des moyens par lesquels les tiers ont pu être instruits de l'état des choses ; elle ne s'arrête qu'à ce point unique : Les tiers étaient-ils de bonne foi ? La morale et l'équité résolvent cette question. C'est assez dire qu'il n'entre dans la solution ni subtilité ni formalisme.

829. Les tiers sont même répréhensibles alors qu'ayant connu la révocation ou la cessation du mandat à une époque où le mandataire n'en était pas encore instruit, ils ont profité de son ignorance pour traiter avec lui. Leur bonne foi ne se règle pas sur celle du mandataire. Ils peuvent être de bonne foi lorsque le mandataire est en fraude (1) ; ils peuvent être en fraude lorsque le mandataire est dans la bonne foi.

ARTICLE 2010.

En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

SOMMAIRE.

830. Des obligations des héritiers du mandataire lorsque ce dernier vient à mourir.

(1) *Suprà*, n° 820.

Principe de ces obligations.

Tantôt il se rattache à la gestion d'affaires ; tantôt il se rattache au mandat lui-même.

831. Les héritiers ne peuvent agir que pour le strict nécessaire.
832. Si les choses sont entières, ils doivent donner avis au mandant du décès de leur auteur ; ils ne doivent rien entreprendre.
833. *Quid* si les choses ne sont plus entières ?
834. Suite.
835. Du cas où les héritiers sont mineurs.
836. Du cas où ce sont des femmes.
837. Du cas où les héritiers ont ignoré l'existence du mandat dans la personne de leur auteur.
838. De la preuve de cette ignorance.

COMMENTAIRE.

830. La mort du mandataire est un fait imprévu qui pourrait porter les plus graves atteintes aux intérêts du mandant, si ses héritiers n'étaient appelés à pourvoir aux nécessités du moment et à prendre les mesures conservatoires exigées par la prudence. La loi leur impose donc, dans ce moment critique, certaines obligations commandées par l'équité, et suite naturelle de la confiance que le mandant avait placée dans leur auteur.

Quelques auteurs ont dit que ce n'est pas le mandat qui continue en leur personne, par la raison que le mandat ne se transmet pas et qu'il expire par la mort. Suivant eux, c'est une gestion d'affaires, née de l'urgence et imposée par la loi. Mais cette remarque est elle bien exacte ? A mon avis, elle doit être modifiée par une distinction.

Si les choses sont encore entières lorsque le

mandataire est décédé, nul doute que tout ce que ses héritiers feront après sa mort ne se rattachera pas au mandat. C'est la décision formelle de Caius (1). Ils ne sont, dans cette situation, que des gérants d'affaires.

Mais il n'en est pas de même quand l'exécution du mandat avait été commencée par le défunt, et que les héritiers, placés en présence d'une nécessité urgente, ont terminé l'affaire ou empêché, par des mesures conservatoires, qu'elle ne périlite. En cette matière, ce qui est important et décisif, c'est le commencement d'exécution (2). Et comme les héritiers n'ont agi qu'en continuation de ce qui avait été commencé, ils continuent le mandat. C'est là, en effet, ce qu'enseigne le président Favre (3). « *Hoc enim casu cum non sit finitum mandatum morte mandatarii, quod res integra non sit, DUBITANDUM NON EST quin actionem mandati, non modò utilem, sed etiam directam et vulgarem habere debeat mandatarii hæres, qui mandati executionem à defuncto coeptam impleverit ac perfecerit.* »

831. Voici maintenant dans quel cercle cette action des héritiers doit se mouvoir. On pressent qu'elle ne saurait être que fort restreinte. La cause en est dans le besoin du moment; la limite en est dans le strict nécessaire.

Si donc les choses sont encore entières, les héritiers devront se borner à donner avis au mandant et

(1) L. 27, § 3, D., *Mandati*.

(2) Paul, l. 21, § 2, D., *Negot. gest.*

(3) Sur la loi 27, § 3, D., *Mandati*.

à attendre ses instructions. Cet avis est indispensable pour mettre le mandant à même d'aviser à ce que ses intérêts lui conseillent de faire, et de se pourvoir le plus tôt possible d'un autre mandataire (1). C'est une règle en matière de mandat que le mandant ne doit rien ignorer de ce qui change l'état où se trouvaient les choses au moment du contrat (2).

832. Mais, cet avis donné, les héritiers doivent s'abstenir de rien entreprendre. L'exécution n'étant pas commencée, ce n'est pas à eux qu'il appartient d'y mettre la première main. Le mandat, en effet, n'existe plus; le commencement d'exécution ne peut coïncider avec la fin du pouvoir d'agir (3).

On les excuserait cependant, suivant Papinien, si, par erreur, ils avaient cru que le mandat se continuait dans leur personne. Leur bonne foi serait pour eux une sauvegarde (4).

833. Quand les choses ne sont plus entières, les héritiers ont à voir s'il est indispensable de prendre quelques mesures conservatoires ou urgentes. Il faut veiller, surtout, à ce que le mandant n'éprouve pas de préjudice (5). Mais (notons-le bien) ce n'est que dans ce cas seul qu'ils peuvent s'im-

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 442.

Junge M. Duranton, t. 48, n° 293.

(2) V., par exemple, la loi 27, § 2, D., *Mandati* (Caius).

Suprà, n° 807.

(3) Caius, l. 27, § 3, D., *Mandati*.

(4) L. 57, D., *Mandati*.

(5) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 893.

miscer dans une affaire qui n'a pas été commise à leurs soins; encore devront-ils se borner à ce qu'il y a de plus pressé et de plus nécessaire.

834. Que si les circonstances n'exigent aucune mesure conservatoire, les héritiers s'abstiendront. Ils laisseront les choses dans l'état où le défunt les a laissées; ils abandonneront au mandant, dûment averti, le soin de continuer par lui-même ou par un autre mandataire ce que le décès de leur auteur ne lui a pas permis de terminer.

835. Si les héritiers sont mineurs, ils sont dispensés de tous ces soins (1). Incapables de veiller à leurs intérêts propres, comment pourraient-ils veiller aux intérêts des autres?

836. J'étends également cette exemption aux femmes, dont l'inexpérience en affaires est une cause d'excuse (2). N'oublions pas qu'il s'agit ici d'une simple continuation de mandat, où la responsabilité ne s'apprécie pas avec la même rigueur que s'il s'agissait du mandataire lui-même. D'ailleurs, en cette matière, tout doit être envisagé au point de vue de la bonne foi. « *De bonâ fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare* (3). »

(1) Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 893. Arg. de la loi 1, D., *De fidejussoribus et nominatoribus et hered. tutorum* (Pomponius).

Arg. de l'art. 419 C. c.

M. Duranton, t. 48, n° 293.

(2) Pomponius, loi précitée, et mon com. de la *Société*, t. 2, n° 893.

(3) Ulp., l. 28, § 4, D., *Mandati*.

837. Enfin, les héritiers majeurs qui seraient restés dans l'inaction seraient absous s'ils avaient ignoré l'existence du mandat. De même que la loi admet, chez les héritiers, l'ignorance possible et de bonne foi du dépôt fait à leur auteur (1), de même il est permis de reconnaître qu'ils peuvent ignorer qu'un mandat avait été donné à celui qu'ils représentent (2).

838. Au reste, la preuve de cette ignorance dépend des circonstances. Tel héritier était éloigné de son auteur et n'avait aucune connaissance de ses affaires; tel autre vivait avec lui et était initié à tous ses actes. Il y a des mandataires qui exercent publiquement une profession dont le mandat est l'essence; il y en a d'autres dans la vie desquels ce mandat n'a été qu'un accident isolé. Quelquefois les héritiers ont su que leur auteur était mandataire, mais ils ont ignoré le nom ou la demeure de celui dont il gérait les affaires au moment de son décès, et ils n'ont pu lui donner l'avis exigé par l'art. 2010. Tous ces faits seront pris en considération; ils auront une juste influence sur la responsabilité des héritiers.

(1) Art. 1935 C. c. Voyez mon commentaire du *Dépôt*.

(2) Arg. de la loi 57, D., *Mandati*; Papinien : « *Quantum heredes ejus errore lapsi.* »

TABLE SOMMAIRE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

PRÉFACE.	Pag. v
CHAP. I. <i>De la nature et de la forme du mandat.</i>	1
CHAP. II. <i>Des obligations du mandataire.</i>	328
CHAP. III. <i>Des obligations du mandant.</i>	562
CHAP. IV. <i>Des différentes manières dont finit le mandat.</i>	646

FIN DE LA TABLE SOMMAIRE.

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

NOTA. Le chiffre indique le numéro.

A

- ABSENT.** Le mandat a lieu entre absents. 101. — Même le mandat tacite. 139.
- ACCEPTATION.** Dans quels cas l'acceptation du mandat peut-elle être prouvée oralement? 146. — Quels faits la font présumer? 148 et suiv. — Se présume plus facilement de la part d'une personne qui fait état de gérer les affaires d'autrui. 151, 152. — Peut toujours être prouvée oralement en matière commerciale. 142. — Dans tous les cas l'on peut prouver que l'on a agi comme *negotiorum gestor*. 145, 147.
- ACHAT.** Cas où le pouvoir d'administrer embrasse le droit d'acheter. 281.
- ACTE PUBLIC.** N'est nécessaire pour la procuration que lorsque la loi l'exige formellement. 104.
- ACTE SOUS SEING PRIVÉ.** La procuration peut toujours être faite par acte sous seing privé. 102. — A moins d'une prohibition formelle. 104. — Dans ce cas elle n'a pas besoin d'être faite en double. 105. — Le mandant qui prétend que les actes passés par son mandataire sont antidatés est obligé d'en faire la preuve; il ne peut se dire tiers. 763.
- ACTION.** Le mandat illicite ne produit aucune action, ni du côté du mandant, ni du côté du mandataire. 31. — Quelles sont les actions que peut poursuivre un mandataire géné-

ral? 289 et suiv. — Les honoraires donnent ouverture à une action. 253. — Prescriptible par trente ans. 630.

ADMINISTRATION. Énumération des actes d'administration que comporte un mandat général. 278 et suiv.

AGENT DE CHANGE. N'est pas plus que l'avocat responsable des conseils qu'il donne de bonne foi. 17, 18. — Étendue de sa responsabilité. 405 *in fine*.

AGRIMENSEUR. Dans le droit romain, il n'était pas un mandataire lorsqu'il avait été salarié *ab initio*, ni pour cela un locateur d'ouvrages, son ministère n'étant pas susceptible de location. 156. — Leur profession était haut placée chez les Romains. 199, 221. — Il n'en est pas de même aujourd'hui de celle de l'arpenteur. 221.

ARPENTEUR. En droit français, est un locateur de services, et non un mandataire. 221.

ASSURANCE. Il est souvent nécessaire dans les assurances commerciales de tenir en suspens le nom du véritable assuré. 549. — Mais sa révélation devient indispensable en cas de sinistre pour prouver que le commissionnaire n'a pas fait une gageure. 554, 559. — Portée des diverses formules propres aux assurances faites par commission. 553, 554. — Droits des assureurs en matière d'assurances faites par commission. 555. — Trois époques à distinguer : celle de la passation de la police; conséquences pour la juridiction, le paiement de la prime. 555, 556. — *Quid* quant au dol du commettant? 557, 574, 580. — Époque où arrive le sinistre. 558. — Époque du paiement de l'indemnité. 566. — L'assureur pourrait-il opposer des compensations personnelles avec le commissionnaire? 570. — La police d'assurance est un papier négociable payable au porteur. 572. — Le pouvoir de prendre une assurance peut être tacite. 625.

ATERMOIEMENT. Peut être consenti par un mandataire général. 296.

AVANCE. (Voyez *Mandant*.)

AVOCAT. Qui sans dol se trompe dans ses consultations est exempt de responsabilité. 16. — Mais le conseil de l'ordre

pourrait lui faire rendre compte de sa conduite. 16. — Dans le droit romain, il n'était considéré, ni comme mandataire dès que des honoraires avaient été promis d'avance, ni comme locateur d'ouvrages à raison de la dignité de son ministère. 156. — Sa profession ne peut pas non plus aujourd'hui donner lieu au contrat de louage. 209, 215. — A été pourtant classé par le code autrichien parmi les locateurs d'ouvrages. 223. — A-t-il droit à des honoraires lorsqu'une force majeure le force d'abandonner sa cause? 643 et suiv. — A droit à des honoraires sans convention. 630, 249.

AVOUÉ. Mandataire *facile* des parties par l'effet de la remise du dossier. 119. — Sa profession ne peut donner lieu au contrat de louage. 216. — Est mandataire de profession. A ce titre, il est obligé de faire connaître son refus s'il n'accepte pas. 344, 345. — Étendue de sa responsabilité. 405 *in fine*. — A droit à des honoraires même sans convention. 249, 630.

B

BAIL. Quels sont les baux que peut passer un mandataire général? 278. — Quels sont ceux qu'il peut résilier? 278.

BREVET. La procuration peut être donnée en brevet. 103.

BONNE FOI. Ouvre une action en faveur du mandataire, quoique le mandat soit illicite. 31. — Dans quel cas est-il de bonne foi? 31. — Le mandat vit de bonne foi. 38. — Le mandant ne peut répudier les engagements contractés par le mandataire qui a excédé le mandat, lorsque les tiers, de bonne foi, l'ont cru propriétaire de la chose. 529, 607.

BOURSE. Le mandat pour se livrer à des opérations de bourse prohibées serait illicite et ne produirait aucun effet. 30.

C

CAUTION. Ne peut être donnée par un mandataire général. 295. — La caution qui paie en l'acquit du principal obligé est considérée comme mandataire et a droit aux intérêts de ses avances. 683.

CAPITAINE DE NAVIRE. Est un préposé. 237.

CHANGEMENT D'ÉTAT. Met fin au mandat. 744. — Que faut-il entendre par changement d'état? 744. — Interdiction. 745, 751. — Déconfiture et faillite. 746, 751. — Peines qui entraînent non la mort civile, mais qui enlèvent l'administration des biens. 747, 751. — Conseil judiciaire. 748, 751. — Femme mariée. 749, 751. — Des tiers qui ont ignoré le changement d'état. 752. — Influence du changement d'état qui tombe sur le mandataire qui s'était substitué un autre mandataire. 758.

CLERC DE NOTAIRE. Est de droit mandataire tacite du notaire pour recevoir les pièces et les frais d'enregistrement. 133. — Peut l'être encore, selon les circonstances, dans d'autres cas. 133, 135.

COMMAND (Contrat de). Prouve qu'en droit civil le mandataire peut quelquefois agir en son propre nom. 8, 520.

COMMERCE. Admet surtout les mandats tacites. 137. — Et la preuve de ces mandats tacites peut toujours être établie. 142. — Le mandat dans le commerce prend le nom de commission ou celui de préposition. 58. — En droit civil, le mandat est présumé gratuit et *salarie* en matière commerciale. 229, 240, 244, 249, 631. — Aussi le mandataire commercial est plus rigoureusement tenu de son ministère. 230. — L'usage commercial fixe, dans un grand nombre de cas, la quotité du salaire. 244, 245, 249. — A quel caractère se distingue le mandat commercial du louage de services? 228 et suiv. — *Quid* de la préposition? 233 et suiv. — De la commission? 239 et suiv. — Du courtier? 245. — De l'agent d'affaires? 246. — Le commerce interprète plus facilement l'étendue du mandat. 285, 327. — Responsabilité du mandataire en matière commerciale. 363, 405. — La faute du mandataire s'estime suivant l'usage des lieux. 412. — Étendue en matière commerciale des règles qui régissent la substitution faite par le mandataire primitif. 455. — En matière commerciale, les mandataires constitués par le même acte sont solidairement

responsables. 497. — Le Code de commerce déclare banqueroutier frauduleux le failli qui a appliqué à son profit les fonds de son mandant. 505. — Le mandataire commercial jouit d'un privilège de gagiste pour les avances qu'il a faites sur les marchandises. 704. — Lorsque les choses ne sont plus entières, le mandataire commercial peut-il, comme le mandataire civil, renoncer au mandat pour cause de maladie, etc.? Etc. 805, 806.

COMMISSION-COMMISSIONNAIRE. Commission est le nom sous lequel le mandat est principalement connu dans le commerce. 58. — Étymologie du mot; définition du contrat. 65. — Constitue un mandat passager et pour un acte isolé. 65, 67. — Différence du courtage. 66. — L'acceptation du mandat se présume plus facilement de la part du commissionnaire que de celle d'une personne étrangère aux affaires. 152. — En cas de non-acceptation est obligé de faire connaître son refus. 344, 345. — Ne peut pas, plus que le mandataire civil, substituer une chose à une autre; il est soumis à cet égard aux mêmes règles. 363. — Étendue de sa responsabilité. 405, 353. — Le commissionnaire de transports est garant des faits du mandataire qu'il emploie; il ne suffit pas que le choix fût bon au moment où il a été fait. 458. — Commissionnaire aux assurances. (Voyez *Assurances*.) (Voyez *les règles générales applicables au mandataire*.)

COMMODAT. A la différence du mandat est gratuit par essence. 154. — Et les commodataires sont solidairement responsables de la chose qu'ils ont simultanément empruntée. 494.

COMPENSATION. Lorsque le mandataire a agi *nomine suo*, la compensation faite avec lui est valable et doit être respectée par le mandant. 524 et suiv. (Voyez *Assurance*.)

COMPÉTENCE. Sous l'apparence d'un point de compétence, se trouve souvent une question de philosophie. 208.

COMPLAISANCE. Celui qui rend un service par *complaisance* ou par *humanité* ne s'engage pas comme mandataire. 14.

COMPOSITEUR DE MUSIQUE. Sa profession ne donne pas lieu au contrat de louage. 222.

COMPTE. Tout mandataire doit rendre compte de sa gestion.

39, 336, 414. — Excepté le courtier. 66. — Et le mari administrateur des parapherinaux. 430. — Comment s'établissent les soutènements du compte? 415. — Peut-on convenir que le mandataire ne produira pas de pièces justificatives? 415. — Qu'il ne rendra pas de compte? 415. — Le compte comprend le doit et l'avoir. 444.

CONSEIL. Donné sans fraude n'est pas une source de responsabilité. 15 et suiv. — A moins que, par son interposition, l'on ait laissé croire qu'on voulait répondre de l'affaire. 19.

CONSENTEMENT. Le mandat prend sa force dans le seul consentement. 101. — Soit qu'il ait été manifesté par le silence. 139. — Soit par des faits. 140. — Même par des actes de gestion antérieurs. 141. — Le système général du Code civil est favorable au consentement tacite. 121. — La gestion entreprise contre le consentement du maître peut donner lieu à la gestion d'affaires. 76 et suiv.

CONTREBANDE. Serait illicite et ne produirait aucun effet le mandat donné pour faire la contrebande. 30.

CORRESPONDANCE. Le mandat peut résulter de la correspondance. 102. — Différent en cela de la vente et du louage, le mandat est parfait avant que les volontés soient respectivement connues. 109. — Dans quel lieu le mandat donné par correspondance est-il censé fait? 110. — Lorsque le mandat est donné par lettre, le silence implique-t-il acceptation? 149 et suiv. — La mise en demeure peut résulter des aveux contenus dans une correspondance. 509. — La ratification des actes du mandataire peut également en résulter. 609. — Après la révocation du mandat, le mandant ne peut retirer la correspondance des mains du mandataire. 428, 768.

COURTIER. Sa différence avec le commissionnaire. 66, 69. — Était appelé autrefois *courratier*. 68. — Est un mandataire. 68, 245. — N'a pas de compte à rendre. 66.

D

DEFINITION. Celle du mandat. 5. — Inexactitude de celle donnée par l'art. 1984. 7, 8, 9. — Inconvénients d'une mau-

vaise définition lorsqu'elle est donnée par le législateur. 7.
DÉLAI. Lorsqu'un délai a été assigné, le mandat ne peut être rempli après délai. 111. — Dans le cas contraire, le mandant ne peut pas répudier, vis-à-vis les tiers, l'opération, quoique tardivement faite. 111. — Il a seulement selon les cas un recours contre son mandataire. 111. — Si c'est le mandataire qui offre ses services, ses offres subsisteront tant qu'elles n'ont pas été révoquées. 113. — Exception. 113.

DÉPÔT. Ses rapports avec le mandat. 53, 502, 419. — A la différence du mandat, est gratuit par essence. 154. — Le dépositaire n'est tenu, à la différence du mandataire, que de la faute lourde. 450, 390, 391. — Différence du dépôt et du mandat en ce qui concerne la substitution. 450.

DOL. Le mandataire doit accomplir le mandat sans dol. 336. (*Voy. Mandataire.*) — Le conseil donné frauduleusement donne ouverture à une action. 15. — Le mandataire coupable de dol n'a pas droit à des honoraires. 635.

DOMESTIQUE. Cas où il doit être considéré comme mandataire tacite de son maître. 134, 603.

DONATION. Un mandataire général ne peut pas en accepter. 295. — Ni en faire. 296. — Mais il peut donner de simples gratifications. 296.

DROIT ROMAIN. Le mandat, dans l'origine, n'engendrait aucun lien de droit. 4. — Le mandant fut longtemps, pour les tiers, dépouillé de tout rôle actif ou passif. — Progrès à cet égard. 4, 41, 511. — Le mandat y était gratuit par essence. 155. — Lorsqu'un prix a été stipulé *ab initio*, l'agissement prend le nom de louage, pourvu toutefois que le fait soit de nature à être loué. 156. — Au contraire, lorsqu'il n'y avait pas de prix stipulé, l'agissement prenait le nom de mandat, que le fait fût ou non de nature à être loué. 168. — Exemples. 165 et suiv. — Lorsqu'un prix a été stipulé et que cependant le fait n'est pas de nature à être loué, l'agissement forme un contrat innomé. 156. — Exemples. 156, 160 et suiv. — Quelle était l'action du mandataire. 156. — Néanmoins on admettait pour le mandat l'honoraire *ex post facto*. 156. —

Quelle était alors l'action du mandataire? 156. — Le prix du louage s'appelait *merces*, le prix du mandat *honoraire*, salaire. 174. — L'agissement fait en vertu d'un mandat donné à une personne en puissance d'autrui ne réfléchissait pas contre le donneur d'ordre. 332. — Avant Justinien les mandataires étaient solidairement responsables. 490 et suiv. — De l'agrimenseur en droit romain. 156, 199, 221.

E

ECHALAS. Leur achat est compris dans le pouvoir général d'administrer une vigne. 281.

EMPRUNTS. Dans quelle limite peuvent-ils être faits en vertu d'un mandat général? 285 et suiv. — Le facteur ou mandataire spécial chargé de payer des ouvriers peut emprunter dans ce but en l'absence du maître. 319.

ÉTABLISSEMENT INCAPABLE DE RECEVOIR. Est nul le mandat de se charger de lui remettre des biens. 30. — Ne doit, dans aucun cas, être accompli. 427.

E

FACTEURS. Sont des préposés et ne peuvent être considérés comme mandataires que lorsqu'ils remplissent leur charge gratuitement. 236, 234.

FAILLITE. En cas de faillite, la cause du *negotiorum gestor* moins favorable que celle du mandataire. 91. — Le consentement donné dans les 10 jours qui précèdent la faillite ne rétroagit pas pour faire produire à la gestion d'affaires les effets du mandat. 92. — Le Code de commerce déclare banqueroutier frauduleux le failli qui a appliqué à son profit les fonds de son mandant. 505. — Le mandat se retrouve dans les fonctions des syndics des faillites. 55.

FAUTE. Voy. *Mandataire*. — De la faute lourde, légère et très légère, dans l'ancien droit. — 388. 389.

FEMME. Doit être, en certains cas, considérée comme mandataire tacite de son mari. 119. 137. — La femme mariée

peut être mandataire sans autorisation maritale. 335. Lorsque la succession du mandataire est dévolue à des femmes, sont-elles tenues des mêmes obligations que les autres héritiers? 836.

FERME. Le pouvoir général d'administrer une ferme comprend celui d'acheter les fumiers, les ustensiles aratoires, etc. 281. — De vendre récoltes, croûts des animaux, etc. 282. — D'emprunter pour réparations urgentes. 285. — Mais non d'hypothéquer pour cet emprunt. 286.

FIDÉJUSSION. Ses différences avec le mandat. 51, 52. — Surtout en ce qui concerne le bénéfice de discussion. 52. — Sa différence avec la convention *del credere*. 376.

FISC. Le droit fixe doit seulement être perçu dans le contrat intervenu entre le père et le professeur; c'est un mandat. 212.

FORCE MAJEURE. — Le mandataire n'est tenu de la force majeure que lorsqu'il est en faute. 308, 372, 413, 434, 450. — Dans quel cas il y a force majeure. 356, 357. — *Quid* dans le cas d'empêchements temporaires? 359. — *Quid* dans le cas d'empêchements absolus? 360, 314. — Cas où il peut alors se constituer *negotiorum gestor*. 361 et suiv. — Il doit, dans tous les cas, prendre des mesures conservatoires. 365, 471. — *Quid* dans le cas où la force majeure porte sur le mode d'exécution? 367. — *Quid* dans le cas où la force majeure empêche de continuer l'affaire commencée? 368. — *Quid* dans le où, le mandat étant exécuté, la force majeure empêche de livrer le chose? 370. — Exemple d'insolvabilité des débiteurs. 371. — Perte de la chose. 370. — *Quid* de la perte par force majeure d'espèces métalliques? 437 et suiv. — La preuve de la force majeure est à la charge du mandataire. 372. — Le mandataire peut prendre sur lui le cas de force majeure. 373. — Dans ce cas, il est tenu des faits du prince, notamment du séquestre. 377. — L'honoraire est-il dû quand une force majeure empêche la conclusion de l'affaire? 641 et suiv. — La force majeure peut mettre fin au mandat lorsqu'elle

détruit la chose. 314, 360, 759. — Ou lorsqu'elle place le mandataire dans l'impossibilité d'agir. 314, 759.

FORME (du mandat). La forme du mandat, c'est l'ordre lui-même avec ses qualités. 255. — Qualités extrinsèques et intrinsèques. 255. — Mandat impératif. 256. — On ne peut rien faire contre la forme du mandat. — Exemples. 261 et suiv., 400, 401, 403, 449. — Même pour mieux faire. 268. — Quid lorsque, s'écartant sur un point, le mandataire cause un préjudice, tandis qu'il fait des bénéfices sur d'autres? 403, 433. — On ne doit rien faire au delà de la forme du mandat. 269, 270, 271, 272. — Ni en deçà de la forme du mandat. 302, 303, 307. — Exception. 304. — On ne doit rien faire contre le mode d'exécution tracé dans le mandat. Exemples. 308, 367. Exception : équipollents. 310 et suiv. — Conséquents, antécédents, compléments. 319 et suiv., 327. — Mandat facultatif. Le mandataire jouit alors d'une plus grande latitude. 316, 354, 367, 404.

G

GESTE. Le mandat peut être donné par geste. 102.

GESTION D'AFFAIRES. A lieu à l'insu du maître ; différente en cela du mandat qui suppose un consentement exprès ou tacite. 70. — Autres différences. La gestion doit porter un caractère manifestement utile. 87, 88, 362. — En cas de faillite, la cause du gérant d'affaires moins favorable. 91, 92. — Le *negotiorum gestor* n'a pas d'action solidaire contre les maîtres dont il a géré l'affaire commune. 94. — Réciproquement, le maître n'a pas d'action contre les *negotiorum gestores* qui ont géré simultanément sa chose. 93. — Si le gérant est soumis aux obligations du mandataire, le maître n'est pas réciproquement soumis à celles du mandant. 94, 136. — La gestion d'affaires ne perd pas toujours son caractère par cela seul que le maître l'a connue et approuvée. 72, 131, 619. — La ratification donnée dans les dix jours qui précèdent la faillite ne rétroagit pas pour faire produire à la gestion d'affaires les effets du mandat. 92. — L'a-

gissement fait en vertu d'un mandat nul peut devenir gestion d'affaires. 74. — Quid de la gestion en dehors des termes du mandat? 74, 298, 299, 315. — De celle faite malgré la défense du mandant? 75. — État de la controverse. Distinction. 76 et suiv. ; 79 et suiv., 708. — Le *negotiorum gestor* n'a d'action qu'en cas de réussite, lorsque sa gestion a eu lieu contre le gré du maître. 85. — Dans le cas contraire, il a droit au remboursement des impenses utiles et nécessaires, toutes les fois qu'il a bien administré, peu importe la réussite. 86, 90. — La gestion d'affaires peut toujours être prouvée par témoins. 145, 147. — Responsabilité du *negotiorum gestor* qui s'est substitué quelqu'un. 450. — Le maître doit au gérant d'affaires l'intérêt de ses avances. 680. — A plus forte raison lorsqu'il y a eu ratification. 681.

GRAVEUR. Sa profession ne saurait donner lieu au contrat de louage, à moins qu'il ne la déshonore par des productions obscènes. 222.

H

HONORAIRE. Est propre au mandat, le prix est propre au louage. 171 et suiv., 182, 201. — Plus l'honoraire est faible eu égard au service rendu, plus on se rapproche de la nature du mandat, et vice versa. 173. — L'honoraire n'est pas dû en principe au mandataire. 11. — Excepté en droit commercial. 229, 240, 244, 249, 631. — L'usage peut, dans le silence de la convention, attribuer un salaire au mandataire. 249, 630. — Même en fixer la quotité. 631. Les honoraires ne dépendent pas du succès. 251, 633. — A moins de convention. 252, 634. — Ils donnent ouverture à une action. 253. — Prescriptible par trente ans. 630. — Dans tous les cas, les honoraires d'un mandataire, même stipulés, sont sujets à règlement par les tribunaux. 246, 247, 632. — Des honoraires sont-ils dus lorsqu'une force majeure empêche la conclusion de l'affaire? 641 et suiv. — Quid lorsque le mandat est révoqué? 652. — Le mandataire, dans le cas de dol, n'a pas droit à des honoraires. 635. — Le mandataire n'a droit qu'à ses honoraires

sans pouvoir retenir aucun des profits directs ou indirects provenant du mandat. 416.

HUISSIER. Devient mandataire tacite par la remise de la grosse d'un acte. 119. — Sa profession ne peut donner lieu au contrat de louage. 218.

HYPOTHÈQUE. Ne peut être consentie en vertu d'un mandat général; même pour réparations urgentes. 286. — La procuration donnée par un père de consentir au mariage de sa fille et de régler les clauses et conditions du contrat emporte le pouvoir de consentir une hypothèque pour la dot. 319.

I

INDIVISIBILITÉ. Quelquefois, lorsque la solidarité ne peut être invoquée en matière de mandat, on peut invoquer l'indivisibilité. 697.

INSOLVABILITÉ. Le mandataire qui a traité avec des personnes *in bonis* n'est pas tenu de leur insolvabilité future. 371, 406.

INSTITUTEUR. Ce qu'il était chez les Romains. 234, 512.

INTÉRÊTS. Le mandataire doit l'intérêt des capitaux et l'intérêt des intérêts appliqués à son profit. 418, 498, 499. — A moins qu'il ne soit autorisé à s'en servir. 501. — Outre ces intérêts, doit-il restituer tous les profits qu'il a pu faire *nomine proprio*? 419, 502. — *Quid* des intérêts illicites obtenus *nomine procuratorio*? 420, 422, 417. — La preuve de l'emploi des fonds de la part du mandataire est à la charge du mandant. 503. — Le mandataire doit les intérêts du reliquat de compte du jour où il est mis en demeure. 507. — Le mandant doit les intérêts des avances faites par le mandataire. 627, 674. — Ou par le gérant d'affaires. 680. — *Quid* de la caution? 683. — De l'associé qui a fait des avances pour la société? 682. — Du notaire qui a payé les droits d'enregistrement? 684. — Que doit-on entendre par avances? 677.

L

LETTRE DE CHANGE. Ses rapports avec le mandat. 55. — Le

mandat de payer que renferme une lettre de change n'est pas révoqué par la mort du mandant. 737.

LOUAGE D'OUVRAGES. Ses rapports avec le mandat. 54. — Ses différences. 164, 226, 227.

LETTRE. Voyez *Correspondance*.

LETTRES DE RECOMMANDATION. Ne doivent pas être confondues avec le mandat. Cas où elles en prennent le caractère et les effets. 44 et suiv.

LIVRE. Un commissionnaire qui refuserait la production de ses livres ne serait pas censé avoir rendu un compte régulier. 415.

M

MAIN. Chez les anciens, était le symbole de la fidélité. 3. — La main donnée et reçue indiquait une mission donnée et acceptée. 3.

MANDANT. Capacité du mandant. 329. — Il n'a pas d'action contre le mandataire lorsque le mandat est illicite. 31. — Ne peut répudier l'opération tardivement faite lorsque le mandat ne renferme pas de délai préfixe. 111. — Mais il a, dans ce cas, un recours contre son mandataire. 111. — Le mandant seul ou ses héritiers peuvent se prévaloir de l'inobservation du mandat. 328. — La seule réception de la chose de la part du mandant ne fait pas disparaître la faute du mandataire. 400. — Le mandant a droit d'exiger un compte. 39, 336, 414. (Voyez *Mandataire et Compte*.) — Droit du mandant, soit contre le substituant, soit contre le substitué. 446 et suiv. (Voy. *Substitution*.) — De la solidarité active ou passive en matière de mandat. 489 et suiv., 685 et suiv. (Voy. *Solidarité*.) — Le mandant a droit d'exiger l'intérêt des sommes employées par le mandataire à son profit, mais à charge de prouver l'emploi. 498 et suiv., 503. (Voy. *Intérêts*.) — Droits et devoirs du mandant lorsque le mandataire a agi *nomine procuratorio*. 510, 595, 596, 597. — Lorsque le mandataire a agi *nomine proprio*, les tiers n'ont pas d'action contre le mandant.

519, 522, 535, 600. — De même lorsqu'il est sorti des limites de la procuration. 598. — A moins que les termes de la procuration n'aient induit les tiers en erreur. 604. — Autres exceptions. 602. — Ou que les actes du mandataire n'aient été ratifiés. 601. (Voy. *Ratification*.) — Réciproquement, le mandant n'a pas d'action contre les tiers lorsque le mandataire a agi *nomine proprio*. 522, 529, 535, 607. — Seulement, il peut obliger le mandataire à lui céder ses actions. 523. — Lorsque le mandat est expiré, les actes du mandataire ne lient pas le mandant. 762. — Exceptions. 726, 752, 755, 817 et suiv. — La preuve de la fraude est à la charge du mandant qui prétend que les actes passés par son mandataire sont antidatés. 763. — Du mandant qui a donné ordre de prendre une assurance. (Voyez *Assurance*.) — Application de la règle : En fait de meubles possession vaut titre. 529, 607. — Le mandant doit payer au mandataire ses avances *utiles et nécessaires*. 621, 625. — Pourvu qu'elles aient été faites de bonne foi. 624. — Peu importe le succès de l'affaire. 628. — *Quid* des avances faites pour honoraires à un mandataire substitué? 640. — La convention peut modifier ces règles. 629. — Le mandant doit également les intérêts des avances, même au gérant d'affaires. 627, 674, 680. — Que doit-on entendre par avances? 677. — Le mandataire doit prouver l'époque des avances. 679. — Il doit avoir agi *nomine procuratorio* et non *nomine suo*. 684. — Le mandant doit payer les honoraires. 630. (Voyez *Honoraires*.) — Il doit indemniser le mandataire de ses pertes. 654. — Lorsque ces pertes ont été *inséparables* de la gestion. 660, 662 et suiv. — Ou que les pertes proviennent de la faute du mandant. 670. — Le mandat salarié modifie-t-il ces principes? 671, 672. — Les pertes arrivées par la faute du mandataire ne sont pas dues. 673. — Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble. 764. — Il doit, dans ce cas, retirer la procuration et les pièces de l'affaire. 766 et suiv. — Mais il n'a pas le droit de retirer les lettres. 768.

MANDAT. Sa base philosophique. 1. — Le mobile originaire

du mandat est dans l'amitié. 2-153. (Voy. *infra*.) — Étymologie du mot mandat. 3. — Extrêmement rare dans les civilisations peu avancées. 4. — Dans l'origine n'engendrait, en droit romain, aucun lien de droit. 4. — Il se compose de deux éléments. 106. — Double signification du mot mandat. 6. — Critique de la définition donnée par le Code. 7, 8, 33, 519 et suiv., 530. — Autre critique. 9, 13, 28, 336. — Définition du mandat. 5. — C'est un contrat consensuel. 10. — Synallagmatique imparfait : conséquences. 11, 105, 107, 109, 707, 721, 764. — Renferme une obligation de faire qui ne peut être confondue avec des services purement bénévoles : conseils d'avocat, d'ami, de notaire, etc. 14 et suiv. — Ne peut être donné pour une affaire terminée. 29. — Ni pour une affaire illicite. 30. — En ce cas le mandat ne produit aucune action en justice, à moins de bonne foi. 31. — Le mandat doit avoir un but utile pour le mandant. 32. — N'exige pas que le fait soit de ceux que le mandant pourrait faire par lui-même. 33. — Il n'y a pas de mandat dans l'intérêt seul du mandataire. 34, 37. — Mais il peut y être intéressé en partie. 35. — Le mandat, quoique donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers, est valable. 36. — Différence du mandat avec l'ordre donné à une personne qu'on a sous sa dépendance. 41, 42. — Du mandataire avec le prête-nom. 43. — Du mandat avec la *recommandation*. 44 et suiv. — Dans le doute, le mandat ne se suppose pas. 50. — Caractère distinctif du mandat et de la fidéjussion. 52. — Rapports du mandat avec la société. 53. — Avec le dépôt. 53. — Avec le louage d'ouvrages. 54, 58. — La convention *del credere* ne dénature pas le mandat. 378. — Son mélange avec d'autres agissements. 55, 57. — Prend dans le commerce le nom de commission, de préposition. 58. (Voyez ces mots.) — Définition et différence de ces deux contrats. 60 et suiv. — Différence du mandat et de la gestion d'affaires. 70. (Voyez *Gestion d'affaires*.) — Le mandat peut être conditionnel. 95. — Pour un certain temps. 95, 111. — Pour commencer d'ici à un certain temps. 95. — Peut être donné à plusieurs. 97. —