Du Mandat et de la commission, en droit romain, dans notre ancien droit et dans notre droit actuel... par Gustave Le [...]

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Le Jolis, Gustave. Du Mandat et de la commission, en droit romain, dans notre ancien droit et dans notre droit actuel... par Gustave Le Jolis,.... 1881.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

DU MANDAT

ET

DE LA COMMISSION

8° H
9245

CHERBOURG. — IMP. CH. SYFFERT, RUE DE LA DUCHÉ, 12 - 14

DU MANDAT

ET

DE LA COMMISSION

EN DROIT ROMAIN, DANS NOTRE ANCIEN DROIT
ET DANS NOTRE DROIT ACTUEL,
AVEC L'INDICATION, POUR LA PARTIE COMMERCIALE,
DES DIFFÉRENCES EXISTANT ENTRE NOTRE LÉGISLATION
ET LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

PAR

Gustave LE JOLIS

Avocat, Docteur en Droit,
Secrétaire de la Société des Sciences naturelles et mathématiques
de Cherbourg.

PARIS
A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS
Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats
G. PEDONE-LAURIEL, SUCCESSEUR
13, **rue Soufflot**, 13.

1881

DU MANDAT

INTRODUCTION

1. — S'il faut juger de l'utilité d'un contrat d'après le soin qu'on a mis à la faire valoir, le mandat doit incontestablement compter au nombre des plus nécessaires. « Usus procuratoris », dit Ulpien dans un passage reproduit au Digeste, « perquam necessarius est, ut qui rebus « suis ipsi superesse vel nolunt, vel non possunt, per « alios possint vel agere, vel conveniri (1). » Dans notre ancien Droit, la plupart des auteurs qui se sont occupés du mandat, commencent leur traité par constater son utilité. « Ce n'est pas peu de chose », écrivait Jean Papon au milieu du seizième siècle, « qu'en nos affaires, que ne « pouuons de nous mesmes manier, et despescher seuls, « nous ayons le secours d'autruy : car quelque vigilance et « industrie dont nous soyons asseurés, si sera-ce tousiours « vray, que l'un peut faire chose commodement, que l'au-

(1) Dig. III,III, *De procurat. et defens.*, 1 § 2, f. Ulp. — Voir également : Instit. IV,X, *De iis per quos agere poss.*, pr.

« tre ne peut, et que par autres nous pouuons despescher « affaires à nostre proffit, qui demeureroyent, si nous « n'estions secourus en celà. L'usage de ceci a faict en- « tendre aux hommes la commodité qu'il y a : dont a « procedé, que par coustume et droit receu tel contract « est approuué, et estimé bon et necessaire (1). » Enfin dans notre Droit actuel, lorsqu'il s'est agi de rédiger le titre du mandat, le conseiller d'Etat Berlier dans l'exposé des motifs (2), et le tribun Bertrand de Greuille dans son discours au Corps législatif (3), ont suivi cet exemple ; et leurs premières paroles ont été pour faire ressortir l'importance de ce contrat.

2. — Il serait en effet bien impossible de méconnaître, combien, sans le mandat, et si l'on était obligé de faire tout absolument par soi-même, le mouvement des affaires serait entravé. Cicéron l'a bien dit : « non possu- « mus omnia per nos agere (4). » Il y a des limites à l'activité humaine. L'homme, même de nos jours où les moyens de transport sont si perfectionnés, ne peut être partout à la fois pour veiller à ses intérêts. Un simple contrat suffira pour lui donner, dans une certaine mesure, le don de l'omniprésence. Par le mandat, une autre personne empruntera sa personnalité, et tous les actes qu'elle

(1) Jean Papon, *Les trois notaires*, Lyon, 1568, T. I, p. 144.— Voir aussi : Domat, *Les lois civiles*, 1756, liv. I, tit. XV, p. 127; Cormier, *Le Code du très-chrestien et victoricux Roi de France et de Navarre Henry IIII*, Rouen 1615, liv. XII, tit. II, chap. I, nº 3, p. 596.

(2) Favard de Langlade, *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code civil*, 4e édit. revue par Poncelet, T. I, p. 687.

(3) Ibid., p. 695.

(4) Cicéron, *Pro Roscio Amerino*, 38. Edit. d'Olivet. T. IV, p. 84.

fera au nom de son mandant seront réputés faits par ce mandant lui-même.

3. — Le mandat est aussi un secours accordé à celui dont les facultés ou les connaissances sont bornées. L'homme, au moyen de ce contrat, peut faire des choses que, par lui-même, il serait incapable d'accomplir; et nous voyons la loi, dans les cas où, soit à raison de leur jeune âge, soit à raison de la faiblesse de leur esprit, les intéressés sont hors d'état de confier à de plus capables le soin de leurs affaires, désigner elle-même ceux qui en seront chargés, ou du moins indiquer à quelles personnes appartiendra ce choix. Enfin, dans certains cas, la justice elle-même nomme des mandataires pour administrer les biens de personnes qui momentanément se trouvent dans l'impossibilité de pourvoir à leur gestion (art. 122, 497, C. civ.), ou pour les représenter dans certains actes déterminés (art. 113, C. civ.).

4. — Le mandat est d'ailleurs, de tous les contrats, celui qui se reproduit sous les formes les plus variées. On le trouve dans les fonctions, non-seulement des tuteurs et curateurs, mais aussi des envoyés en possession provisoire, des arbitres, des gérants de société, des agents de change, syndics de faillite, avocats, avoués, notaires, huissiers, etc.

On le retrouve également dans toutes les fonctions publiques. On peut même dire, qu'à ce point de vue, le mandat est indispensable. En effet, à côté de l'intérêt privé de chaque individu, il y a l'intérêt général de l'association ou nation dont il fait partie; cet intérêt général, bien que formé de la réunion de tous les intérêts privés, n'en est pas moins distinct; il est donc nécessaire que certains membres de la nation soient délégués, afin de veiller à cet intérêt général et donner une direction uni-

forme aux affaires intéressant le pays tout entier (1). Ceux-ci, à leur tour, par le fait de ce pouvoir qui leur est accordé, et par suite de l'étendue et de la multiplicité des opérations nécessitées par cette mission qui leur est confiée, doivent charger des agents d'accomplir, dans certaines limites, une partie déterminée de ces opérations. Ainsi les préfets, sous-préfets et autres fonctionnaires administratifs ne sont que des délégués du pouvoir exécutif pour remplir les fonctions qui leur sont assignées par lui.

5. — Mais l'ensemble du mandat, envisagé de cette manière, est beaucoup trop vaste pour l'étendue de notre travail. Nous laisserons donc de côté le mandat politique et administratif, qui est soumis à des règles spéciales, et même le mandat judiciaire et le mandat légal, et nous nous bornerons à étudier le mandat conventionnel en général, sans descendre dans les règles particulières à chacune des professions, dans lesquelles il peut se rencontrer; nous l'examinerons successivement dans le Droit romain et dans notre Droit actuel, en notant, en outre, les quelques innovations introduites par notre ancien Droit français. Nous étudierons enfin la commission, ce contrat si utile au commerce et dont l'origine remonte à peine à quelques siècles, et nous comparerons les dispositions qui y sont relatives dans notre Droit, avec celles qui se trouvent édictées dans les principales législations étrangères.

(1) Le fait de cette représentation ressort des termes mêmes employés dans les actes émanant du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire : « Au nom du Peuple Français. »

DROIT ROMAIN

I.

DU MANDAT AD NEGOTIA

PRÉLIMINAIRES

6. — La place qu'occupe le mandat dans la classification des contrats que nous donnent les Instituts de Justinien, peut servir déjà à nous indiquer une chose; c'est que le mandat, du moins comme contrat, ne fut reconnu qu'assez tard par la législation romaine. Il fait en effet partie de ces contrats du droit des gens qui se forment par le seul consentement, sans aucune de ces paroles solennelles, de ces formalités compliquées, dont la loi antique environnait tous ses contrats. Aussi, si nous consultons le plus ancien monument des lois romaines dont les fragments nous soient parvenus, nous cherchons vainement le mot de mandat, ou même une phrase qui puisse indiquer que ce contrat si nécessaire fût alors en usage.

7. — Mais si, à cette époque, le mandat n'existait pas en droit, du moins existait-il en fait?

Si nous remontons aux premiers âges de Rome, nous trouvons des hommes de fer, race guerrière toujours les armes à la main pour combattre et subjuguer les peuples voisins. La force brutale préside à tous leurs actes ; la propriété pour eux s'appelle *mancipium* (*manu captum*), et la lance, qui longtemps après devait encore servir de symbole même dans les actes les plus juridiques (1), est le moyen ordinaire de l'obtenir.

On comprend facilement qu'à cette époque, où régnait à peu près uniquement la loi du plus fort, le mandat, qui *originem ex officio atque amicitia trahit*, ainsi que le dit Paul (2), devait être peu mis en pratique. Chacun, sans aucun doute, était trop occupé du soin de ses propres intérêts, pour prendre en main la cause de plus faibles que lui.

8. — Même à une époque plus avancée, alors que nous trouvons de véritables contrats, l'existence du mandat, mais pour une autre cause, est encore impossible. La propriété ne s'acquiert plus, il est vrai, à la pointe de la lance, mais il faut toute une pantomime, dont les détails sont rigoureusement réglés, et qui, à peine de nullité complète, ne peut avoir lieu qu'en présence des parties, outre les cinq témoins et le *libripens*. Les paroles qui forment la loi du contrat (*lex mancipii*) sont également solennelles, et ne peuvent sortir que de la bouche des contractants eux-mêmes. Plus tard, on simpli-

(1) Longtemps après ces temps barbares, ou passait une lance sur la tête de la mariée, en signe de la puissance (*manus*) qu'acquérait le mari. (Festus v° *celibari*; Ortolan, *Explic. historique des Instituts*, T. I, p. 82).

(2) Dig. XVII, I, *Mandati vel contra*, 1 § 4, f. Paul.

fie; les formalités du pesage ne sont plus nécessaires, on se contente des paroles solennelles. Le contrat se forme alors par interrogations suivies de réponses conformes : *Spondesne?— Spondeo*. Mais là encore, il est impossible de prononcer pour un autre les paroles consacrées. Seuls, l'esclave et le fils de famille peuvent stipuler pour le *paterfamilias*; mais c'est que ni l'esclave, ni le fils de famille, ne constituent une personnalité distincte de celle du chef de famille. En dehors de là, la règle est absolue : *per extraneam personam nihil adquiri posse* (1).

9. — En effet, pour une civilisation peu avancée, où on ne peut se dégager des formes matérielles, la substitution d'une personne à une autre doit paraître impossible. Il est d'ailleurs à remarquer que les Romains primitifs étaient des hommes à moitié barbares, par conséquent défiants et soupçonneux, et qu'ils devaient hésiter à confier à des mains étrangères le soin de leurs intérêts (2).

Le mandat exige une grande confiance de la part du mandant, et beaucoup de générosité et de désintéressement de la part du mandataire. « Non possumus omnia « per nos agere. Alius in alia est re magis utilis. Idcirco « amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis « officiis gubernetur (3). » Or ce n'est que la civilisation qui peut produire cet échange de services et de bons procédés.

10. — On comprend facilement d'ailleurs, que sous la loi des XII Tables, dans une législation qui traitait les dé-

(1) Gaius, *Comment.* II § 95. — Voir : Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 130.

(2) Troplong, *Du mandat*, n° 4.

(3) Cicéron, *Pro Roscio Amerino*, 38. Edit. d'Olivet, T. IV, p. 84.

biteurs d'une façon aussi dure, qui donnait au créancier non payé droit de vie et de mort sur la personne du débiteur (1), on devait hésiter à contracter des obligations, dans des cas surtout où on ne devait soi-même en retirer aucun avantage.

11. — Ce n'est donc qu'à une époque où la civilisation, déjà avancée, aura adouci les mœurs et où la législation aura, sinon rompu complètement avec ce formalisme étroit exigeant la présence réelle des parties, du moins accordé une plus large place aux contrats du droit des gens, que nous verrons paraître et se développer le contrat de mandat.

Un point qui ne saurait faire de doute, et qui résulte forcément de la nature des choses, c'est que, avant d'être admis et sanctionné par le droit civil, le mandat devait exister déjà dans les mœurs et les usages. Ce n'est pas la loi qui lui a donné naissance, nous dit Paul; il doit son origine aux bons offices de l'amitié. Entre le mandant et le mandataire, aucun lien civil n'existait sans doute, mais le serrement de leurs mains, *symbolum fidei datæ* (2), faisait naître entre les deux parties, des obligations morales et réciproques de bonne foi et de fidélité. « Olim « enim talis non erat, sed tantum negotium, quod inter « amicos intercedere solebat, et non obligationem perfec- « tam, cum coactione conjunctam, producebat, sed imper- « fectam, quia contra honestatem et leges amicitiæ pec- « care videbatur, qui amici spem destitueret (3). »

(1) *Tertiis nundinis partis secanto.* (*Lex duodecim Tabul.*, III, VI).

(2) Pothier, *Traité du contrat de mandat*, Art. prélim. Edit. Dupin, T. IV, p. 207.

(3) Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem Instit.*, lib. III, tit. XXVII, § 953, Edit. Dupin, T. II, p. 277.

En effet la formation du mandat, si l'on s'en rapporte à l'étymologie du mot (*mandatum* de *manus data*) et aux passages des anciens auteurs,avait alors un certain caractère symbolique.

« Hæc per dexteram tuam, te dextera retinens manu,
« Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam ego sum tibi (1).»

« Cedo dextram : porro te oro idem ut facias, Chreme (2).»

12. — On n'avait donc, dans le principe, d'autres garanties que la loyauté du mandataire; mais lorsque les Romains comprirent l'utilité du mandat, et que, par l'introduction dans la législation des contrats du droit des gens, on put, dans un grand nombre de cas, se dispenser d'agir en personne, la loi civile le réglementa à son tour, et transforma les obligations morales en obligations civiles, dont l'exécution put être poursuivie par des actions spéciales.

(1) Plaute, *Captiv.*, v. 376 et 377. Edit. Panckoucke, T. III, p. 62.

(2) Térence, *Heautont.*, act. III, sc. 1, v. 84. Edit. Panckoucke, T. III, p. 74. — V. aussi : Ortolan, *op. cit.*, T. II, p. 315; Troplong, *op. cit.*, n° 3; De Loy, *Pactorum ac contractuum idea*, 3e édit. 1679, liv. XIII, tit. I, p. 272.

Cette étymologie se retrouve aussi dans les langues slaves. En Russe, la syllabe *routch* des mots *poroutchenié* (commission) et *preporoutchitel* (commettant), vient de *rouka* qui signifie *main*. Dans le mot *povèrennyi* (commissionnaire, mandataire), *vèr* vient de *vèra* (foi, croyance) ou *vèritt* (croire, se fier).

CHAPITRE PREMIER.

CARACTÈRES DU MANDAT.

13. — Nous ne trouvons, ni dans le Digeste, ni dans le Code, ni dans les Instituts, la définition du mandat ; mais cette lacune a été comblée par les commentateurs. Voici la définition que donne Heineccius : « [Mandatum] est con-« tractus consensualis, quo negotium honestum, ab alio « ex fiducia commissum, gratis administrandum geren-« dumque suscipitur (1). »

Nous voyons dans cette définition les éléments essentiels et constitutifs du mandat. Ainsi, il faut : 1° une affaire

(1) Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis sec. ordinem Instit.*, lib. III, tit. XXVII, § 953. Edit. Dupin, T. II p. 277 ; *Éléments du droit civil romain*, traduit par Berthelot, 2e édit., T. III, § 953, p. 302. — Cujas donne les deux définitions suivantes : « Mandatum est conventio, qua roganti « fides datur procurandi aliquid sine mercede. » (*Paratit. in lib. XVII, I, Dig.*); — « Mandatum est conventio, qua is qui « quid rogatur procuratoris animo, id se recipit, gratuito datu-« rum facturumve. » (*Paratit. in lib. IV, XXXV, Cod.*).— De Ferrière définit le mandat : « Contractus nominatus, bonæ fidei, « synallagmaticus, solo consensu constans, quo negotium gra-« tuito gerendum suscipienti procuratori committitur. » (*Nova et methodica juris civilis tractatio*, 2e édit. 1734, T. I, p. 221). — Corvin (*Digesta per aphorismos strictim explicata*, Amsterdam, 1649) donne une définition à peu près semblable au titre *Mandati vel contra*, p. 231. — Voir aussi la définition donnée par Pothier, *Pandect. Mandati vel contra*, n° 1.

à gérer ; 2° deux personnes capables, l'une de donner, et l'autre de recevoir cette fonction; 3° leur consentement; 4° la gratuité. Nous allons examiner successivement chacun de ces éléments.

§ I. — DES AFFAIRES QUI PEUVENT FAIRE L'OBJET DU CONTRAT DE MANDAT.

14. — La première condition pour qu'un contrat soit possible, c'est qu'il ait un objet : pour qu'il y ait mandat, il faut donc une affaire à gérer ; et si, au moment où le contrat intervient, la chose qui devait en faire l'objet est déjà exécutée, le mandat est nul. *Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait* (1).

15. — L'office du procureur ou mandataire , est généralement exprimé par ces mots : *gerere negotia, negotia administrare.* Ces expressions se retrouvent dans la définition même du procureur, donnée par Ulpien : *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat* (2).. Dans quel sens faut-il entendre ces mots ? Il est évident qu'ils s'appliquent à tous les cas où il s'agit de diriger soit un ensemble d'affaires, soit une affaire spéciale, et ce, dans l'acception la plus étendue (3). C'est ainsi que nous voyons qu'un beau-père qui charge son gendre d'entretenir sa fille, a contre lui l'action de mandat (4). Mais il peut y avoir aussi mandat dans des cas même où il s'agit d'exécuter un travail manuel, tant que ce travail n'est pas rétribué par un salaire quelconque. Les Instituts

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 § 14, f. Ulp.
(2) Dig. III, III, *De procur. et defens.*, 1, pr., f. Ulp.
(3) De Loy, *op. cit.*, liv. XIII, tit. I, p. 273.
(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 60 § 3, f. Scævola.

nous en fournissent un exemple frappant. *Si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio* (1).

16. — En second lieu, il faut que l'affaire soit licite et honnête : *Rei turpis nullum mandatum est* (2). Le mandat qui aurait pour but un meurtre ou un vol, n'engendrerait donc d'obligation ni pour l'une ni pour l'autre des parties (3). Et quand bien même l'affaire en elle-même n'aurait rien de contraire aux lois, si le motif pour lequel le mandat est donné est déshonnête, et tel qu'on ne puisse s'en charger sans manquer aux règles de la probité et de l'honneur, le mandat est encore nul (4).

17. — Toutefois, si le mandataire était de bonne foi, et avait un juste motif d'ignorer que le mandat qui lui était donné avait une cause honteuse, ou portait sur un fait défendu par la loi, on devrait considérer le mandat comme valable, au moins à son égard. C'est ce qui ressort clairement d'un texte d'Ulpien (5).

18. — Ces principes généraux posés, recherchons

(1) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 13.— Sic: Gaius, *Comment.*, III, § 162. — Le louage de services touche donc au mandat de la façon la plus étroite. Aussi voyons-nous Cujas dire, bien que la chose ne soit pas toujours d'une grande exactitude : « conductio est procurationis species. » (*Comment. in lib. I, responsa. Papin. ad leg. 6 § 2, de decur. et eor. fil.*).

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 3, f. Ulp.

(3) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 7; Gaius, *Comment.*, III, § 157 ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 22 § 6, f. Paul.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 § 11, f. Ulp. — Pothier, *Pandect.*, *Mand. vel contra*, n° 3 ; *Du contrat de mandat*, n° 8, Edit. Dupin, T. IV, p. 211.— Borcholten, *In quatuor Inst. libros comment.*, Genève, 1628, p. 525.

(5) Dig. *ibid.*, 12 § 13, f. Ulp.

pour quels actes le mandat est possible, dans quel cas une personne peut agir par procureur.

On peut dire d'une façon générale, que dans tous les contrats du droit des gens, un tiers peut agir pour autrui; de telle sorte que plus nous avançons dans la législation romaine, plus les contrats de pur droit civil cèdent la place aux contrats du droit des gens, plus aussi la possibilité d'agir par procureur se trouve étendue.

Mais à l'égard des contrats et des actes du droit primitif qualifiés de *légitimes*, la présence réelle des parties est toujours exigée. Il en est ainsi pour le testament, l'adrogation, qui se faisaient primitivement dans les comices; pour la *cessio in jure*, la manumission par la vindicte (1), l'adoption, la mancipation, la crétion et l'acceptilation (2).

19. — Pour un certain nombre de ces actes, si on ne pouvait directement les faire par procureur, les Romains, toujours habiles à éluder les exigences du droit strict, étaient parvenus au même résultat au moyen d'un détour; et Averanius a pu dire avec raison : « Veteres ne recederent a regulis juris, sæpenumero « his circuitionibus utebantur (3). »

Pour l'acceptilation, par exemple, le procureur stipulait en son nom du débiteur, faisait ainsi la novation de ce qui était dû au mandant, et, par cette novation la créance étant devenue sienne, il pouvait l'éteindre par l'acceptilation (4).

(1) Cod. VII, I, *De vindict. libert.*, 3, const. Diocl. et Maxim.
(2) Cujas, *Comment. ad leg. 14, tit.* I, *lib.* II, *Dig.* — *Observat.*, lib. I, cap. XXXIV, et lib. XV, cap. XVI.
(3) Averanius, *Interpret. jur. libri quinque*, 3e édit. Lugd. 1753, lib. I, cap. XII, nº 54, T. I, p. 166.
(4) Dig. XLVI, IV, *De accept.*, 13 § 10, f. Ulp. — Cujas, *Obser-*

20. — Il en était de même pour la mancipation. Le procureur achetait le fonds du mandant, puis il le vendait à son tour à l'acheteur véritable. Telle était la marche suivie dans la pratique, ainsi que nous le voyons d'après un passage de Cicéron : « Vestorius ad me scripsit, ut « juberem mancipio dari servo suo pro mea parte Hete- « reio cuidam fundum Brinnianum, ut ipse ei Puteolis « recte mancipio dare posset (1). » De même aussi, pour permettre au procureur d'affranchir un esclave, le maître le lui mancipait auparavant (2).

21. — Pour l'adition d'hérédité, un procédé à peu près semblable devait être employé, ont prétendu certains commentateurs (3). « Ait enim [Rævardus], interposita fiducia, « hoc fieri potuisse. Nam si heres mancipasset heredi- « tatem procuratori suo, adjecta remancipationis clausula, « hoc est, ea fiducia, eaque lege, ut adquisitam heredi- « tatem remanciparet heredi ; procurator poteret adire, et « per aditionem sibi adquirere hereditatem quam postea « tenebatur mancipare heredi , seu in eum mancipio « transferre (4). »

D'autres auteurs sont même allés beaucoup plus loin, et ont soutenu que l'adition d'hérédité pouvait être faite directement par procureur, argumentant de ce fait qu'aucun texte ne le défendait, et qu'au contraire il était permis

vat., lib. XV, cap. XVI, et lib. V, cap. XXXIII.; *Comment. in lib.* XXVIII, *quæst. Papin, ad leg. 77 de reg. jur.*

(1) Cicéron, *Ad Atticum*, epist. 48, lib. XIII. La plupart des éditions modernes donnent *ut juberem mancipio dare servum suum;* cette lettre est la 637e de l'édit. Panckoucke (T. XXIV des œuvres compl. et T. VII des lettres, p. 149), et la 652e de l'édition de M. Nisard, T. V, p. 523.

(2) Cujas, *Observat.*, lib. XV, cap. XVI.

(3) Rævardus, *De auctoritate prudentum*, Anvers 1566, p. 40.

(4) Averanius, *op. cit.*, lib. I, cap. XII, nº 46, p. 163.

expressément de recevoir par procureur une succession fidéicommissaire ainsi qu'une succession prétorienne (1).

22. — Le second système est inexact sans aucun doute, si l'on suppose que l'adition doit être faite par la déclaration sacramentelle, appelée crétion. La crétion est en effet un acte solennel ; et s'il était interdit à un tuteur de faire cette crétion pour son pupille, à plus forte raison un procureur ne pouvait la faire pour autrui.

Quant au moyen détourné indiqué plus haut, il ne pouvait être employé, puisque, jusqu'à l'adition, l'héritier externe est complètement étranger à la succession ; il ne peut donc céder sur l'hérédité des droits qu'il ne possède pas (2). Ulpien dit, il est vrai, « si antequam adeatur « hereditas, in jure cessa sit, proinde heres fit, cui cessa « est, ac si ipse heres legitimus esset (3), » mais il parle uniquement de l'héritier légitime, c'est-à-dire de l'héritier sien et nécessaire, qui est saisi *ipso jure* de la succession, par la mort du *de cujus*.

Dans un cas cependant, ce procédé était possible; c'était lorsqu'il y avait plusieurs héritiers. L'un d'eux pouvait s'entendre avec les autres, négliger de faire la crétion en temps voulu : sa part accroissait alors à ses cohéritiers, qui pouvaient ensuite la lui transmettre au moyen d'une cession.

23. — A l'époque de Justinien, la crétion avait depuis longtemps déjà disparu, et avec elle le caractère solennel de l'adition d'hérédité; il suffisait d'un simple consentement, soit tacite, soit verbal.

(1) Duarenus, cité par Averanius, *loc. cit.*, n° 43, p. 161.

(2) Averanius, *loc. cit.*, n° 47, p. 163. Et en outre ce serait une *cessio in jure*, et non une mancipation, qu'il faudrait employer en pareil cas.

(3) Ulpien, *Regul.*, tit. XIX, *De domin. et adquis. rer.*, § 14.

Un procureur pouvait-il néanmoins donner ce consentement ? Nous ne le pensons pas ; mais est-ce pour ce motif que l'adition, du temps de Justinien, est un acte légitime? A notre avis, c'est parce que l'hérédité ne peut être acquise à l'héritier, et par suite l'adition ne peut être valable, qu'autant que la volonté de l'acquérir existe pour cet héritier (1). Prenons un exemple dans le Digeste, pour mieux éclairer notre pensée(2). Une personne charge quelqu'un de demander pour elle une possession de biens, s'il le juge à propos; avant que la demande ne soit faite, le mandant devient fou; le procureur fait ensuite sa demande; la possession de biens, autrement dit, l'hérédité n'est pas acquise au mandant; il faudra qu'il ratifie. Donc, même pour la possession de biens qui peut être acquise par procureur, la seule volonté de ce procureur ne suffit pas; il faut dans le mandant l'intention d'être héritier. Sans doute la *bonorum possessio* peut être demandée par un procureur même sans mandat spécial, et peut être ratifiée ensuite par le mandant; mais s'il en est ainsi, c'est parce qu'il faut deux choses pour l'obtenir, *factum petitionis, et voluntas heredis*. La première est l'œuvre du procureur : la deuxième est complétée par la ratification. Au contraire, dans l'adition d'hérédité, la dernière seule est nécessaire, et rien ne peut la remplacer (3).

(1) Dig. XXIX, II, *De adquir. vel omitt. hered.*, 6, pr. et 25 § 4, ff. Ulp.— Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 10 § 1, f. Gaius.

(2) Dig. XXIX, II, *De adquir. vel omitt. hered.*, 48, f. Paul.

(3) Cod. VI, XXX, *De jure deliber.*, 5, const. Valer. et Gallien. — Voir : Hotoman, *Quæstionum illustrium liber*, Lyon, 1579, p. 217.

24. — Ceci posé, examinons les différentes hypothèses qui peuvent se présenter.

Le procureur a-t-il une procuration générale, il ne peut accepter une hérédité, puisque ce n'est pas un acte d'administration.

S'il a une procuration générale à l'effet d'accepter toutes successions qui pourront être déférées, une pareille procuration est insuffisante, parce que, pour être valable, la volonté d'accepter doit porter sur une hérédité déterminée. Telle est la décision donnée par Ulpien (1).

Si la procuration est spéciale, mais a été donnée avant la mort du *de cujus*, elle est nulle, parce qu'on ne peut valablement accepter une succession future (2).

Si, d'un autre côté, nous supposons la procuration postérieure à cet évènement, elle est inutile, puisque le mandat d'accepter n'est autre chose qu'une acceptation; « si mandat procuratori, ut adeat, hoc ipso adit ipse hereditatem (3). »

La question ne peut donc présenter d'intérêt, que dans le cas où l'héritier chargerait une personne d'examiner l'état de la succession, et d'accepter ou de refuser en son nom, suivant qu'elle sera avantageuse ou mauvaise. Si la volonté de l'héritier est toujours la même, nous croyons que l'acceptation du procureur sera valable : mais pourquoi ? C'est qu'en réalité, même dans ce cas, c'est l'héritier qui accepte, qui a la volonté, et le procureur ne fait que déclarer cette volonté. Or c'est par la volonté, *etiam*

(1) Dig. XXIX, II, *De adquir. vel omitt. hered.*, 25 § 5, f. Ulp.

(2) Dig. *ibid.*, 25 § 6, f. Ulp.; Inst. II, XIX, *De hered. qualit. et differ.*, § 7.

(3) Averanius, *loc. cit.*, n° 13, p. 151; Demolombe, T. XIV, n° 355 bis.

nuda voluntate suscipiendæ hereditatis (1), et non par la déclaration, que l'on devient héritier.

§ 2. — ENTRE QUELLES PERSONNES PEUT INTERVENIR LE CONTRAT DE MANDAT.

25. — Nous avons à nous occuper de cette question, tant au point de vue de ceux qui peuvent donner un mandat, qu'au point de vue de ceux qui peuvent le recevoir.

A. — Des personnes qui peuvent constituer un procureur.

26. — Pour pouvoir donner à une personne mandat de faire un acte, il faut avoir soi-même la faculté de l'accomplir (2); et, bien qu'en Droit romain, ainsi que nous le verrons, le mandataire ne représente pas la personne de son mandant, comme c'est, en définitive, le mandant qui doit profiter de l'acte, il faut que le droit d'en retirer l'utilité réside en sa personne. Ainsi, nous pouvons déjà éliminer une grande catégorie de personnes qui ne peuvent, en droit strict, avoir de procureurs : les esclaves. L'esclave n'ayant pas de personnalité propre, et acquérant tout à son maître, ne peut avoir de droits résidant en sa propre personne. Toutefois, à mesure que la civilisation avance, les maîtres laissent à leurs esclaves la disposition de quelques biens; et si, aux yeux du droit civil, le maître en est le véritable proprié-

(1) Inst. II, XIX, *De hered. qual. et diff.*, § 7; Cod. VI, XXX, *De jure deliber.*, 4, const. Decius, et 6, const. Diocl. et Maxim.; Dig. XXIX, II, *De adquir. vel omitt. hered.*, 20 pr., f. Ulp., et 88, f. Paul. — Cpr. sur l'hypothèse prévue : Dig. *ibid.*, 25 § 9, f. Ulp. — V. sur cette question Mühlenbruch, *op. cit.*, § 702.

(2) Pothier, *Pandect.*, *Mand. vel contra*, n° 5.

taire, le droit prétorien accorde cependant à l'esclave sur son pécule des droits presque aussi étendus qu'un droit de propriété et permet aux créanciers de celui-ci de poursuivre sur le pécule l'exécution des engagements qu'il a contractés envers eux. On était donc arrivé à reconnaître aux esclaves, jusqu'à un certain point, le droit d'avoir un procureur pour l'administration de leur pécule; c'est ce qui résulte d'un texte d'Ulpien (1); mais la capacité de ce procureur ne dépassait pas celle de l'esclave, et par conséquent il ne pouvait agir en justice.

27. — En dehors de l'administration de son pécule, l'esclave peut-il donner un mandat valable? Oui, en ce sens que l'esclave peut lier un mandataire envers son maître, de sorte que le maître recueillant le bénéfice du contrat passé par son esclave, peut forcer le mandataire à l'exécution des obligations par lui contractées. Aussi, en pareil cas, le procureur est le procureur du maître, et non celui de l'esclave.

On peut d'ailleurs tirer d'une constitution de Dioclétien et Maximien, une règle qui peut servir à indiquer si le mandat donné par un esclave est valable. Il ressort de cette constitution, que pour connaître la validité du mandat, il faut voir s'il aurait pu être donné par l'esclave, en le supposant libre, ou par son maître (2). C'est ce qui explique pourquoi le mandat par lequel un esclave charge une personne de l'acheter est nul, tandis que le mandat de l'affranchir, donné par le même esclave à son acheteur, est obligatoire pour celui-ci (3).

(1) Dig. III, III, *De procurat. et defens.*, 33 pr., f. Ulp. — Adde : Dig. XLVI, II, *De novat. et deleg.*, 34 pr., f. Gaius.

(2) Cod. IV, XXXVI, *Si servus extero*, 1, const. Diocl. et Maxim.

(3) Cod. *ibid;* Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 54 pr., f. Papin.

En effet, le premier de ces mandats n'aurait pu être donné par l'esclave, s'il avait été libre; il ne pourrait non plus émaner du maître, puisque le mandant ne peut charger d'acheter une chose qui lui appartient. Au contraire, un maître, en vendant son esclave, peut très bien charger l'acheteur de l'affranchir (1).

28. — Quant à celui, *qui de statu suo litigat*, il peut constituer un procureur, non-seulement pour gérer ses biens, mais aussi pour agir en justice : « Ratio est, « quia, pendente lite, est in quasi-possessione liberta- « tis (2). »

29. — Le fils de famille, qui, surtout dans le droit primitif, était à peu près assimilé à l'esclave au point de vue des droits de propriété, pouvait également constituer des procureurs pour l'administration de son pécule (3); et quand les empereurs lui eurent accordé la propriété complète des pécules *castrans*, et *quasi-castrans*, il put s'obliger, quant à ces pécules, exactement comme s'il était *sui juris*.

Nous verrons, plus loin, quels sont les effets des mandats donnés par les esclaves et les fils de famille.

30. — Examinons maintenant ce qui a trait aux personnes *sui juris*.

Toute personne *sui juris* peut, en général, donner un

— Nous ne voulons pas dire par là, bien entendu, que l'esclave a le droit d'agir contre l'acheteur pour se faire affranchir. Il en résulte seulement que le maître, ayant acquis par son esclave une action contre l'acheteur, peut l'intenter contre celui-ci afin qu'il exécute le mandat.

(1) Cfr. Pothier, *Pandect.*, *Mandati vel contra*, nº 7 et notes.

(2) Pothier, *Pandect.*, *De procurat. et defens.*, nº 18 et note. — Dig. III, III, *De procurat. et defens.* 33 § 1, f. Ulp.

(3) Dig. III, III, *De procurat. et defens.*, 8, f. Ulp.— Corvin, *op. cit.*, *ad eumd. tit.*, p. 96.

mandat. Un impubère le peut-il ? L'affirmative est démontrée par de nombreux textes (1); et en effet l'impubère peut toujours obliger les autres envers lui ; mais le mandat ne lui sera opposable qui si le tuteur a donné son autorisation (2).

Pour le mineur de vingt-cinq ans, l'assistance du curateur n'est même pas nécessaire (3), puisque, sauf dans un petit nombre de cas, le mineur possède une capacité complète.

31. — Nous avons dit que le mandat donné par un pupille assisté de son tuteur est valable ; mais lorsque le pupille est *infans* ou hors d'état d'agir, le tuteur peut-il nommer un procureur ? Bien que le tuteur soit apte à administrer les biens du pupille, et qu'il puisse agir pour son compte dans tous les contrats du droit des gens, et même faire pour lui dans certains cas des actes qualifiés de légitimes, il ne peut pas pourtant constituer un procureur (4). On a craint que le tuteur ne se déchargeât des fonctions qui lui étaient imposées, pour les confier à une personne que ne pouvait atteindre le *judicium tutelæ*, et qui n'avait donné aucune garantie. Le tuteur peut cependant nommer un agent ou *actor*. A la différence du procureur, l'*actor* était, par décret du préteur ou du président de la province, constitué pour toutes les affaires de la tutelle, et il agissait aux risques du tuteur (5).

Les mêmes règles sont applicables au curateur.

(1) Cod. II, XIII, *De procur.*, 11, const. Alexandre; Cod. II, XXVII, *Si advers. rem judic.*, 4, const. Diocl. et Maxim.; Dig. IV, IV, *De min.vig.ann.*, 23, f. Paul.

(2) Inst. I, XXI, *De auct. tut.*, pr.— De Loy, *op. cit.*, liv. I, tit.V, p. 22.

(3) Cujas, *Comment. in lib.* XII *Resp. Papin., ad leg. 3 rem rat. hab.*

(4) Cod. II, XIII, *De procurat.*, 11, const. Alexandre.

(5) Inst. I, XXIII, *De curat.*, § 6.

B. — De ceux qui peuvent être procureurs.

32. — De même que dans le paragraphe précédent, nous allons étudier d'abord la capacité des personnes *alieni juris*.

Quant aux esclaves, il est hors de doute qu'ils ne peuvent recevoir d'un étranger un mandat à l'effet d'administrer ses biens, de vendre ou d'acheter. En effet, tout ce que les esclaves acquièrent, ils l'acquièrent pour leur maître ; et ils ne peuvent pas reporter sur une autre personne le bénéfice de leurs stipulations et de leurs actes. Ainsi, nous voyons au Digeste, que si un esclave déclare, en recevant ce qu'on lui délivre, qu'il en reçoit moitié pour son maître, moitié pour un étranger, l'une des parties est acquise au maître ; mais par rapport à l'autre moitié, son acceptation n'a aucun effet. *Quod unius servus per traditionem accipiendo, se accipere dixerit domino et Titio, partem domino adquiret, in parte nihil agit* (1). Un créancier gagiste ne peut même acquérir par l'esclave qui lui est donné en gage, bien que, jusqu'à un certain point, il en ait la possession (2).

33. — Nous avons dit que l'esclave ne pouvait recevoir de mandat d'un étranger, et cependant la loi 22 § 8, ff. *Mandati vel contra* semble nous donner un démenti. Ce passage commence en effet par ces mots : *Si mandaverim servo tuo, ut, quod tibi debeam, solveret meo nomine ;* et nous y voyons que ce mandat donnait naissance à une action. Nous admettons, en effet, que toutes les fois que le mandat n'a pas pour objet de faire acquérir au mandant des droits par

(1) Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 37 § 4, f. Julien.

(2) Dig. *ibid.*, 37, pr., f. Julien. — Adde : Dig. XLI, II, *De adquir. vel amitt. poss.*, 1 § 15, f. Paul.

l'intermédiaire de l'esclave, le mandat dans une certaine mesure, peut être valable. Voici d'ailleurs comment nous entendons la loi ci-dessus. Titius a donné mandat à l'esclave de Seius, de payer à son maître une somme qu'il lui doit. L'esclave, en payant son maître des deniers de son pécule, n'éteindrait pas la dette de Titius, puisque Seius serait payé avec de l'argent qui lui appartient déjà, comme faisant partie du pécule de son esclave. En le chargeant de payer pour lui, Titius a donc voulu qu'il empruntât la somme nécessaire. Si l'esclave, conformément au mandat, fait un emprunt, reçoit l'argent pour le compte de son maître et comme venant de Titius, la dette de celui-ci est éteinte; mais le prêteur, s'il n'est pas remboursé dans le délai fixé, peut, par l'action *mutui de peculio*, agir contre Seius pour le prêt fait à son esclave; d'un autre côté, Seius a acquis, du chef de son esclave, l'action contraire de mandat contre Titius; il pourra donc l'exercer pour se mettre à l'abri des poursuites du prêteur (1).

Un pareil mandat, d'ailleurs, produit des effets bien incomplets ; car ce n'est que par suite de son exécution, et pour que le maître n'en éprouve pas de préjudice, qu'on lui accorde une action; mais le mandant de son côté n'aurait aucun moyen de contraindre l'esclave à l'accomplir.

34. — Entre le maître et son esclave, aucun mandat ne pouvait intervenir. Le maître pouvait bien charger son esclave d'administrer sa fortune, de percevoir ses revenus; c'est ce qui avait lieu notamment pour le pécule que l'esclave était censé avoir mission de gérer ; mais dans

(1) Cujas, *Comment. in lib.* XXXII *Pauli ad Edict., ad leg.* 22, *mand. vel contra.*

tous ces cas, l'esclave n'était pas le procureur de son maître. Nous verrons en effet, dans le paragraphe suivant, que le mandat est un contrat consensuel, exigeant par cela même un consentement librement donné par les parties ; et l'esclave n'était pas libre de consentir ou de se refuser à rendre les services que son maître exigeait de lui. Le maître donnait un ordre et non un mandat.

35. — A Rome, les maîtres affranchissaient souvent quelques-uns de leurs esclaves, pour en faire leurs procureurs ; car, si les esclaves pouvaient, dans la plupart des cas, rendre les mêmes services que des mandataires ordinaires, ils ne pouvaient agir en justice pour leur maître. Nous voyons, dans les Instituts, que c'était là une des justes causes pour lesquelles la loi *Ælia Sentia* permettait d'affranchir aux mineurs de vingt ans (1).

D'après les Instituts, l'esclave doit être *non minor decem et septem annis* ; au contraire un fragment d'Ulpien paraît exiger qu'il ait dix-huit ans : *dummodo non minor annis decem et octo sit* (2). C'est que probablement Justinien parlé de l'année accomplie, tandis qu'Ulpien a en vue la dix-huitième année commencée (3). En effet, si l'esclave ne pouvait être affranchi avant cet âge, c'est qu'il n'aurait pu agir en justice ; or nous voyons, par un texte d'Ulpien lui-même, que le préteur ne permettait de postuler qu'à ceux qui avaient dix-sept ans accomplis. *Puerítiam, dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare* (4).

A ceux qui étaient ainsi affranchis pour être les procureurs de leurs patrons, certains privilèges étaient accor-

(1) Inst. I, VI, *Qui et quib. ex caus. man. non poss.*, § 5.

(2) Dig. XL, II, *De manumiss. vind.*, 13, f. Ulp.

(3) Cujas, *Comment. in lib. XI Pauli ad Edict. ad leg. 23, de min. vig. annis.*

(4) Dig. III, I, *De postul.*, 1 § 3, f. Ulp.

dés. Une constitution dispensait de la tutelle l'affranchi chargé des affaires de son patron, lorsque ce patron était sénateur. Mais cette faveur n'était accordée qu'à un seul affranchi (1), et elle cessait lorsque l'affranchi recevait le *Jus annulorum* et passait ainsi dans la classe des ingénus (2).

36. — Celui, *qui de statu suo litigat,* et qui, nous l'avons vu, peut constituer un procureur, peut également recevoir un mandat (3).

37. — Le fils de famille est, à l'égard du *paterfamilias*, à peu près dans la même situation qu'un esclave ; ainsi, il y a unité de personne entre lui et le père de famille, et par conséquent aucun mandat véritable ne peut intervenir entre eux (4). Mais il ne faut pas oublier que, si entre le père et le fils aucune obligation civile ne peut naître, à l'égard de toute autre personne le fils a sa personnalité distincte et par suite capacité pleine et entière de contracter valablement. *Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias, potest* (5). Le fils de famille peut donc recevoir un mandat d'un étranger (6).

38. — Pour le pupille, nous n'avons qu'à nous reporter à ce que nous avons déjà dit [n° 30]. Le mandat produit des obligations réciproques, et les plus importantes sont du côté du mandataire ; or le pupille ne peut s'obliger sans l'autorisation du tuteur ; donc, dans le cas où il accepterait un mandat, le contrat serait valable et pro-

(1) *Fragmenta Vaticana*, IV, §§ 131, 132, 133.
(2) Dig. XXVII, I, *De excus.*, 44 § 3, f. Tryphoninus.
(3) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 33 § 1, f. Ulp.
(4) Ortolan, *op. cit.*, T. III, p. 183; Mühlenbruch, *op. cit.*, § 563.
(5) Dig. XLIV, VII, *De oblig. et act.*, 39, f. Gaius.
(6) Dig. III, V, *De negot. gest.*, 46 pr., f. Africain ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 §§ 4, 5, 6, f. Ulp.; 61, f. Paul.

duirait ses effets du côté du mandant, tandis qu'à son égard il n'engendrerait aucune obligation.

Serait-il obligatoire, même dans le cas où serait intervenue l'*auctoritas* du tuteur ? Oui, en principe, puisqu'aucune condition d'âge n'était exigée, du moins en matière extrajudiciaire (1) ; mais en fait, la question ne présente aucun intérêt, puisque la puberté était fixée à quatorze ans pour les hommes, et qu'avant cet âge on ne devait guère leur confier un mandat.

La question offrait plus d'intérêt pratique pour les mineurs de vingt-cinq ans. Quant à eux, le doute n'est pas possible ; ils étaient pleinement capables de s'obliger par des contrats, sauf le secours que le préteur pouvait leur accorder au moyen de la *restitutio in integrum*.

39. — Certaines personnes, bien que capables en principe, ne pouvaient, à raison de leurs fonctions, se charger d'un mandat, ou administrer les biens d'autrui.

En première ligne, nous trouvons les soldats. *Armis autem, non privatis negotiis occupentur ; ut, numeris et signis suis jugiter inhærentes, rempublicam, a qua aluntur, ab omni bellorum necessitate defendant* (2) ; mais cette défense ne s'étendait pas aux soldats vétérans (3).

Une constitution des empereurs Théodose et Valentinien défendait également aux *curiales* de se charger d'une procuration (4). Une autre constitution allait beaucoup

(1) Cujas, *Notæ in lib. II, tit. XIII, Cod.* ; Corvin, *op. cit.*, p. 96.

(2) Cod. IV, LXV, *De loc.et conduct.*, 31, const. Léon. — Adde : Cod. IV, VI, *De condict. ob caus. dat.*, 5, const. Diocl. et Maxim.; Cod. XII, XXXVI, *De re militari*, 13, const.Arcad. et Honor. ; Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 8 § 2, f. Ulp.

(3) Dig. *ibid.*, 8 § 2, f. Ulp.

(4) Cod. IV, LXV, *De loc. et cond.*, 30, const. Théod. et Valent.

plus loin ; elle ordonnait qu'une peine très sévère fût prononcée contre le mandant, quelle que fût sa position ; quant au curial, qui, au mépris de sa dignité, se chargeait des affaires d'autrui, il devait être envoyé en exil (1).

La même défense était faite aux *fabricenses*, ou fabricants des armes de guerre, sous peine d'un exil perpétuel (2) ; aux fermiers et autres personnes employées dans les fonds dépendant du patrimoine de la maison impériale (3), et aux silentiaires (4).

Enfin les députés des villes, *legati*, qui ne devaient même pas s'occuper de leurs propres affaires, étaient incapables de se charger de celles d'autrui (5).

§ 3. — DU CONSENTEMENT.

40. — Le mandat est un contrat, et par conséquent il exige le consentement des deux parties. Ainsi ce qui constitue l'essence du mandat, c'est que, du côté du mandataire aussi bien que du côté du mandant, il y ait liberté d'accepter ou de refuser. *Invitus procurationem suscipere nemo cogitur* (6).

C'est là une des causes qui empêchent que, entre le maître et l'esclave, entre le père et le fils, aucun mandat puisse intervenir. On trouve cependant des textes où le

(1) Cod. X, XXXI, *De decur.* 34, const. Grat., Valent. et Théod. La défense n'avait lieu cependant, que dans les cas où il s'agissait d'un mandat d'administration.

(2) Cod. XI, IX, *De fabricens.*, 7, const. Anastase.

(3) Cod. XI, LXXI, *De conduct. et proc.*, 1, const. Théod. et Valent.

(4) Cod. XII, XVI, *De silent. et decur.*, 5, const. Justinien.

(5) Dig. L, VII, *De legat.*, 8 § 2, f. Paul; et 15, f. Modestin.

(6) Cod. II, XIII, *De procur.*, 17, const. Diocl. et Maxim.; Dig. III, III, *De proc., et defens.*, 8 § 1, f. Ulp. ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 22 § 11, f. Paul.

mot *mandatum* est employé en pareil cas (1). Mais ce terme, qui exprime bien que les services rendus par le fils ou l'esclave sont de la même nature que ceux dont on peut charger des procureurs ordinaires, ne doit pas nous amener à dire que c'est là un mandat véritable; les conséquences en sont bien différentes (2), et Ulpien prend soin d'indiquer la portée du mot mandat, quand il s'agit d'un fils ou d'un esclave. *Sed et si mandaverit pater, dominusve, videtur jussisse* (3).

41. — La liberté du consentement était regardée comme si nécessaire par certains jurisconsultes romains, que, dans le cas où un homme libre *qui bona fide servit*, était, par celui qu'il considérait comme son maître, chargé de faire quelque chose, ils refusaient l'action de mandat, parce que, dit Labéon, *non libera voluntate exsequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili* (4). Disons cependant, que tous les jurisconsultes ne se montraient pas aussi rigoristes, et que Celsius et Pomponius, entre autres, admettaient, dans cette hypothèse, l'action de mandat (5).

42. — De même que la nécessité d'un consentement libre de la part du mandataire nous a servi à distinguer l'ordre, du mandat; l'existence de la même condition du côté du mandant sépare le contrat qui nous occupe, du quasi-contrat de gestion d'affaires : distinction importante, car la responsabilité d'une personne qui s'immisce

(1) Cod. IV, XXVIII, *Ad Senat. Maced.*, 7, const. Justinien ; Dig. IV, IV, *De min. vig. annis*, 23, f. Paul.

(2) Troplong, *Du mandat*, nº 41.

(3) Dig. XV, IV, *Quod jussu*, 1 § 3, f. Ulp.

(4) Dig. III, V, *De negot. gest.*, 19 § 2, f. Paul.

(5) Dig. XIII, VI, *Commod. vel contra*, 13 § 2, f. Pomponius.

de sa propre volonté dans les affaires d'autrui, doit être et est en effet beaucoup plus lourde, que pour celui qui s'en est chargé sur les instances du maître.

§ 4. — DE LA GRATUITÉ.

43. — La quatrième condition nécessaire à l'existence du mandat, est la gratuité. Le mandataire rend à celui qui l'a chargé de ses affaires, un service purement gratuit, et l'origine même du mandat s'oppose à ce que le mandataire puisse réclamer le prix de ce service. *Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit* (1). Ainsi, en Droit romain, l'existence d'un paiement, c'est-à-dire d'un équivalent pécuniaire du service rendu remis à l'agent, fait toute la différence entre le mandat et le louage de services.

44. — Nous voyons cependant par des textes nombreux, que, s'il était contraire à l'essence du mandat qu'il y eût un paiement, le mandataire pouvait être rémunéré de ses services, du moins sous une autre dénomination. En effet, que dit Ulpien : *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio* (2).

Quelle différence faisaient donc les Romains entre l'honoraire, indistinctement appelé *honor* ou *salarium*, et le paiement, *merces*. La chose nous est expliquée au sujet de l'*agrimensor*. *Non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse ; sed magis operam beneficii loco præberi ; et id, quod datur, ei ad remune-*

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra,* 1 § 4, f. Paul; Cod. II, XIII, *De procur.*, 15, const. Diocl. et Maxim.

(2) Dig. XVII, 1, *Mand. vel contra,* 6 pr., f. Ulp.

randum dari, et inde honorarium appellari (1). Il ressort de ce texte, que ce n'est qu'à l'égard de certaines personnes, et à raison du genre de services qu'elles rendent, services auxquels il est impossible d'assigner un équivalent pécuniaire, que la somme payée doit être considérée comme une rémunération ou un honoraire, plutôt que comme un paiement proprement dit. On peut voir au titre *De extraordinariis cognitionibus*, quelles personnes ont droit à des honoraires (2).

45. — De même que ceux qui exerçaient les professions dites libérales, le mandataire pouvait, dans certains cas, réclamer des honoraires.

A ce sujet peut se poser une question, question qui a été résolue en sens divers par les auteurs. Pour que la promesse d'honoraires ne change pas la nature du mandat, et ne le fasse pas dégénérer en un autre contrat, faut-il qu'elle n'intervienne que *ex post facto*? En d'autres termes, faut-il que, *ab initio* du moins, il y ait de la part du mandataire volonté de rendre un service gratuit?

Troplong, d'accord avec un grand nombre de commentateurs, soutient l'affirmative (3). Ce système, conservé

(1) Dig. XI,VI, *Si mensor fals.*, 1 pr., f. Ulp.

(2) Dig. L, XIII, *De extraor. cogn.*, 1 pr. et §§ 1,2 et suiv. — Ortolan, *op. cit.*, T. III, p. 326; Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, nº 36. — Ce qui est dit au texte est donné simplement à titre d'exemple, pour indiquer quel sens les Romains attachaient au mot *honoraire.* Mais nous nous garderons bien de dire, ainsi que le font certaines personnes, que les Romains considéraient les médecins, les professeurs, etc. comme des mandataires. Aucun texte ne peut faire admettre cette supposition, qui paraît contraire à la nature même de ces professions. Voir Accarias, *Précis de Droit romain*, T. II, nº 630.

(3) Troplong, nºs 155 et suiv. — Voir aussi Corvin, *op. cit.*, *ad tit. Mandati vel contra*, p. 231; De Loy, *op. cit.*, lib. XIII, tit. I, p. 273; et tit. V, p. 290.

dans toute sa généralité, nous paraît en opposition avec le fragment de Papinien, qui forme la loi 7, ff. *Mandati vel contra*. Ce texte, en effet, semble bien supposer que le salaire a été convenu avant que le procureur n'ait commencé à agir, puisqu'il porte que le préteur, avant d'accorder la demande, devra examiner s'il y a eu achat du procès, ou une simple rémunération promise pour les soins à donner à l'affaire (1).

Troplong cite comme exemple, à l'appui de son système, le cas de l'*agrimensor*, contre lequel on ne donne pas l'action de mandat, parce que, dit-il, il est récompensé *ab initio* (2). Cet exemple n'est pas concluant ; car l'*agrimensor* ne se trouve pas dans les conditions d'un mandataire ordinaire ; il n'est pas responsable de sa négligence, ni même de la faute ordinaire, mais seulement de son dol (3), et la condamnation prononcée contre lui n'est jamais infamante.

M. Clamageran prétend, au contraire, qu'il importe peu que les honoraires aient été promis *ex post facto, an in continenti* (4). Cette solution ne nous paraît pas non plus convenir à tous les cas ; elle est même en opposition avec la loi citée par cet auteur à l'appui de son système (5). Marcellus dit en effet, que dans le cas où, moyennant une somme d'argent, on se porte caution pour autrui, on a une action *utile*, et non une action *civile*, de mandat, pour se faire rembourser les sommes payées à raison de ce cautionnement.

(1) Cujas, *Comment. in lib. III resp. Papin. ad leg. 7 Mandati.*

(2) Troplong, *Du mandat*, nº 156.

(3) Dig. XI, VI, *Si mens. fals.*, 1 § 1, f. Ulp.

(4) Clamageran, *op. cit.*, p. 32.

(5) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 7, f. Ulp.

46. — Il nous semble donc qu'il faut distinguer plusieurs cas.

Si le service, qui fait l'objet du mandat, est de nature à pouvoir être loué, nous dirons, comme Troplong, *initium inspiciendum est*. C'est cette hypothèse que prévoient Paul (1) et les Instituts (2); et nous pouvons les compléter par un fragment de Gaius (3). Dans cette hypothèse, il ne suffit donc pas, pour qu'il y ait mandat, qu'un prix n'ait pas été convenu lors de la conclusion du contrat; si les parties agissent dans l'intention qu'il en soit fixé un plus tard, ce n'est plus un louage, il est vrai, mais ce n'est pas non plus un mandat.

S'il s'agit d'une chose qui ne peut faire l'objet d'un louage, mais qui cependant peut être accomplie par toute personne pour une autre, même sans la qualité de mandataire, nous suivrons là encore l'opinion de Troplong, c'est-à-dire que, si le salaire est donné ou promis *ab initio*, il n'y a pas de mandat, mais un contrat innomé, *do ut facias*; et les parties ne peuvent exercer l'une contre l'autre que des actions *in factum præscriptis verbis*, ou des actions utiles (4).

Supposons enfin, que l'objet du mandat ne puisse être accompli que par une personne agissant à titre de procureur, qu'il soit question, par exemple, d'un paiement à réclamer (5), d'une action à poursuivre; dans ce cas, nous pensons que, bien que le salaire ait été promis au moment où le mandat était donné, qu'il ait même été, si l'on veut, la condition de l'acceptation du mandataire, le

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 1 § 4, f. Paul.
(2) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 13.
(3) Dig. XIX, V, *De præscript. verb.*, 22, f. Gaius.
(4) Cpr. Dig., *ibid.*, 5 § 2, f. Paul.
5) Dig., *ibid.*, 5 § 4, f. Paul.

contrat n'en reste pas moins un contrat de mandat donnant lieu entre les parties aux actions ordinaires (1).

47. — Que devient donc ce principe que la gratuité est de l'essence du mandat? Dans les premiers temps, à l'époque où Cicéron écrivait que celui qui trompe le mandant, *amicitiam violat* (2), parce qu'on ne donne un mandat qu'à son ami, ce principe était très probablement vrai à tous les points de vue, et ce n'est que peu à peu qu'il perdit, en fait, sa rigoureuse exactitude. Mais en droit, il subsiste toujours. Les honoraires ne sont pas considérés, en effet, comme une clause, ni même comme un accessoire du contrat de mandat. Aussi, jamais on ne peut les réclamer par l'action qui résulte du contrat, mais seulement au moyen d'une action extraordinaire; jamais on ne peut intenter une action pour s'en faire accorder, ni même en réclamer, qui n'aient pas été expressément promis. *Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat* (3). Les honoraires sont donc une espèce de donation que fait, ou du moins est censé faire, de son plein gré le mandant au mandataire pour exprimer sa reconnaissance des services qui lui ont été rendus (4). En pratique, toutefois, et c'est ce que semble indiquer Papinien, il est fort probable que les procureurs, surtout les procureurs *ad lites*, avaient bien soin de ne se charger d'une affaire, que sous promesse antérieure d'un salaire convenable (5).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra,* 7, f. Papinien.

(2) Cicéron, *Pro Rosc. Amer.*, nº 39. Edit. Olivet, T. IV, p. 85.

(3) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 56 § 3, f. Papinien.— Cujas, *Comment. ad tit. XXXV, lib. IV, Cod.*

(4) De Ferrière, *op. cit.*, ad. tit. *Mand. vel contra*, T. I, p. 222.

(5) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 7, f. Papinien.; Cpr. Accarias, *op. cit.*, nº 630.

48. — Il ressort également de ce principe, que pour qu'il y ait mandat, il ne faut pas que, du contrat lui-même, ressorte la preuve qu'il est intéressé de la part du mandataire, du moins dans ses rapports avec le mandant ; et que le contrat permette au mandataire de garder une portion quelconque des choses qu'il a mission de recueillir. Par conséquent, si on charge une personne de vendre un objet pour un certain prix, avec cette clause que, si elle le vend au-delà du prix fixé, elle profitera du surplus, le contrat ainsi formé n'est pas un mandat, mais un contrat innomé (1).

(1) Dig. XIX, V, *De præscriptis verbis*, 13 pr. et § 1, f. Ulp.

CHAPITRE II.

FORMATION DU MANDAT.

49. — Le mandat, ainsi que nous l'avons dit précédemment, est un de ces contrats que le droit civil a empruntés au droit des gens, et qui se forment par le seul consentement. *Obligatio mandati, consensu contrahentium consistit* (1). Il importe peu de quelle manière ce consentement soit donné, verbalement ou par écrit, et de quels termes fassent usage les parties. *Sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est* (2). Il faut seulement que les expressions soient telles, qu'elles indiquent de la part du mandant l'intention de s'obliger ; donc, pas de mandat, quand on engage une personne à faire telle ou telle chose, qu'on donne un simple conseil (3). Tel est le cas de l'*epistola commendatoria* (4).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 1 pr., f. Paul ; Inst. III, XXII, *De consens. obl.* ; Dig. XLIV, VII, *De obl. et act.*, 2, f. Gaius ; Gaius, *Comment.*, III, § 135 ; — Cujas, *Paratitla in lib. IV, XXXV, Cod., et Comment. ad eumd. loc.*

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 1 § 2, f. Paul.

(3) Cujas, *Comment. in lib. XXXII Pauli ad Edict. ad leg. 1, Mand.* ; De Loy, lib. XIII, tit. II, p. 276. — Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 47, f. Ulp.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 § 12, f. Ulp. ; Cod. IV, XXVI, *Quod cum eo*, 13, const. Honorius et Théodose.

50. — Il n'est pas nécessaire que le mandat soit constitué en termes exprès, il peut être tacite. *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur* (1). Il suffit donc que l'affaire soit exécutée à la connaissance du maître et sans opposition de sa part.

51. — Examinons maintenant, à quelle époque le consentement du mandant doit être donné. En principe, il doit intervenir *rebus integris*, avant tout commencement d'exécution de la part du mandataire. Mais s'il y a immixtion dans les affaires d'autrui, le consentement postérieur du maître, ou ratification, produit-il les mêmes effets que s'il y avait eu mandat ?

52. — A l'égard des tiers, on ne peut douter que, depuis Justinien du moins, la ratification n'ait un effet rétroactif. Prenons un exemple dans le Digeste. Une personne donne en gage la chose d'autrui à l'insu du propriétaire, qui plus tard ratifie ; le gage est aussi valablement constitué que s'il y avait eu un mandat donné *ab initio. Dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit* (2). De nombreux textes consacrent la même doctrine (3). Toutefois, un fragment d'Ulpien donne à penser que ce principe n'était pas admis

(1) Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 60, f. Ulp.; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 53, f. Papinien; 6 § 2, et 18 ff. Ulp.; Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 5, const. Gordien. — De Ferrière, *Nova et methodica juris civilis tractatio*, T. I, p. 61; Corvin, *Dig. per aphorismos strictim explicata*, p. 98; De Loy, *Pact. ac contract. idea*, lib. XIII, tit. II, p. 276.

(2) Dig. XX, I, *De pign. et hypoth.*, 16 § 1, f. Marcien.

(3) Dig. V, I, *De judiciis*, 56, f. Ulp.; Dig. II, VIII, *Qui satisd. cog.*, 11, f. Ulp.; Cod. IV, V, *De condict. indeb.*, 9, const. Diocl. et Maxim.; Cod. IV, XXVI, *Quod cum eo*, 7 § 1, const. Diocl. et Maxim.

sans réserve par les Proculiens (1). Justinien dans une constitution a tranché le différend, en adoptant l'avis des Sabiniens, et a ainsi confirmé la rétroactivité de la ratification d'une façon absolue : *cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quæ ab initio subsecuta sunt* (2).

53. — Il faut cependant, pour que la ratification puisse être faite valablement, que la faculté d'acquérir le bénéfice de l'acte accompli existe encore pour le maître. Ainsi, une personne accepte, pour autrui et sans mandat, une possession de biens ; plus de cent jours après l'ouverture de la succession, l'héritier ratifie; la possession de biens ne lui est pas acquise ; en effet, elle est dévolue au degré subséquent, et nous ne croyons pas, contrairement à l'opinion de Cujas (3), que la décision d'Africain sur ce point (4) doive être modifiée par suite de la constitution de Justinien ; la ratification ne peut nuire aux droits des tiers.

54. — Dans les rapports entre les parties, la ratification produit-elle également un effet rétroactif ? Si la règle *ratihabitio mandato comparatur* est applicable ici, ce ne seront plus les actions *negotiorum gestorum*, mais les actions *mandati*, qui devront être intentées ; et par suite la quotité des impenses qui pourront être réclamées au maître de la chose, sera fixée d'après les règles du mandat.

(1) Dig. XLIII, XVI, *De vi et de vi arm.*, 1 § 14, f. Ulp. — Cujas, *Comment. in lib. LIV Dig. Salvii Jul. ad leg. 13 de solut. et liber.*

(2) Cod. IV, XXVIII, *Ad Senat. Maced.*, 7, const. Justinien. — Cpr. Cod. V, XVI, *De donat. inter vir.*, 25, const. Justinien.

(3) Cujas, *Ad Africanum tractatus, V, ad leg. penul. rem rat. hab.*

(4) Dig. XLVI, VIII, *Ratam rem hab.*, 24 pr., f. Africain.

55. — Sur ce point, nous trouvons chez les jurisconsultes romains des dissidences profondes, et des opinions complètement contradictoires sont insérées dans le Digeste et dans le Code.

Ulpien pose en règle générale, que, après la ratification, le maître peut être poursuivi par l'action *mandati*; *sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione* (1).

C'est là le seul texte qui attribue cet effet à la ratification dans les rapports du maître avec le gérant d'affaires ; car tous les autres fragments qui comparent la ratification au mandat, s'occupent de la question au point de vue des tiers (2). Au contraire, des textes nombreux émanant de divers jurisconsultes, et plusieurs constitutions, n'accordent entre le maître et le gérant d'affaires, même après la ratification, qu'une action *negotiorum gestorum*. Voici quels sont les effets de la ratification, d'après Scævola : une fois qu'il a ratifié, le maître ne peut plus désapprouver l'acte, il est obligé de le subir ; mais par quelle action le maître pourra-t-il réclamer ce que le gérant a touché de ses débiteurs ? comment de son côté, ce dernier recouvrera-t-il ses dépenses ? par une action de gestion d'affaires. *Nam utique mandatum non est; erit igitur, et post ratihabitionem, negotiorum gestorum actio* (3). On doit donc, pour savoir s'il y a lieu d'intenter l'action de mandat, ou l'action de gestion d'affaires, se reporter au commencement de la gestion. C'est l'opinion de Pomponius rapportée par Paul : *Pomponius libro vicesimo sexto,*

(1) Dig. L, XVII, *De regul. jur.*, 60, f. Ulp.

(2) V. notamment : Dig. XLIII, XVI, *De vi et de vi arm.*, 1 § 14, f. Ulp.; Dig. XLVI,III, *De solut. et liber.*, 12 § 4, f. Ulp ; Dig. XX, I, *De pign. et hyp.*, 16 § 1, f. Marcien.

(3) Dig. III, V, *De neg. gest.*, 9, f. Scævola.

in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectandam ait (1), et ce principe est appliqué dans une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien : *Sed mandati, si præcessit, coheres venditoris agere potest ; vel negotiorum gestorum, si ratam fecerit venditionem* (2).

56. — Pour concilier l'opinion d'Ulpien avec celle de Scævola, M. Demangeat soutient que le *dominus* a l'action *negotiorum gestorum* seulement, tandis que le *gestor* peut agir à son choix, soit par l'action *mandati*, soit par l'action *negotiorum gestorum* (3). Cette solution ne nous semble pas remplir le but que poursuit M. Demangeat ; car il suffit de lire le texte de Scævola, pour voir que la règle donnée par lui s'applique aussi bien à l'action directe résultant de la gestion d'affaires, qu'au recours du *gestor* pour se faire indemniser de ses frais.

Cujas, de son côté, est d'avis que, dans tous les cas de ratification, les parties peuvent choisir entre les actions de mandat et de gestion d'affaires (4). C'est même pour lui un principe général : « Notandum has duas actiones « mandati et negotiorum gestorum sæpissime de eadem « re dari, ut sit in arbitrio actoris, qua velit experiri (5). »

(1) Dig. *ibid.*, 15 et 16, ff. Paul.

(2) Cod. III, XXXVI, *Famil. ercisc.*, 20, const. Diocl. et Maxim. — Voir dans le même sens : Cod. II,XIX, *De negot. gest. act.*, 9, const. Antonin, et 19, const. Diocl. et Maxim.; Cod. III, XXXII, *De rei vindic.*, 3, const. Alexandre ; Cod. VIII, XXXVIII, *De contrah. et commit. stip.*, 3, const. Antonin; Dig. III, V, *De neg. gest.*, 6 §§ 9, 10, f. Julien ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 26 § 1, f. Paul, 50, f. Celse ; Dig. XLVII, II, *De furtis*, 82 § 5, f. Papinien.

(3) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 2e édit. T. II, p. 361.

(4) Cujas, *Notæ ad lib. L, Dig. tit. XVII, l. 60, et Comment. in eamd. leg.*

(5) Cujas, *Notæ ad lib. XLIV, Dig. tit. II, l. 5.* — Sic : Pothier, *Pandect., Mand. vel contra*, nº 19, note 2.

Ce principe, pris dans sa généralité, est déjà contredit par Ulpien : *Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus ; nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur* (1). En ce qui concerne le point spécial qui nous occupe, ce principe ne nous paraît pas mieux se soutenir devant des textes formels, qui donnent l'action de mandat lorsqu'un mandat a précédé la gestion, et l'action *negotiorum gestorum* dans le cas contraire (2).

Il nous semble donc qu'on essaierait vainement de concilier la loi 60, ff. *de reg. jur.* avec les autres textes du Digeste et du Code. Cette loi contient l'opinion personnelle d'Ulpien, opinion qui probablement n'était pas celle suivie dans la pratique (3).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 1, f. Ulp.

(2) V. les textes cités aux notes 3, p. 38 et 2, p. 39. — Nous ferons remarquer en outre que Cujas ne se montre pas sur ce point bien d'accord avec lui-même. Dans son commentaire sur la loi 60, ff. *de reg. jur.*, il accorde dans le cas prévu par les §§ 8, 9 et 10 de la loi 6, ff. *de neg. gest.*, les deux actions *mandati* et *negotiorum gestorum*. Au contraire, dans son commentaire sur le liv. III du Dig. à ces mêmes §§ 8, 9 et 10 de la l. 6, ff. *de neg. gest.*, et par conséquent dans le même cas qu'il avait déjà prévu, il n'accorde que l'action *negotiorum gestorum*; et à l'objection d'Accurse que la l. 60, ff. *de reg. jur.*, accorde en cas de ratification l'action de mandat, et non celle de gestion d'affaires, il répond : « Verum ut breve faciam, nec diu morer « in re facillima, ubi is, qui ratum habet, non constituendi et « contrahendi mandati animum habuit, sed negotii gesti faciendi « sui, quod ab initio suum non erat, vel quod suum erat, sed « gestum male, sane dici non potest ex ratihabitione nasci man- « dati actionem. Non semper ratihabitio mandato comparatur, « spectandus est animus ejus, qui ratum habet.» Ainsi tout dépendra de la volonté du ratifiant ! !

(3) La solution qui serait la plus plausible pour concilier ces différents textes, consisterait à supposer que le texte d'Ulpien prévoit l'hypothèse d'un acte accompli par un mandataire en

57. — Le contrat de mandat peut être soumis à toutes les modalités qu'il plaît aux parties de lui imposer ; ainsi on peut convenir qu'il commencera à telle époque pour finir à telle autre. Il peut aussi être fait sous condition (1).

dehors de son mandat ou contrairement à ses instructions et ratifié par le mandant ; nous pensons, en effet, que dans ce cas l'action de mandat pouvait aussi bien s'appliquer à cet acte particulier de la gestion qu'à tous les autres. Mais ce texte nous parait repousser une telle interprétation, et il nous semble certain qu'il se rapporte à une gestion entreprise sans mandat. Le traité même d'où ce texte a été tiré, doit faire supposer qu'il énonce une solution qui n'était pas universellement admise.

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 1 § 3, f. Paul.

CHAPITRE III.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE MANDAT.

58. — Le mandat peut être envisagé sous différents aspects. Nous allons l'examiner, tant au point de vue des intérêts qui peuvent être en jeu dans ce contrat, qu'au point de vue de son étendue.

SECTION I.

DANS L'INTÉRÊT DE QUELLES PERSONNES LE MANDAT PEUT-IL INTERVENIR.

59. — D'après les Instituts, le mandat peut être contracté de cinq manières (1); il peut être dans l'intérêt du mandant seul, *sive sua tantum gratia aliquis mandet*; ou dans l'intérêt du mandant et du mandataire, *sive sua et tua*; ou dans l'intérêt d'autrui, *sive aliena tantum*; ou dans l'intérêt du mandant et d'autrui, *sive sua et aliena*; ou dans l'intérêt du mandataire et d'autrui, *sive tua et aliena*. Enfin il y a lieu d'examiner le cas où le mandat est donné dans l'intérêt du mandataire seul.

(1) Inst. III, XXVI, *De mandato*, pr.; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 2 pr., f. Gaius.

Nous ne suivrons pas exactement l'ordre des Instituts, et nous nous contenterons d'une division bipartite, en rangeant ensemble tous les cas où se trouve *ab initio* l'intérêt du mandant, qu'il soit seul ou uni à d'autres intérêts, et en traitant ensuite des divers mandats où n'entre pas l'intérêt du mandant, que le mandat soit seulement dans l'intérêt d'autrui, ou dans l'intérêt du mandataire et d'autrui, ou dans l'intérêt du mandataire seul. Nous aurons aussi à nous occuper d'une espèce particulière de mandat, ou plutôt d'une application du mandat à un cas spécial, c'est-à-dire dn mandat *in rem suam*.

§ 1. — DU MANDAT A L'EXÉCUTION DUQUEL LE MANDANT EST INTÉRESSÉ AB INITIO.

60. — C'est là le mandat par excellence, celui qui se présente le plus fréquemment, et aussi le plus rationnel. Dans cette division sont compris : le mandat dans l'intérêt du mandant seul, *veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres* (1) ; le mandat dans l'intérêt du mandant et d'autrui, *veluti si de communibus suis et Titiis negotiis gerendis tibi mandet* (2), et le mandat dans l'intérêt du mandant et du mandataire, telle est la délégation (3).

§ 2. — DU MANDAT OU N'ENTRE PAS L'INTÉRÊT DU MANDANT.

61. — Il est facile de comprendre le mandat tel qu'il est entendu dans le paragraphe précédent. Mes biens sont en souffrance, vous acceptez de me remplacer et d'y veiller pour moi ; j'ai un intérêt évident à ce que vous

(1) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 1 ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 2 § 1, f. Gaius.

(2) Inst. *ibid.*, § 4.

(3) Inst. *ibid.*, § 2 ; Dig. *ibid.*, 2 § 4, f. Gaius ; 22 § 2, f. Paul.

remplissiez vos obligations, puisque votre négligence va m'occasionner de grandes pertes. Je pourrai donc agir contre vous pour me faire indemniser du préjudice que j'aurai éprouvé. Mais si je vous donne mandat de faire une chose où je n'ai aucun intérêt, d'où je ne dois retirer aucun profit, comment pourrai-je agir contre vous, à l'effet de vous faire condamner à me payer l'équivalent d'un dommage qui ne peut exister. Sans intérêt, pas d'action ; et cet axiôme est appliqué par Ulpien précisément au cas de mandat. *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit; cæterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest* (1).

62. — Nous voyons cependant plusieurs textes, dans des cas où le mandant n'a aucun intérêt à l'exécution du mandat, du moins *ab initio*, considérer le mandat comme valable, et accorder aux parties les actions *mandati* (2).

Le motif qu'en donne Javolenus, loin d'être en opposition avec la règle que nous avons énoncée plus haut, ne fait que la confirmer. Titius charge un tiers de faire les affaires de Seius. Dans le principe, Titius n'a aucun intérêt pécuniaire à ce que le mandataire prenne en main la gestion ; il ne peut donc l'y forcer par l'action de mandat ; mais, dès que cette gestion est commencée, Titius devient lui-même responsable envers Seius, qui peut intenter contre lui l'action *negotiorum gestorum* (3). Titius a alors un grand intérêt à la bonne administration de son mandataire, puisqu'il devra en supporter les conséquences. Il aura

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 6, f. Ulp.
(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 4, f. Ulp.; 2 § 2, f. Gaius; Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 3.
(3) Dig. III, V, *De negot. gest.*, 21 § 3, f. Paul, 28, f. Javolenus.

donc l'action de mandat, *habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur* (1).

63. — Est-il toujours nécessaire que le mandant ait un intérêt pécuniaire à l'exécution du mandat, pour qu'il puisse forcer le mandataire à tenir sa promesse ? Nous pensons que, dans certains cas, un intérêt moral suffit ; autrement nous ne comprendrions pas à quoi servirait l'action de mandat qui est donnée expressément au mandant par Ulpien, dans des hypothèses où l'objet du mandat doit être accompli par un seul acte de la part du mandataire, par exemple, *ut pro Seio intervenias, vel ut Titio credas* (2).

On trouve même au Digeste un exemple où l'action de mandat est accordée à une personne simplement à raison de ses sentiments d'amitié, *et affectus ratione mandati agetur. Placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam* (3). Cette dernière phrase doit être entendue avec une certaine réserve; il serait impossible de la prendre à la lettre et d'une manière absolue.

64. — Le mandat de prêter à intérêts à un tiers peut se présenter sous un double aspect.

En donnant un pareil mandat, on peut avoir en vue l'intérêt du mandataire, ou se préoccuper uniquement de l'intérêt du tiers ; c'est là une question d'intention qui peut bien ne pas ressortir des termes du mandat (4), et qui cependant ne manque pas d'importance. En effet le mandat qui est tout à la fois dans l'intérêt du mandataire

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 3, f. Ulp.
(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 4, f. Ulp.
(3) Dig. XVII, I, *Mandati vel contra*, 54, pr., f. Papinien.
(4) V. en effet les exemples cités par les Instituts, III, XXVI, *De mandato*, §§ 5 et 6.

et d'autrui, est valable; tandis que celui qui vise uniquement à l'intérêt du mandataire est nul. *At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id, nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur* (1). Gaius et les Instituts en donnent la raison suivante : *cujus generis mandatum, magis consilium quam mandatum est, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur* (2). Cela est facile à comprendre; si je vous engage par amitié à faire une chose plutôt qu'une autre, par exemple si, sachant que vous avez de l'argent sans emploi, je vous conseille d'en acheter un objet quelconque, *quemvis fundum, rem aliquam* (3), de le prêter à intérêts sans désignation de personnes, *ut cuivis credas* (4), je ne puis vous contraindre à le faire; et vous, de votre côté, si vous avez suivi mes conseils, vous ne pouvez me rendre responsable du mauvais résultat de l'opération alors que je n'entendais aucunement m'obliger. Si je vous ai sciemment induit en erreur, si je me suis rendu coupable de dol, vous pourrez me poursuivre en réparation, mais par l'action de dol et non par celle de mandat (5).

65. — Mais si, sortant des généralités, je vous engage à prêter à telle personne déterminée, à faire tel acte particulier, *fide et meo periculo,* m'obligeant à vous rendre indemne, si l'opération tourne mal, la situation est tout

(1) Inst. III, XXVI, *De mandato*, pr.; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 5, f.Ulp.; Gaius, *Comment.*, III, § 156.

(2) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 6; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 2 § 6, f. Gaius. — Borcholten, *In quatuor Inst. lib. comment.*, Genève, 1628, p. 524; Corvin, ad tit. *Mand. vel contra*, p. 231 et 232.

(3) Inst. *ibid.*, § 6.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 48 § 2, f. Celse.

(5) Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 47, pr., f. Ulp.

autre (1). Il n'est même pas nécessaire, pour que le mandant soit tenu, qu'il s'oblige dans des termes aussi formels, et bien qu'une controverse existât, avant Justinien, sur le point de savoir si un mandat ainsi conçu : *ut pecuniam Titio fœnerares*, était obligatoire, l'affirmative, professée par les Sabiniens, avait fini par prévaloir (2). Le même principe est exprimé en termes généraux par Ulpien : *Si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio* (3).

66. — Il est à remarquer qu'un pareil mandat est loin d'avoir les caractères d'un mandat ordinaire. Au lieu d'être obligé envers le mandant, le mandataire reste libre d'agir ou de ne pas agir, et l'obligation principale, on pourrait même dire l'obligation unique, est du côté du mandant. Il en résulte que, dans les cas où la chose conseillée par le mandant est telle, qu'elle ne puisse en aucune façon être préjudiciable au mandataire, et par conséquent entraîner la responsabilité du mandant, il n'y a pas de mandat valable. Cette idée est bien mise en lumière par un fragment de Julien (4).

67. — Il faut donc reconnaître que, dans ces circonstances, le mandat se rapproche beaucoup de la fidéjussion. Ce caractère ne se rencontre pas seulement dans le mandat donné dans l'intérêt du mandataire seul ; lorsque le mandat intervient dans l'intérêt d'autrui, ou du manda-

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 32, f. Julien, et 57 § 5, f. Paul; Dig. XVI, III, *Depos. vel contra*, 1 § 14, f. Ulp.; Dig. XLVI, I, *De fidejus.*, 24, f. Marcien.

(2) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 6. — Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, 2e édit., p. 189; Perezius, *Instit. Imp. Erotematibus distinctæ*, 1689, lib. III, tit. XXVII, p. 348.

(3) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 6 § 5, f. Ulp.; Mühlenbruch, *op. cit.*, § 426.

(4) Dig. *ibid.*, 32, f. Julien.

taire et d'autrui, principalement dans le cas de prêt d'une somme d'argent, le mandant, de même qu'un fidéjusseur, répond au regard du mandataire de la solvabilité de l'emprunteur, et on le désigne généralement sous le nom de *mandator pecuniæ credendæ.*

68. — Il ne faudrait cependant pas en conclure, non plus que des termes suivants de Julien : *neque enim referre præsens, quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet,* et du rapprochement constant dans lequel le Digeste et le Code traitent des fidéjusseurs et des mandants (1), il ne faudrait pas en conclure, disons-nous, que la fidéjussion et le mandat soient une seule et même chose et produisent les mêmes résultats. Un grand nombre de règles leur sont communes ; telles sont celles relatives aux prohibitions du S. C. Velléien à l'égard des femmes (2), aux bénéfices de division (3), de discussion (4), et de cession d'actions (5); le paiement fait par le débiteur principal libère le *mandator* comme le fidéjusseur. Enfin, dans tous les cas où il est permis de s'engager comme fidéjusseur, un pareil mandat peut intervenir (6).

69. — Mais il existe aussi de grandes différences entre le mandat et la fidéjussion, différences résultant de la manière dont ces deux contrats prennent naissance.

En effet les rôles sont changés; le fidéjusseur n'est qu'un mandataire; au contraire, c'est à l'instigation du

(1) Dig. XLVI, I ; Cod. VIII, XLI ; Nov. I, IV, 4.

(2) Dig. XVI, I, *Ad S.C.Velleian.*, 6, f. Ulp.; 7, f. Papin.— Cujas *Comment. in lib. IX, quæst. Papin.*, *ad leg.* 7, *ad S.C. Vell.*

(3) Dig. XXVII, VII, *De fidejus. tut.*, 7, f. Papin ; Cod. IV, XVIII, *De const. pec.*, 3, const. Justinien.

(4) Nov. I, IV, 4, cap. 1.

(5) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 27 § 5, f. Gaius, et 28, f. Ulp.; Dig. XLVI, I. *De fidejus. et mand.*, 13, f. Julien.

(6) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 32, f. Julien.

mandator que se forme le contrat principal ; pour se soustraire à ses obligations, il ne peut donc se prévaloir, à l'encontre de celui qui s'est fié à sa parole, des causes qui pourront l'empêcher de répéter du débiteur principal ce qu'il paiera pour son compte. Si, par exemple, il s'agit d'un prêt fait à un mineur de vingt-cinq ans, le *mandator pecuniæ credendæ* ne pourra pas obtenir du préteur la restitution, bénéfice qui, dans un cas pareil, pourrait être accordé, *causa cognita*, à un fidéjusseur (1).

La fidéjussion est un contrat accessoire, qui garantit une dette préexistante; le débiteur principal et le fidéjusseur sont donc tenus de la même dette. Dans le cas de mandat *pecuniæ credendæ* au contraire, il existe deux dettes bien distinctes : celle qui provient du mandat, et celle qui résulte du contrat intervenu entre le mandataire et le tiers (2).

Il en résulte : 1° Que le mandataire en agissant contre le débiteur ne perd pas son recours contre le mandant, à la différence de ce qui avait lieu dans le cas de fidéjussion en vertu de la règle : *bis in eadem re agi non potest.*

Quand il y a fidéjussion, *electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur* (3); et Paul ajoute : *non idem in mandatoribus observatur.* En effet, Julien dit en parlant des mandants : *si, mandatu meo, Titio decem credideris, et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius... Item si cum Titio egeris, ego non liberabor* (4). Sous Justinien, cette différence n'existe plus (5).

(1) Dig. IV, IV, *De minor. vig. annis*, 13 pr., f. Ulp.— Pellat, *Textes choisis des Pand.*, p. 239 et suiv.

(2) Pellat, *op. cit.*, p. 180.

(3) Paul, *Sentent.*, II, XVII, § 16.

(4) Dig. XLVI, I, *De fidejuss. et mand.*, 13, f. Julien ; 71, f. Paul.; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 27 § 5, f. Gaius.

(5) Cod. VIII, XLI, *De fidejuss. et mand.*, 28, const. Justinien.

2° Que le paiement fait par le *mandator*, n'éteint pas la dette vis-à-vis du débiteur principal : *propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine* (1).

3° Que le *mandator* peut, après le paiement, ou la *litis contestatio*, ou même après la condamnation, demander au mandataire de lui céder ses actions contre le débiteur (2), tandis que pareille chose est impossible pour le fidéjusseur.

4° Que les règles ordinaires du mandat doivent être appliquées entre le *mandator* et le mandataire, de sorte que, si ce dernier n'a pas exécuté fidèlement le mandat, en négligeant d'exiger les garanties qu'il était chargé de requérir, il ne peut rien réclamer du *mandator* ; il est aussi responsable envers lui des actions et des droits qu'il a perdus par sa faute (3).

§ 3. — DU PROCURATOR IN REM SUAM.

70. — En Droit romain, les droits et les actions ne peuvent appartenir qu'à ceux-là mêmes qui ont été parties au contrat ; le lien de l'obligation étant le résultat d'un engagement personnel pris envers une personne déterminée, ne peut produire d'effets que dans les rapports de ceux entre lesquels il est intervenu. Les droits, ou du moins les droits personnels, et les actions sont donc incessibles. A l'égard des droits réels, droits de propriété ou autres, leur transmission est possible, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, par la mancipation, la tradition et la *ces-*

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 28, f. Ulp.

(2) Dig. XLVI, I, *De fidejuss.*, 41 § 1, f. Modestin ; Dig. XLVI, III, *De solut. et liber.*, 95 § 10, f. Papinien.

(3) Cod. VIII, XLII, *De fidejuss.*, 7, const. Antonin. — V. aussi : Dig. XLVI, III, *De solut.*, 95 § 11, f. Papin.; Cujas, *Comment. ad tit. de pactis, ad leg. 21*; Accarias, *op. cit.*, T. II, n° 639.

sio in jure, ou revendication fictive devant le magistrat (1). Mais ni la mancipation, ni la tradition, ni la *cessio in jure*, ne peuvent être employées alors qu'il s'agit de transmettre une créance ; il fallait donc recourir à des moyens détournés (2).

71. — Gaius indique deux manières de parvenir à ce but : l'une, permettant au cessionnaire d'agir en son propre nom, la novation ; l'autre, plus simple en ce qu'elle n'exige pas le consentement du débiteur, le mandat (3). Dans le premier cas, le cessionnaire stipule du débiteur par ordre du créancier, et cette nouvelle créance remplaçant la première, le cessionnaire se trouve créancier direct, et acquiert une action *ex stipulatu* contre le débiteur. Dans le deuxième cas, l'obligation n'est pas changée ; le cédant se borne à donner mandat de poursuivre le débiteur ; c'est ce qu'on appelle *mandare actiones*, *actiones præstare*, et le cessionnaire porte le nom de *procurator in rem suam*.

72. — Les différences qui séparent ce mandat du mandat ordinaire, sont faciles à comprendre. Le mandat n'a ici d'autre but que de remédier à la rigueur de la législation, et de permettre au cessionnaire d'exercer des actions qu'il ne pourrait intenter en son propre nom. La cause du mandat, à savoir la cession de l'obligation, étant irrévocable, le mandat lui-même, qui n'est en réalité qu'un moyen de rendre cette cession effective, doit être, comme

(1) Gaius, *Comment.*, II, § 24. — Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, p. 68 et suiv.

(2) Gaius, *Comment.*, II, § 38.

(3) Gaius, *Comment.*, II, §§ 38 et 39. — Adde : Cod. VIII, XLII, *De novat.*, 1, const. Alexandre ; Cod. VIII, LIV, *De donat.*, 2, const. Gordien ; *Fragm. Vatic.*, V, § 260. — Cpr. Mühlenbruch, §§ 495 et 496.

elle, irrévocable. Le mandat est pour la cession des droits personnels, ce qu'est la tradition pour la transmission des droits réels. On voit en effet, par les textes, que le *procurator in rem suam* est considéré comme le maître de l'affaire. *Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur* (1). Ainsi, le cédant ne peut pas, comme un mandant ordinaire, intenter les actions à la place de son procureur (2); le débiteur, actionné par lui, pourrait le repousser par une exception de dol (3). Lorsque le *procurator in rem suam* veut porter appel, ce sont les délais d'appel impartis à ceux qui poursuivent leur propre cause, qui lui sont accordés (4). C'est contre lui qu'est toujours donnée l'action *judicati* (5) et qu'on doit poursuivre l'exécution du jugement (6). Après la contestation en cause, il peut demander la compensation des créances cédées, avec ce qu'il doit personnellement à son adver-

(1) Dig. II, XIV, *De pactis*, 13 § 1, f. Paul.

(2) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 25 et 55, ff. Ulp.

(3) Dig. II, XIV, *De pactis*, 16, f. Ulp. — Si le débiteur avait payé entre les mains du cédant, serait-il libéré à l'égard du cessionnaire ? S'il avait payé dans l'ignorance de la cession, le paiement serait certainement opposable au cessionnaire ; s'il connaissait la cession, bien que libéré au point de vue du droit strict, il n'en serait pas moins tenu envers le cessionnaire. Telle paraît être, du moins dans le dernier état de la législation, l'opinion qui avait dû prévaloir. (Arg. *à contrario* de Dig. II, XV, *De transact.*, § 17, f. Pap.). Pour prévenir un paiement au préjudice de ses droits, le *procurator in rem suam* devait donc notifier la cession au débiteur cédé (Cod. VIII, XLII, *De nov.*, 3, const. Gordien). — Quant aux tiers, ils pouvaient, malgré la cession, intenter à leur choix leur action contre le cédant ou contre le cessionnaire (Dig. III, III, *De proc.*, 29, f. Ulp.).

(4) Dig. XLIX, I, *De appell.*, 20 § 1, f. Modestin ; Dig. XLIX, IV, *Quando appell.*, 1 § 12, f. Ulp.

(5) Dig. XLII, I, *De re judic.*, 4 pr., f. Ulp.

(6) Dig. III, III, *De procur.*, 61, f. Paul.

saire (1), et celui-ci ne peut opposer à sa demande les créances qu'il peut avoir contre le cédant (2).

Enfin, à la différence du procureur ordinaire, qui ne peut se substituer une autre personne qu'une fois devenu *dominus litis* par la contestation en cause (3), le *procurator in rem suam*, même avant cette phase de la procédure, peut charger un procureur de la poursuite des actions qui lui ont été cédées, et à sa mort, elles passent à ses héritiers, quand même la novation résultant de la *litis contestatio* n'aurait pas eu lieu.

Toutefois, s'il en était ainsi pour les cessions d'actions à titre onéreux, le cessionnaire à titre gratuit était resté soumis au droit commun en matière de mandat, et ne pouvait transmettre les actions à ses héritiers, que s'il y avait eu, avant sa mort, *litis contestatio* à leur égard, ou s'il avait obtenu d'un rescrit impérial, que la contestation en cause fût censée avoir existé. Justinien, par une constitution, a abrogé cette disposition qu'il traite de subtile, et assimilé les cessions à titre gratuit aux cessions à titre onéreux (4).

Les actions de mandat, soit directes, soit contraires, n'existent pas pour, ou contre, le *procurator in rem suam* (5). Le *procurator* ayant payé pour jouir du bénéfice qu'il pourra retirer des actions ou des droits qui lui ont été cédés, ne doit pas être obligé de remettre au cé-

(1) Dig. XVI, II, *De compens.*, 18, f. Papinien.

(2) Dig. III, III, *De procur.*, 34, f. Gaius.

(3) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 3, f. Ulp.

(4) Cod. VIII, LIV, *De donat.*, 33, const. Justinien. — Ce texte fait bien voir que ce n'est que progressivement que la jurisprudence a soumis le mandat *in rem suam* à des règles conformes à son caractère véritable. — Cpr. Accarias, *op. cit.*, nº 641.

(5) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 42 § 2, f. Paul.

dant ce qu'il a recueilli; réciproquement, il ne peut répéter les impenses qu'il a faites.

73. — Les empereurs finirent par accorder au cessionnaire, en outre de l'action qu'il tenait du cédant à titre de procureur, une action utile de son propre chef contre le débiteur cédé (1). Mais, d'un autre côté, ils limitèrent la faculté, avant eux absolue, de céder les droits litigieux.

Déjà, du temps des empereurs Dioclétien et Maximien, il était défendu d'acheter un procès incertain (2). Cette défense était probablement fort peu observée; d'ailleurs elle n'avait trait qu'aux rapports du cessionnaire avec le cédant, et le débiteur cédé était toujours tenu de la totalité de sa dette. Aussi une constitution d'Anastase ne permit au cessionnaire d'intenter les actions que jusqu'à concurrence de ses déboursés, de telle sorte que le débiteur pouvait se libérer en remboursant au cessionnaire le prix de la cession avec les intérêts (3). Etaient exceptées de cette disposition, certaines cessions qui, d'après leur nature, ne pouvaient être considérées comme le résultat d'une spéculation, et les cessions à titre gratuit. Justinien confirma cette constitution, que les parties avaient trouvé le moyen d'éluder en simulant sous la forme de donations les cessions à titre onéreux (4).

(1) Cod. IV, X, *De obl. et act.*, 1, const. Gordien; 2, const. Valér. et Gallien; Cod. V, LVIII, *De contr. jud.*, 2, const. Antonin; Cod. VI, XXXVII, *De legat.*, 18, const. Diocl. et Maxim.; Cod. IV, XXXIX, *De hered.*, 5, const. Alexandre; 7 et 8, const. Diocl. et Maxim.; 9, const. Justinien.

(2) Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 20, const. Diocl. et Maxim.; Cod. II, XIII, *De procur.*, 15, const. Diocl. et Maxim.; Dig. XVII, I, *Mand.*, 7, f. Papinien.

(3) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 21, const. Anastase.

(4) Cod. *ibid.*, 23, const. Justinien.

SECTION II.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE MANDAT AU POINT DE VUE DE L'ÉTENDUE.

74. — Considéré au point de vue de son objet, le mandat est *général* ou *spécial*. *Procurator vel omnium rerum, vel unius rei esse potest* (1).

§ 1. — DU MANDAT GÉNÉRAL.

75. — Le plus grand nombre des auteurs reconnaissent deux espèces de procureurs *omnium bonorum* : le *procurator omnium bonorum simpliciter*, et le *procurator cum libera administratione* (2). D'autres commentateurs, Donneau, Vinnius, Cujas, rejettent cette distinction, et considèrent ces expressions, *procurator omnium bonorum*, et *procurator cui libera administratio rerum concessa est*, comme absolument synonymes. « Hæc omnia idem « possunt, nec plus habet is, cui data est libera adminis- « tratio bonorum omnium, quam is, cui datum est gene- « rale mandatum, quive factus est procurator omnium « bonorum quæ pertinent ad mandatorem (3). » Pothier, qui, dans ses *Pandectes* (4), paraît admettre la distinction, se contente, dans son *Traité du mandat*, de mettre en

(1) Dig. III, III, *De procur.*, 1 § 1, f. Ulp. — Paul, *Sentent.* I, III, § 2.

(2) De Ferrière, *op. cit.*, *ad tit. de procurat.*, T. I, p. 58; Corvin, *ad eumd. tit.*, p. 100; De Loy, lib. XIII, tit. I, p. 274.

(3) Cujas, *Comment. in lib. VI, Differ. Modest. ad leg. 63, de procur.* — Adde: *Comment. in tit. I, de reb. cred. lib. IV, Cod. ad leg. 4.*

(4) Pothier, *Pandect.*, *De procurat. et defens.*, nos 4 à 9.

regard les deux opinions avec motifs à l'appui, et laisse au lecteur le soin de décider, sans oser émettre son opinion (1).

Il nous semble qu'en matière de mandat, où il n'y a pas de termes solennels, il s'agit uniquement d'interpréter la volonté du mandant qui est libre d'étendre ou de restreindre les pouvoirs qu'il confère, et qu'on ne peut mieux connaître ses intentions que par les termes qu'il a employés. Or ces mots, *libera administratio*, nous semblent donner plus de latitude au mandataire dans sa gestion. Si nous passons aux textes, cette solution nous paraît confirmée. En parlant des pouvoirs les plus étendus que les maîtres et les pères de famille puissent accorder à leurs esclaves ou à leurs fils sur le pécule, pouvoirs donnant le droit de vendre et même d'hypothéquer, les jurisconsultes emploient constamment les termes de *libera administratio* (2). Plus spécialement, en ce qui concerne le mandat, on trouve d'un côté la loi 53, ff. *de procur. et defens.*, d'après laquelle le *procurator omnium bonorum* ne peut aliéner ni les immeubles, ni les meubles, sauf les fruits et les choses susceptibles de se corrompre, et d'autre part, la loi 58, *eod. tit.*, qui reconnaît au procureur, *cui generaliter libera administratio rerum commissa est*, la faculté non seulement de poursuivre les débiteurs et les créanciers, mais aussi de faire des échanges et par conséquent d'aliéner. La loi 9 § 4, ff. *de acquir. rer. dom.* lui donne également le droit d'aliéner (3); mais la donation et tous les actes

(1) Pothier, *Du mandat*, nº 145. Edit. Dupin, T. IV, p. 283.

(2) Dig. VI,I, *De rei vindic.*, 41 § 1, f. Ulp.; Dig. IV,IV, *De minor.*, 9 § 11, f. Ulp.; Dig. XX,III, *Quæ res pign.*, 1 § 1, f. Marcien ; Cod. IV,XXVI, *Quod cum eo*, 10, const. Diocl. et Maxim.

(3) Dig. XLI, I, *De adquir. rer.*, 9 § 4, f. Gaius ; Inst. II,I, *De*

qui ont pour résultat la diminution du patrimoine du mandant, lui sont interdits.

76. — Le mandant peut d'ailleurs donner à son mandataire les pouvoirs les plus étendus ; on en voit un exemple dans un fragment de Scævola (1). Il faut donc appliquer au mandat, ce que Marcien dit de l'administration du pécule par les fils de famille et les esclaves : *Facti tamen est quæstio, si quæratur, quousque eis permissum videatur peculium administrare* (2).

§ 2. — DU MANDAT SPÉCIAL.

77. — Un mandat spécial peut non seulement être donné à des personnes qui étaient étrangères à la gestion des affaires du constituant, il peut aussi être nécessaire à ceux qui sont déjà munis d'un mandat général. Il est en effet un certain nombre d'actes qui, à raison de leur importance, sont exclus des faits d'administration courante que le mandant avait entendu laisser à l'appréciation du mandataire. Il en est ainsi pour l'aliénation des meubles et des immeubles, lorsqu'il s'agit d'un procureur *omnium bonorum simpliciter* (3), pour la transaction (4), la con-

rer. divis., § 45. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, T. I, p. 473 ; Ortolan, T. II, p. 308 ; De Ferrièro, *op. cit.*, *ad tit. Mand. vel contra*, T. I, p. 224.

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 60 § 4, f. Scævola.

(2) Dig. XX, III, *Quæ res pign.*, 1 § 1, f. Marcien.

(3) Dig. III, III, *De procur.*, 63, f. Modestin ; Cod. II, XIII, *De procur.*, 16 et 19, const. Diocl. et Maxim.; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 12, const. Diocl. et Maxim.

(4) Dig. III, III, *De procur.*, 60, f. Paul.; Dig. II, XV, *De transact.*, 13, f. Macer. Malgré les termes formels du premier de ces textes, Cujas prétend que le procureur muni d'un mandat général peut transiger ; mais il est obligé de changer le mot *decidendi* en *diminuendi*. (Cujas, *Comment. in lib. VI, Different. Modest. ad leg. 65 de procur.*).

stitution d'un gage (1), à moins que le maître ne fût dans l'usage d'emprunter en donnant des gages (2), la libération d'un gage (3), l'acceptilation soit de la part du créancier, soit de la part du débiteur (4), la répudiation d'une succession prétorienne (5), enfin pour réclamer la *restitutio in integrum* au nom d'un mineur (6).

(1) Dig. XIII, VII, *De pign. act.*, 11 § 7, f. Ulp.; Cod. VIII, XVI, *Si aliena res pign.*, 1, const. Sévère et Antonin ; 8, const. Honor. et Théod.

(2) Dig. XIII, VII, *De pign. act.*, 12, f. Gaius.

(3) Dig. XX, VI, *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, 7 § 1, f. Gaius.

(4) Dig. XLVI, IV, *De accep.*, 3, f. Paul.

(5) Dig. XXXVIII, IX, *De success. edict.*, 1 § 2, f. Ulp.

(6) Dig. IV, IV, *De minor. vig. annis*, 25 § 1, f. Gaius.

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DU MANDAT ENTRE LES PARTIES.

SECTION PREMIÈRE.

78. — Le mandat appartient à la classe des contrats synallagmatiques imparfaits, c'est-à-dire que si le contrat ne fait naître directement des obligations que du côté du mandataire, le mandant peut se trouver obligé à son tour par suite de circonstances postérieures.

§ 1. — OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

79. — En acceptant le mandat, le mandataire s'oblige à l'exécuter, et il ne peut ensuite refuser ses services ; *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare* (1).

80. — Le mandataire est-il obligé d'agir par lui-même, ou peut-il charger un tiers de l'exécution ? D'après Heineccius, le mandataire n'a pas le droit de se substituer quel-

(1) Dig. XIII, VI, *Commod.*, 17 § 3, f. Paul ; Dig. XVII, I, *Mand.*, 22 § 11, f. Paul.; Dig. III, III, *De proc.*, 8 § 3, f. Ulp. — Dans certains cas, cependant, le mandataire peut renoncer.

qu'un, « Mandatarius substituere ordinarie non potest (1).» Cette décision ne nous semble pas devoir être admise comme un principe général; en effet, la loi 8 § 3, ff. *Mandati vel contra,* paraît reconnaître au mandataire le droit de déléguer ses pouvoirs (2). Dans les affaires importantes, Cujas pense cependant que cette faculté était difficilement accordée, sans une autorisation spéciale du maître, et il appuie son opinion sur la loi 15 § 2, ff. *De divers. temp. præscr.* (3). Nous admettons d'autant mieux cette restriction que, en pareil cas, le mandat est véritablement donné *intuitu personæ*, de sorte que le mandataire ne peut se dispenser d'agir en personne sans manquer à la loi du contrat. Dans tous les cas, il faut observer qu'en se substituant un tiers pour l'exécution du mandat, le mandataire n'est nullement déchargé de ses obligations, et qu'il reste garant de la bonne gestion du substitué.

81. — Dans l'accomplissement du mandat, le mandataire doit s'appliquer à suivre exactement la volonté du mandant. *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (4). C'est surtout dans le cas d'un mandat spécial, que cette obligation est le plus rigoureuse (5). Certains jurisconsultes poussaient si loin cette exigence, qu'ils allaient jusqu'à refuser une action en remboursement au mandataire qui avait

(1) Heineccius, *Recit. in elem. jur.*, lib. III, tit. XXVII, § 960, Edit. Dupin, T. II, p. 280; Edit. Berthelot, T. III, p. 306.

(2) Adde: Dig. III, V, *De negot. gest.*, 28, f. Javol.; Dig. XI, VI, *Si mens. fals.*, 2 § 1, f. Paul. — Sic: Mühlenbruch, *op. cit.*, § 427.

(3) Cujas, *Comment. in lib. III, Pauli ad Edict. ad leg. 11 et 13 de pactis.*

(4) Dig. XVII, I, *Mand.*, 5 pr., f. Paul. — Cicéron, *Epist.*, lib. VII, *ad Marium,* nº 2.

(5) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 12, const. Dioclét. et Maxim.

acheté une chose au-dessus du prix fixé, alors même qu'il offrait de réduire sa demande à la somme convenue : *namque iniquum est*, disaient-ils, *non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit, mecum esse* (1). Les Proculiens étaient d'un avis contraire, et accordaient action jusqu'à concurrence du prix convenu, décision qui, d'après Gaius, est juste et plus conforme à l'équité, *sane benignior est* (2). Cette dernière opinion avait prévalu.

Si le mandataire avait vendu un objet appartenant au mandant, moins cher que celui-ci ne l'avait ordonné, il ne serait censé avoir bien rempli son mandat, qu'en complétant la différence de ses propres deniers (3).

82. — Le mandataire ne peut donc jamais rendre la condition du mandant plus défavorable, du moins sans l'en avertir et sans avoir son assentiment (4); mais il peut la rendre meilleure, en achetant moins cher et en vendant à un prix plus élevé (5), en prêtant à intérêts lorsque le maître l'avait chargé de prêter gratuitement (6), ou en obtenant la remise d'une dette (7).

83. — Cependant cette règle ne doit pas être considérée comme toujours applicable. Paul dit en effet : *In causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit* (8). On en trouve un exemple dans

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 3 § 2, f. Paul; Gaius, *Comment.*, III, § 161. — Cujas, *Observat.*, liv. XII, cap. XXXIV.

(2) Dig. *ibid.*, 4, f. Gaius.— Borcholten, p. 516.

(3) Paul, *Sent.*, II, XV, *De mand.*, § 3; Dig. *ibid.*, 5 § 3, f. Paul; Dig. XXI, III, *De except. rei vend.*, 1 §§ 2 et 3, f. Ulp.

(4) Dig. XVII, I, *Mand.*, 3, f. Paul; Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 49, f. Paul.

(5) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 5 § 5, f. Paul.

(6) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 § 8, f. Ulp.

(7) Dig. III, III, *De procur. et defens.*, 50, f. Gaius.

(8) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 3, pr., f. Paul.

un autre fragment de ce jurisconsulte. Je vous charge d'acheter la maison de Seius; vous achetez celle de Titius, qui est d'une valeur beaucoup plus considérable, pour le même prix ou à meilleur marché; vous n'avez pas rempli le mandat (1).

Le mandataire ne peut pas non plus rendre meilleure la position du mandant, lorsque ce dernier, en donnant ses instructions, a eu en vue l'intérêt d'autrui, et non le sien propre.

84. — Lorsque les limites du mandat sont bien déterminées, le mandataire ne doit donc pas s'en écarter. *Commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat* (2). Lorsqu'il s'agit d'un mandat général, le mandataire jouit d'une plus grande liberté d'action au point de vue des moyens d'exécution. Quant aux actes qu'il peut faire, nous nous reportons à ce que nous avons dit précédemment [nos 75 et suiv.]. Il doit poursuivre les débiteurs (3), payer les créanciers, vendre les fruits et les choses susceptibles de détérioration, veiller à la conservation des biens et y faire les dépenses nécessaires; en un mot, il doit agir en administrateur sage et économe.

85. — La deuxième obligation du mandataire est de rendre compte de sa gestion. *Ex bona fide rationem reddere debet* (4). Le mandat devant être gratuit, le procureur

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 5 § 2, f. Paul.

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 46, f. Paul.

(3) Il lui faut aussi tenir compte au mandant de ce qu'il lui doit personnellement (Dig. XVII, I, *Mand.*, 31, f. Julien). C'est pourquoi si le mandant a contre le mandataire une action *in quadruplum* dans l'année, mais *in simplum* l'année expirée, il peut en tout temps exiger le quadruple.

(4) Dig. III, III, *De procur.*, 46 § 4, f. Gaius; Dig. XVII, I, *Mand.*, 56 § 2, f. Papinien. — Mühlenbruch, §§ 133 et 427.

ne peut pas profiter des bénéfices qu'il a retirés des choses qui lui ont été confiées ou dont il a eu l'administration (1). Ainsi, il doit rendre les fruits qu'il a recueillis (2), et les intérêts produits par les sommes appartenant au mandant, quand bien même il aurait été chargé de les prêter sans intérêts, *quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat* (3). Ulpien cite cependant un cas où le maître ne peut réclamer les intérêts ; c'est lorsque le procureur a prêté l'argent *periculo suo* (4). Ulpien considère donc les intérêts comme une compensation des risques que peut courir le procureur par suite de l'insolvabilité de l'emprunteur; c'est la seule raison qui puisse être donnée de cette décision. D'ailleurs cette hypothèse suppose que le mandataire a violé le mandat; car s'il avait été convenu que le mandataire jouirait des intérêts, ou paierait des intérêts déterminés en profitant de ceux qu'il pourrait obtenir au-delà, il n'y aurait plus contrat de mandat, mais contrat de prêt (5).

Le mandataire doit, en principe, faire fructifier les sommes qu'il a entre les mains. S'il avait négligé de les faire valoir, serait-il comptable des intérêts? Oui, si le mandant était dans l'usage de placer son argent à intérêts; non, dans le cas contraire (6).

Que décider si le mandataire a employé à son usage l'argent du mandant ? Ou il l'a fait sans autorisation, ou il avait cette autorisation. Dans le premier cas, il doit les intérêts suivant le taux fixé par l'usage des lieux, d'après

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 20 pr., f. Paul.
(2) Dig. *ibid.*, 10 § 2, f. Ulp.
(3) Dig. *ibid.*, 10 §§ 3 et 8, f. Ulp.
(4) Dig. *ibid.*, 10 § 8, f. Ulp.
(5) Dig. *ibid.*, 6 § 6, f. Ulp.
(6) Dig. XXII, I, *De usuris*, 13 § 1, f. Scævola.

Ulpien (1), et suivant le taux le plus élevé, *maximas usuras*, c'est-à-dire douze pour cent, d'après Tryphoninus (2). Dans le deuxième cas, il faut distinguer si l'argent lui a été remis par le mandant soit pour payer les créanciers, soit pour subvenir aux frais de la gestion, ou s'il l'a reçu des débiteurs ; dans la première hypothèse, il y a contrat de prêt, puisque la propriété de l'argent passe du mandant au mandataire, qui jusque là n'en était que dépositaire (3). Cet effet n'a pas lieu, au contraire, dans la deuxième hypothèse, l'argent recueilli par le mandataire n'ayant jamais appartenu au mandant ; par suite, pas de *mutuum* possible. Cette application rigoureuse des principes est observée par Africain (4), mais Ulpien, dont les idées étaient plus larges et moins esclaves des subtilités juridiques, considère la convention intervenue entre le mandant et le mandataire comme un *mutuum* (5) ; c'est donc l'action de mandat qu'a le maître pour réclamer son argent, dans le système d'Africain, et la *condictio certi ex mutuo*, dans celui d'Ulpien. Ces deux systèmes ont des conséquences très différentes. Dans les deux cas, l'argent est bien aux risques du mandataire ; mais, en outre des différences qui résultent de la nature de ces actions, dont l'une est une action *bonæ fidei* et l'autre une action *stricti juris*, les intérêts, dans un cas, peuvent être exigés en vertu d'une simple convention, tandis que dans l'autre cas, une stipulation est nécessaire (6).

(1) Dig. XVII,I, *Mand. vel contra*, 10 § 3, f. Ulp.
(2) Dig. III,V, *De neg. gest.*, 38, f. Tryph.
(3) Arg. Dig. XVII,I, *Mand. vel contra*, 22 § 7, f. Paul.
(4) Dig. XVII,I, *Mand. vel contra*, 34 pr., f. Afric.
(5) Dig. XII,I, *De reb. cred.*, 15, f. Ulp.
(6) V. sur cette question : Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, chap. VII, p. 85 et suiv.; Demangeat, T. II, p. 158 ; Cujas, *Ad Africanum tractatus VIII, ad leg. 34, Mand.*

86. — Le mandataire est, en outre, tenu de céder les actions au mandant. Nous verrons, en effet, que le mandant n'acquiert qu'indirectement le bénéfice des contrats passés pour son compte, et en se faisant constituer *procurator in rem suam* par son propre mandataire (1).

87. — Dans le cours de sa gestion, le mandataire peut commettre des fautes ; en est-il responsable, et dans quelles limites ? C'est une question que nous avons à examiner.

D'abord, le mandataire est tenu de son dol, et les parties ne pourraient convenir du contraire. Une pareille clause serait annulée, comme inconciliable avec la bonne foi qui doit régner dans tous les contrats (2).

En mettant de côté la question de dol, la responsabilité du mandataire peut être réglée par les conventions des contractants, qui sont libres de la restreindre ou de l'étendre à leur gré (3), en mettant, par exemple, les cas fortuits à la charge du mandataire (4).

88. — A défaut de convention spéciale, à quelle limite doit s'arrêter la responsabilité du mandataire ? La question n'est pas sans soulever des difficultés.

Ulpien divise les contrats en deux classes : *contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam*, et le mandat est rangé par lui dans cette dernière classe (5). Mais dans la *culpa,* il y a plu-

(1) Cod. IV, II, *Si cert. pet.*, 2, const. Anton.; Dig. XVII, I, *Mand.*, 43, f. Ulp.; 45, f. Paul ; Dig. XLI, II, *De adq. vel amitt. poss.*, 49 § 2, f. Papin.

(2) Dig. II, XIV, *De pactis*, 27 § 3, f. Paul ; Dig. L, XVII, *De divers. reg. jur.*, 23, f. Ulp.; Mühlenbruch, § 351.

(3) Dig. L, XVII, *De divers. reg. jur.*, 23, f. Ulp.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 39, f. Nératius; Dig. XIX, V, *De præscript. verb.*, 5 § 4, f. Paul.

(5) Dig. L, XVII, *De divers. reg. jur.*, 23, f. Ulp. — Adde: Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 11, const. Diocl. et Maxim.

sieurs degrés ; le mandataire est-il tenu de la faute légère, ou seulement de la faute lourde; doit-il se conduire comme dans ses propres affaires, ou lui faut-il apporter plus de soin qu'il n'en met d'ordinaire pour lui ? Quelques textes ne semblent exiger que la bonne foi de la part du mandataire, et par conséquent ne mettent à sa charge que la faute lourde assimilée au dol. Ulpien dit en effet : *nihil enim amplius quam bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat* (1). Modestin est encore plus formel : *in mandati vero judicio dolus non etiam culpa deducitur* (2). Voici son raisonnement : Dans les contrats qui sont faits dans l'intérêt des deux parties, chacune d'elles est tenue du dol et de la faute. Au contraire, dans les contrats de bienfaisance, et le mandat est du nombre, la partie qui rend le service ne peut être condamnée pour une faute de sa part. Modestin reconnaît cependant lui-même que cette dernière règle est loin d'être générale, et il nous semble que son opinion au sujet de la responsabilité du mandataire est aussi peu exacte qu'un certain nombre des passages de ce fragment où se rencontrent des erreurs évidentes (3), ce qui donne à penser qu'il ne nous est pas parvenu d'une façon fidèle. On trouve en effet des textes nombreux et parfaitement clairs qui

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 pr., f. Ulp.

(2) Modestin, *Different. II, de depos. et com.*, § 3. (Laboulaye, *Flores juris Antejustianei*, 1839, p. 325).

(3) Modestin indique le commodat comme contrat intéressé du côté des deux parties, tandis que, au contraire, le commodat doit toujours être gratuit, *gratuitum debet esse commodatum*, (Inst. III, XIV, *Quib. mod. re contr. obl.*, § 2). La raison pour laquelle, suivant lui, la condamnation est infamante dans le cas de dépôt, tandis qu'elle ne l'est pas en matière de commodat, n'est aussi rien moins que concluante. Cpr. Ortolan, T. III, p. 358, note 3, et p. 362, note 3.

exigent du mandataire un soin plus grand que celui qu'il met à ses propres affaires. La constitution suivante ne peut laisser de doutes sur ce point : le maître, dit Constantin, est libre de gérer ses affaires à sa fantaisie, *aliena vero negotia exacto officio geruntur* (1). Justinien se sert des mêmes termes pour caractériser les obligations du commodataire (2); il en résulte que le mandataire est tenu de la faute légère, *omnem culpam* (3), et les empereurs Dioclétien et Maximien constatent que c'est là un point de droit certain, *juris auctoritate manifeste declaratur*. Quant au passage d'Ulpien, que nous avons cité plus haut, et duquel il semble résulter que le mandataire n'est responsable que dans le cas de mauvaise foi, Pothier a très bien démontré que, sainement entendu, il n'est pas contraire au principe que nous avons admis.

« Dans cette loi, il était question de savoir, si un manda-
« taire, qui avait été chargé de faire pour le mandant
« l'achat d'un certain héritage, après avoir fait cet achat,
« et mis le mandant en possession de l'héritage, devait
« être garant de cet héritage envers le mandant. On
« répond qu'il n'en est pas tenu; qu'il doit suffire au
« mandant que le mandataire l'ait mis en possession de
« l'héritage qu'il a acheté par son ordre; qu'il l'ait subro-
« gé aux actions contre le vendeur, qui résultent de cet
« achat, et que le mandataire ait apporté à cette affaire le
« soin qu'elle demandait, pour procurer au mandant les
« sûretés qu'il devait avoir; le mandant ne peut deman-
« der rien de plus au mandataire, parce que, dit la loi,
« c'est tout ce que la bonne foi exige du mandataire, et

(1) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 21, const. Constantin.
(2) Inst. III, XIV, *Quib. mod. re contr. obl.*, § 2.
(3) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 13, const. Diocl. et Maxim. — Mühlenbruch, § 353.

« qu'on ne peut lui demander plus que ce que la bonne « foi demande de lui (1). »

89. — Nous ferons toutefois remarquer que, d'après une constitution de Justinien, le mari administrateur des biens paraphernaux n'est pas obligé d'y mettre plus de soins qu'à ses propres affaires : *diligentiam maritus circa eas præstare debet, qualem et circa suas res habere invenitur* (2). L'exception se comprend mieux pour les biens dotaux (3).

90. — Le mandataire répond non-seulement de ses fautes *in committendo*, mais aussi de ses négligences (4). Ainsi le mandataire, à la différence du dépositaire, est obligé de veiller à la conservation des choses qui lui sont confiées (5) ; mais, à moins de convention contraire, il n'est pas responsable des cas fortuits (6).

§ 2. — OBLIGATIONS DU MANDANT.

91. — Le mandat doit être gratuit ; mais si le mandataire ne peut pas retirer un avantage pécuniaire de ce contrat, il ne doit pas non plus en éprouver de pertes, et enrichir ainsi à ses dépens celui auquel il rend déjà un service en s'occupant de ses affaires.

Toutes les avances, tous les frais faits de bonne foi par le mandataire, doivent lui être intégralement rem-

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 46. Edit. Dupin, T. IV, p. 229.

(2) Cod. v, xiv, *De pact. conv.*, 11, const. Justinien.

(3) Dig. xxiii, iii, *De jure dot.*, 17 pr., f. Paul ; Dig. xxiv, iii, *Solut. matr.*, 24 § 5, f. Ulp.

(4) Cod. iv, xxxv, *Mand. vel contra*, 21, const. Constantin ; Cod. vii, xxxii, *De acquir. et retin. poss.*, 12, const. Justinien.

(5) Cpr. Dig. xvi, iii, *Depos. vel contra*, 1 § 12, f. Ulp.

(6) Cod. iv, xxxv, *Mand.*, 13, const. Diocl. et Maxim.; Dig. xii, iv, *De condict. caus. dat.*, 5 § 2, f. Ulp.; Dig. xvii, i, *Mand.*, 8 § 10, f. Ulp.; Dig. l, xvii, *De reg. jur.*, 23, f. Ulp.

boursés, sans qu'on ait à examiner si le mandant aurait fait de moindres dépenses en agissant en personne (1); et ils sont dus alors même qu'ils n'ont pas profité à celui-ci, pourvu qu'il n'y ait pas de faute imputable au mandataire. Pour apprécier l'utilité des dépenses, c'est donc au moment où elles ont été faites que l'on doit se placer, et non au moment de la reddition des comptes (2); nous avons vu, en effet, que les cas fortuits ne sont pas à la charge du procureur.

Nous avons parlé jusqu'ici des dépenses utiles; car pour les dépenses voluptuaires, *quæ magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem*, le mandant n'en est pas tenu, *nec debere ex eo onerari dominus quod ipse facturus non esset* (3). Toutefois, s'il ne veut pas en tenir compte au mandataire, celui-ci peut enlever tout ce qui peut l'être sans causer de dommages (4).

92. — Le mandant est redevable des intérêts des avances faites par le mandataire, surtout lorsque ce dernier a été obligé de retirer des capitaux placés à intérêts, ou de faire un emprunt pour se procurer l'argent nécessaire (5).

93. — Le mandataire ne peut réclamer ses déboursés, que s'ils ont été faits à juste titre. Si, par exemple, après avoir été condamné injustement, il néglige, *contra bonam fidem*, de porter appel de la sentence, il ne peut répéter

(1) Dig. III, III, *De procur.*, 30, f. Paul : 46 §§ 5, 6, f. Gaius ; Dig. XI, VII, *De relig.*, 14 § 15, f. Ulp.; Dig. XVII, I, *Mand.*, 12 § 19, f. Ulp.; 27 § 4, f. Gaius ; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 20, const. Diocl. et Maxim.

(2) Dig. XV, III, *De in rem verso*, 17 pr., f. Africain.

(3) Dig. *ibid.*, 3 § 4, f. Ulp.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 § 10, f. Ulp.

(5) Dig. *ibid.*, 12 § 9, f. Ulp.; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 1, const. Sév. et Anton.

ce qu'il a payé en vertu de la condamnation (1). La solution serait la même, s'il avait sciemment négligé d'opposer les exceptions qu'il pouvait faire valoir, pourvu que ces exceptions fussent relatives au fond même du débat (2), par exemple la nullité de l'obligation, le paiement déjà opéré par le débiteur principal (3), etc.

94. — D'un autre côté, il peut se faire que le mandataire puisse réclamer du mandant des sommes qu'en fait il n'a pas déboursées. Tels sont les cas où, pour faire une donation au mandataire, un tiers a payé pour lui, ou le créancier a fait remise de la dette (4). Si la créance avait été remise *non remunerandi causa, sed principaliter donando*, l'action du mandat ne pourrait être exercée (5).

95. — Nous avons examiné quelle était la responsabilité du mandataire; la même question se présente pour le mandant. Quant à lui, aucun doute n'est possible. Le mandat est un contrat de bienfaisance, c'est lui qui en profite, il est donc tenu, en vertu des principes ordinaires, non seulement de son dol et de la faute lourde, mais aussi de la faute légère. On en trouve l'exemple suivant au Digeste: un esclave vole le mandataire chargé de l'acheter; si le mandant, sachant que l'esclave était voleur, a négligé, même sans intention mauvaise, d'avertir le mandataire, il est obligé de l'indemniser complètement (6). Si le mandant ignorait que l'esclave fût voleur, serait-il tenu des conséquences du vol ? Sur ce point, nous avons deux textes qui donnent chacun une solution différente. D'après

(1) Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 10, const. Diocl. et Maxim.

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 § 12, f. Ulp.; 48 pr., f. Celse.

(3) Dig. *ibid.*, 29 pr., et §§ 1, 2, 3, 4, f. Ulp.

(4) Dig. *ibid.*, 10 § 13, 12 § 1, ff. Ulp.

(5) Dig. *ibid*, 12 pr., f. Ulp.

(6) Dig. *ibid.*, 26 § 7, f. Paul.

Paul, le mandant peut se libérer en faisant au mandataire l'abandon noxal de l'esclave (1); d'après Africain, le mandant doit réparer complètement le dommage (2). En effet, dit Africain, le mandataire n'aurait pas éprouvé ce dommage, s'il ne s'était pas chargé de cette commission: *licet alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit; multo tamen æquius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse.*

On a cherché à concilier Paul et Africain, en soutenant que ces deux juriscousultes ne visaient pas la même hypothèse; que, dans le cas prévu par Paul, l'esclave que devait acheter le mandataire n'était pas déterminé, tandis que, dans l'autre espèce, il s'agissait d'un esclave déterminé. Mais Pothier fait remarquer avec raison que les termes employés par Paul, *quod si ego scissem talem esse servum,* font voir que là aussi, il y avait mandat *certi hominis emendi* (3).

96. — La même divergence se présente entre les jurisconsultes romains relativement au recours que peut avoir le mandataire pour se faire indemniser des pertes qu'il a éprouvées en accomplissant le mandat. Le texte d'Africain que nous avons cité, semble donner au mandataire le droit de réclamer le remboursement des pertes que le mandat lui a occasionnées même d'une façon indirecte. Cependant Paul décide que le préjudice souffert par le mandataire par suite de pillage, de naufrage ou de maladie, ne peut entrer en compte, *nam hæc magis casibus, quam*

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 26 § 7, f. Paul.

(2) Dig. XLVII, II, *De furtis*, 61 § 5, f. Africain.

(3) Pothier, *Pandect.*, *Mand. vel contra*, nº 60, note 2.— Cujas, *Comment. in lib. XXXII Pauli ad Edict. ad leg. 26 § 7, Mand.*

mandato, *imputari oportet* (1). Cette décision de Paul est d'autant plus à remarquer, que les cas qu'il prévoit ont été examinés par Ulpien, dans une hypothèse analogue, et résolus par lui en sens contraire (2). Malgré les efforts que Pothier a faits pour démontrer que ces textes ne sont pas en opposition (3), il nous semble d'autant plus difficile d'admettre que Paul et Ulpien étaient d'accord sur cette question délicate, que la même controverse se trouve reproduite dans les lois 60 § 1 et 61, ff. *Pro socio*, entre Labéon, Ulpien et Julien.

97. — Enfin le mandant est obligé de se conformer aux actes passés par le mandataire dans l'exercice régulier de son mandat ; il doit prendre à sa charge les obligations contractées par lui, ou du moins donner caution de le défendre contre les poursuites des créanciers, si ceux-ci ne veulent pas consentir à la novation (4).

SECTION II.

ACTIONS.

98. — Des actions sont accordées par le droit civil à chacune des parties pour la poursuite de leurs droits. L'action qui appartient au mandant porte le nom de directe, *directa mandati actio*, ou simplement *mandati actio*, parce qu'elle découle immédiatement du contrat ; celle qui appartient au mandataire est qualifiée de con-

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 26 § 6, f. Paul.
(2) Dig. XVII, II, *Pro socio*, 52 § 4, f. Ulpien.
(3) Pothier, *Du mandat*, n° 76. Édit. Dupin, T. IV, p. 245. — Voir : Troplong, *Du mandat*, n^os^ 655 et suiv.
(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 45, pr., §§ 1 et 2, f. Paul.

traire, *contraria mandati actio*, parce qu'elle dépeńd de certains évènements postérieurs.

§ 1. — ACTIO MANDATI DIRECTA.

A. — Nature de cette action.

99. — L'action de mandat appartient à la classe des actions de bonne foi (1). Le juge a donc des pouvoirs étendus pour estimer, *ex æquo et bono*, le montant de ce qui doit revenir au demandeur (2). Il en résulte : 1° que même sans aucune stipulation, le mandataire peut être condamné à payer les intérêts dans les cas où ils sont dus (3) ; 2° que dans le cas de dol du mandataire, la réparation peut en être poursuivie, même quand les parties n'ont pas inséré dans le contrat la *cautio* de dol ou *clausula doli* ; et que c'est par l'action de mandat, et non par l'action de dol, que le mandant se fait indemniser (4) ; 3° qu'on tient compte de ce qui est dû d'après les usages, *ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (5) ; et enfin 4° que le juge peut opérer des compensations, c'est-à-dire déduire des demandes formées par le mandant, ce qui est dû au mandataire pour ses avances et ses frais, de manière à ne condamner que pour l'excédant (6).

100. — Dans l'action de mandat, la condamnation pro-

(1) Gaius, *Comment.*, IV, § 62 ; Inst. IV, VI, *De action.*, § 28.

(2) Dig. XLIV, VII, *De obl. et act.*, 2 §§ 3 et 5, f. Gaius ; Gaius, *Comment.*, III, §§ 137 et 155.

(3) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 § 4, f. Ulp.

(4) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 22 § 7, f. Paul, et 42, f. Ulp.

(5) Dig. XXI, I, *De ædil. edict.*, 31 § 20, f. Ulp.

(6) Dig. XVII, I, *Mand.*, 10 § 9, f. Ulp.; Gaius, *Comment.*, IV, § 61.

noncée contre le mandataire est infamante (1) ; *In re mandata non pecuniæ solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est* (2).

La plupart des auteurs admettent que la condamnation n'est infamante que si elle est prononcée pour dol de la part du mandataire : « Non tamen semper hac actione « condemnatus infamia notatur, sed demum quum ex « dolo suo nomine notatur (3). » Nous ne saurions accepter cette distinction qu'aucun texte ne nous paraît autoriser, sauf peut-être ce fragment de Modestin, dont nous avons déjà parlé et suspecté l'exactitude (4). Les textes sont formels et ne font pas de distinction suivant la cause qui a pu motiver la condamnation. En effet, l'édit du préteur porte : *Infamia notatur qui...mandati suo nomine non contrario judicio damnatus erit* (5). Ces

(1) Inst. IV, XVI, *De pœna tem. litig.*, § 2 ; Gaius, *Comment.*, IV, § 182 ; Dig. III, II, *De his qui not. infam.*, 1, f. Julien et 6 § 5, f. Ulp.

(2) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 21, const. Constantin.

(3) Pothier, *Pandect.*, *Mand. vel contra*, nº 43, et *De his qui not. inf.*, nº 15 et la note ; Accurse, *Comment. in Cod. Justin. ad leg. 21, Mand. vel contra*, Paris, 1566, p. 809 ; Corvin, *Ad tit. Mand. vel contra*, p. 233 ; De Ferrière, *op. cit.*, T. I, p. 56 ; Heineccius, *Recit. in elem.*, lib. III, tit. XXVII, § 960, édit. Dupin, T. II, p. 280 ; Mühlenbruch, § 189 ; Demangeat, T. II, p. 722 ; Clamageran, nº 61. — Cpr. De Savigny, *Traité de Droit romain*, trad. Guenoux, 1855, T. II, ch. II, § 77, p. 175.

(4) [V. nº 88 et la note.]— Modestin dit dans ce passage: *Depositi damnatus, infamis est ; qui vero commodati damnatus, non fit infamis. Alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.* Ce raisonnement est loin d'être satisfaisant ; car lorsque le commodataire s'est rendu coupable de dol, l'action n'est pas non plus infamante.

(5) Dig. III, II, *De his qui not. infam.*, 1 pr., f. Julien ; 6 § 5, f. Ulp.; Gaius, *Comment.*, IV, § 182 ; Inst. IV, XVI, *De pœna tem. lit.*, § 2.

mots *non contrario judicio*, sur lesquels s'appuient ceux qui adoptent le système que nous combattons, sont cependant en faveur de notre thèse ; car toutes les fois qu'il peut y avoir mauvaise foi de la part du mandant, l'action contraire emporte infamie ; quelle différence y aurait-il alors entre l'action directe et l'action contraire ? D'après nous, la différence est énorme : dans l'action directe, il y a toujours infamie ; dans l'action contraire, seulement dans des cas exceptionnels.

Les termes de la constitution de Constantin, que nous avons déjà citée, ne peuvent non plus laisser de doutes sur ce point, puisque, tout en commençant par dire que le mandataire encourt l'infamie, il ne s'occupe nullement du dol, mais seulement de la faute légère et de la négligence (1). Enfin, les Instituts, qui, pour le tuteur suspect, ont bien soin de dire d'une manière formelle qu'il n'est pas noté d'infamie lorsque sa révocation a lieu pour simples fautes de sa part (2), ne disent rien de pareil pour le mandataire ; et il est impossible d'argumenter par analogie, la tutelle étant une charge imposée, tandis que le mandat est un contrat facultatif de la part des deux parties. Nous invoquons en outre l'autorité de Cicéron, autorité qui a d'autant plus de poids, qu'elle apporte les motifs à l'appui : « In privatis rebus si qui rem man-
« datam *non modo malitiosius* gessisset, sui quæstus,
« aut commodi causa, *verum etiam negligentius* ; eum
« majores summum admisisse dedecus existimabant.
« Itaque mandati constitutum est judicium non minus
« turpe, quam furti. » Et plus loin : « in minimis rebus,
« qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condem-

(1) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 21, const. Constantin.
(2) Inst. I, XXVI, *De suspect. tut.*, § 6.

« netur, necesse est.... In minimis privatisque rebus, « *etiam negligentia* in crimen mandati, judiciique in- « famiam revocatur (1).... »

101. — Pour quel motif la jurisprudence romaine se montre-t-elle si sévère à l'égard du mandataire, dont les services sont gratuits ? Il faut voir là l'influence de l'origine du mandat et du caractère religieux dont il était primitivement revêtu. Le mandant se confiait au mandataire : celui-ci prenant l'obligation de remplacer le mandant, était considéré comme déshonoré s'il n'avait pas tenu rigoureusement sa promesse. S'il était incapable de bien remplir la mission qui lui était confiée, il devait refuser et ne pas faire naître une confiance à laquelle il ne pouvait répondre. « Quid recipis mandatum, si aut ne- « glecturus, aut ad tuum commodum conversurus es ? « cur mihi te offers, ac meis commodis, officio simulato, « officis et obstas ? recede de medio ; per alium transi- « gam. Suscipis onus officii quod te putas sustinere posse; « quod minime videtur grave iis, qui minime ipsi leves « sunt (2). »

Cette décision n'est pas aussi rigoureuse qu'elle peut le paraître au premier abord. En effet, le mandataire, en commettant une faute, n'est pas, par cela même, noté d'infamie : il n'a qu'à consentir à l'amiable et même pendant l'instance avant le jugement, à indemniser le mandant ; car la transaction n'emporte pas infamie (3). Mais si le mandataire refuse de réparer sa faute, n'y a-t-il pas véritablement mauvaise foi de sa part ; dès lors, quoi d'étonnant à ce qu'il soit noté d'infamie.

(1) Cicéron, *Pro Roscio Amerino*, nos 38 et 39. Ed. Olivet, T. IV, pp. 84 et 85.

(2) Cicéron, *loc. cit.*

(3) Dig. III, II, *De his qui not. inf.*, 6 § 3, f. Ulp.; 7, f. Paul.

102. — L'infamie n'est prononcée que contre le mandataire, et elle n'est encourue par l'héritier que s'il s'est rendu personnellement coupable de dol (1).

B. — A qui elle est donnée.

103. — L'action de mandat appartient, en principe, au mandant, et après sa mort à ses héritiers (2) ; peu importe d'ailleurs qu'il soit, ou non, le maître de l'affaire ; en cas de substitution, c'est donc le substituant, et non le maître, qui peut intenter l'action contre le substitué (3).

104. — Quelquefois le mandant, à raison de son *status*, est incapable d'agir par lui-même. Ainsi l'esclave, personnellement, ne peut être ni créancier ni débiteur (4) ; mais comme le maître acquiert le bénéfice de tous les contrats passés par lui, il peut agir contre ceux qui ont reçu mandat d'administrer soit ses propres biens, soit le pécule (5). On lui accordait même l'action dérivant du mandat donné par son esclave, dans des cas où il n'avait aucun intérêt pécuniaire à son exécution (6).

Le fils de famille ne peut pas plus que l'esclave intenter cette action. *Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet* (7). Toutefois, s'il ne peut intenter l'action civile, le préteur vient à son secours en lui donnant une action *in factum*, surtout lorsque le père est absent, ou hors d'état

(1) Dig. III, II, *De his qui not. inf.*, 6 § 6, f. Ulp.

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 § 17, f. Ulp., et 13, f. Gaius.

(3) Dig. III, V, *De neg. gest.*, 28, f. Javolenus.

(4) Dig. XV, I, *De peculio*, 41, f. Ulp.

(5) Dig. XLVI, II, *De novat. et deleg.*, 44 pr., f. Gaius.

(6) Dig. XVII, I ; *Mand. vel contra*, 54 pr., f. Papinien. — Cpr. *ibid.*, 19, f. Ulp.

(7) Dig. XLIV, VII, *De obl. et act.*, 9, f. Paul.

d'agir. *Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniet, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens, vel mandati agens* (1).

C. — Contre qui elle est donnée.

105. — L'action de mandat s'exerce contre le mandataire, même lorsque le mandataire est un fils de famille; en effet le fils de famille est obligé comme un père de famille par ses contrats, *et ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias, potest* (2). Toutes les fois que le fils n'aura pas de biens lui appartenant en propre, c'est-à-dire de pécule *castrans*, ou *quasi castrans*, cette action restera sans effet tant que le fils sera sous la puissance paternelle. En outre de cette action directe contre le fils, le mandant a une action *de peculio* contre le père, jusqu'à concurrence du pécule dont il laisse la jouissance et l'administration à son fils, de sorte que le mandant a deux débiteurs. *Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem, duntaxat de peculio* (3).

106. — Lorsque le mandataire est un pupille, l'action de mandat ne peut être donnée contre lui, s'il a agi sans l'*auctoritas* du tuteur (4). Cependant, si, en vertu du mandat, le pupille avait touché des sommes dues au mandant, il serait tenu envers lui *quatenus locupletior factus est*.

(1) Dig. v, i, *De judic.*, 18 § 1, f. Ulp.; Dig. xliv, vii, *De obl. et act.*, 13, f. Ulp.

(2) Dig. v, i, *De judic.*, 57, f. Ulp.; Dig. xliv, vii, *De obl. et act.* 39, f. Gaius.

(3) Dig. xv, i, *De pecul.*, 44, f. Ulp.; Dig. xvii, i, *Mand.*, 61, f. Paul.

(4) Inst. i, xxi, *De auct. tut.*, pr. — Cpr. Dig. xlvi, i, *De fidejuss.*, 25, f. Ulp.

D. — Effets de cette action.

107. — Par l'action *mandati*, le mandant peut forcer le mandataire à accomplir le mandat, ou sur son refus, le faire condamner à des dommages et intérêts (1), et, à l'expiration du mandat, à rendre les comptes non seulement de ce qu'il a géré, mais encore de ce qu'il aurait dû accomplir (2). C'est également par l'action de mandat, que le mandant se fait rendre par le mandataire les pièces qu'il lui a confiées (3), remettre ce qu'il l'avait chargé d'acheter (4), et enfin qu'il se fait céder les actions qui ont été acquises pour son compte pendant la gestion, par exemple les actions d'éviction ou de garantie contre le vendeur (5).

Lorsque le mandataire refuse de rendre les acquisitions faites par lui pour le mandant, l'action de mandat est la seule qui appartienne à celui-ci pour triompher de sa résistance (6). Mais si le procureur les cachait frauduleusement, l'action *furti* pourrait être intentée contre lui, concurremment avec l'action de mandat (7). Il en serait de même, si le mandataire avait dissipé les sommes à lui

(1) Dig. XVII, I, *Mand.*, 27 § 2, f. Gaius ; 8 § 10, f. Ulp.; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 5, const. Alexandre ; Cod.VII, XXXII, *De acquir. et retin. poss.*, 12, const. Justinien.

(2) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 11, const. Diocl. et Maxim.

(3) Dig. II, XIII, *De edendo*; 9, f. Paul ; Dig. XVII, I, *Mand.*, 8 pr., f. Ulp.

(4) Dig. XII, V, *De condict. ob turp.*, 9 § 1, f. Paul ; Dig. XVII,I, *Mand.*, 8 § 10, f. Ulp.

(5) Dig. XLI, II, *De adquir. vel amit. poss.*, 49 § 2, f. Papinien.

(6) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 55, f. Papinien. — En outre de cette action personnelle, il peut dans certains cas avoir une action en revendication.

(7) Dig. XVII, II, *Pro socio*, 45, f. Ulp., et 46, f. Paul.

confiées pour être remise à un tiers (1). Enfin, lorsqu'il se cache pour éviter de rendre des comptes, le préteur peut envoyer le mandant en possession de ses biens (2).

108. — Le procureur peut-il opposer la prescription aux demandes du mandant? Quant aux choses qui lui ont été confiées, et aux biens dont il avait l'administration, la négative est certaine, puisqu'il possède en vertu d'un titre précaire (3). En ce qui concerne les choses achetées en vertu du mandat, il faut faire une distinction. Si le procureur a accepté la chose « ea mente et cogitatione ut « mandatori acquireret (4), » la possession est acquise directement au mandant, de sorte qu'il ne peut prescrire puisqu'il possède, non en son propre nom, mais au nom du mandant. S'il a reçu la chose pour lui-même, bien qu'il l'ait payée avec l'argent du mandant, la prescription est possible, d'après Paul; *diutius possessione capis : quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis* (5). Il faut noter que cette décision qui concorde avec la doctrine professée par Paul au point de vue de la translation de la propriété des choses reçues par le mandataire pour son propre compte, ne saurait être admise dans le système d'Ulpien, système opposé à celui de Paul, et qui, croyons-nous, avait fini par prévaloir. La solution dépend donc de celle d'une autre question qui est examinée plus loin. Il est bien entendu, d'ailleurs, que le mandant, s'il ne

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 22 § 7, f. Paul.

(2) Cod. VII, LXXII, *De bonis auct. judic.*, 9, const. Diocl. et Maxim.

(3) Cod. VII, XXXIX, *De præscr. trig. vel quadr. ann.*, 7 § 6, const. Justinien.

(4) Cujas, *Comment. ad leg.* 13, *tit. De usurp. et usucap.*

(5) Dig. XLI, III, *De usurp. et usucap.*, 13 § 2, f. Paul.

peut revendiquer la chose, a le droit de réclamer des dommages-intérêts proportionnés au préjudice qui lui est causé (1).

109. — D'après Scævola, quand il y a plusieurs mandataires, chacun d'eux peut être actionné pour le tout (2). La solidarité a donc lieu de plein droit, *etiamsi non sit concessum in mandato* (3). Cette disposition a-t-elle été abolie par la novelle 99, qui décide que la solidarité entre débiteurs n'est jamais présumée, et qu'elle doit être formellement exprimée? Nous ne le pensons pas; la solidarité résulte dans ce cas de la nature même de l'engagement, puisque chaque mandataire s'est obligé, non pas pour une partie, mais pour la totalité de la gestion; il doit donc en répondre. Il n'en serait plus ainsi, si les pouvoirs des mandataires avaient été partagés, parce qu'il y aurait plusieurs mandats séparés et indépendants les uns des autres (4).

§ 2. — Actio mandati contraria.

A. — Nature de cette action.

110. — L'action contraire de mandat, comme l'action directe, est une action de bonne foi, et par conséquent,

(1) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 16, const. Diocl. et Maxim.

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 60 § 2, f. Scævola.

(3) Dig. *ibid.*, 59 § 3, f. Paul.

(4) Pothier, *Du mandat*, nº 63 Ed. Dupin, T. IV, p. 235; Domat, *Les lois civiles*, T. I, tit. XV, sect. III, § 13; Cujas, *Comment. in lib. I Resp. Scævol. ad leg.* 60 § 2 *Mandati.* — Le système exposé ci-dessus a cependant trouvé des contradicteurs. Voir notamment Automne et Favre sur la loi 68 § 3, Dig. *Mand.*

tout ce que nous avons dit pour cette dernière s'applique ici.

La seule différence consiste en ce que la condamnation prononcée contre le mandant n'est pas infamante. *Contrario judicio damnatus non erit infamis. Nec immerito ; nam, in contrariis, non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi* (1). En effet, celui qui conteste un règlement de compte n'est pas coupable comme celui qui, malgré son engagement de se dévouer aux affaires d'une personne, les néglige et trahit sa confiance. Lorsque, par exception, le mandant est coupable de mauvaise foi, la condamnation est infamante (2).

B. — A qui elle appartient.

111. — L'action *mandati contraria* appartient à celui qui a reçu le mandat; mais le mandataire ne peut pas toujours l'exercer; c'est ce qui a lieu dans le cas suivant : un tiers contestant à l'acheteur d'un esclave la propriété de cet esclave, l'acheteur charge son vendeur de répondre à l'action en revendication; si le vendeur est condamné, et qu'au lieu de rendre l'esclave il paie la somme portée dans la condamnation, il n'a aucun recours contre le mandant pour se faire rendre la somme qu'il a payée ; et en effet, étant garant de l'éviction par la *duplæ stipulatio*, il ne peut pas réclamer à son acheteur une somme qu'il aurait dû lui verser, si celui-ci avait été condamné personnellement (3). Toutes les fois donc qu'il s'agit d'un *procurator in rem suam datus*, l'action contraire de mandat n'a pas lieu.

(1) Dig. III, II, *De his qui not. infam.*, 6 § 7, f. Ulp.

(2) Dig. III, II, *ibid.*, 6 § 5, f. Ulp.

(3) Dig. XXI, II, *De evict. et dupl. stip.*, 21 § 2, f. Ulp., et 66 § 2, f. Papinien.

112. — L'action contraire de mandat n'appartient pas non plus au mandataire, lorsqu'il a fait une chose autre que celle qui lui était ordonnée (1), ou qu'il a outrepassé ses pouvoirs, *nam qui excessit, aliud quid facere videtur* (2). Toutefois, nous avons vu que la jurisprudence romaine s'était bien relâchée à cet égard; à l'époque de Justinien, le procureur qui achète plus cher que son mandat ne le permet, a action jusqu'à concurrence de la somme désignée. Dans certains cas, on accorde aussi une action au mandataire qui, au lieu de se conformer exactement au mandat, a fait une chose équivalente, lorsque le mandant en a retiré le même avantage (3).

113. — En principe, un esclave ne peut être procureur; cependant s'il avait payé comme fidéjusseur, suivant le mandat d'un tiers, le maître aurait contre ce tiers l'action contraire de mandat (4). La solution est exactement la même pour le fils de famille. Puisque le père est tenu, par les actions *quod jussu* ou de *peculio*, de répondre des engagements pris par son fils, il peut agir, par l'action contraire de mandat, contre le débiteur principal pour recouvrer ce qu'il a été obligé de payer (5). Si le fils a été émancipé et a payé après son émancipation, le père n'a pas l'action de mandat, puisque cette action n'a pris naissance qu'au moment du paiement, et à une époque où les droits de son fils ne lui étaient plus acquis; et cependant cette action ne peut appartenir non plus au fils, parce que, si elle naît seulement à l'instant du paiement, elle

(1) Dig. XVII, I, *Mand.*, 41, f. Gaius; Gaius, *Comment.*, III, § 161.
(2) Dig. *ibid.*, 5 pr., f. Paul.
(3) Dig. *ibid.*, 45 § 4, et 46, ff. Paul.
(4) Dig. *ibid.*, 12 § 3, f. Ulpien.
(5) Dig. *ibid.*, 12 §§ 4 et 5, f. Ulp.; Dig. III, V, *De neg., gest.*, 46, f. Africain.

découle néanmoins du contrat de mandat; et à ce moment, le fils était *alieni juris*. Aussi le préteur lui accorde-t-il une action *in factum* (1).

L'action contraire du mandat passe aux héritiers du mandataire (2).

C. — Contre qui elle est donnée.

114. — Cette action se donne contre le mandant, et contre ses héritiers. En effet, dit Paul, si la mort dissout le mandat, il n'en est pas de même des actions auxquelles il a donné naissance (3).

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit des personnes *alieni juris*. Le *paterfamilias*, en cas de mandat donné par son esclave ou par son fils, peut être actionné par le mandataire jusqu'à concurrence du profit qu'il en a retiré, par l'action *de in rem verso*, ou jusqu'à concurrence du pécule, par l'action *de peculio*; car le maître est censé avoir autorisé le fils ou l'esclave à agir et à s'engager dans les limites du pécule (4). Nous ferons cependant remarquer que, lorsque l'esclave s'est engagé pour autrui, comme *mandator pecuniæ credendæ*, le maître n'est pas tenu, même *de peculio* (5). Pour le fils de famille, il en est autrement (6). Si l'esclave ou le fils de

(1) Dig. XVII, I, *Mand.*, 12 § 6, f. Ulp. — Pothier, *Pandect.*, *Mand.*, n° 50 et note.

(2) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 2, const. Sévère et Antonin; Cod. VIII, XLI, *De fidejus.*, 14, const. Gordien; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 14, f. Ulp.

(3) Dig. *ibid.*, 58 pr., f. Paul.

(4) Dig. XIV, V, *Quod cum eo*, 1, f. Gaius; 2, f. Ulp.; Dig. III, V, *De neg. gest.*, 43, f. Paul.

(5) Dig. XV, I, *De peculio*, 3 § 5, f. Ulp.

(6) Dig. *ibid.*, 3 § 9, f. Ulp. — Adde : Dig. XVII, I, *Mand.*, 19, f. Ulp. — Pothier, *Pandect.*, *Mand. vel contra*, n° 8 et note.

famille avait agi par ordre du *paterfamilias*, l'action *quod jussu* appartiendrait au mandataire.

D. — Quand et dans quel but elle est donnée.

115. — L'action contraire de mandat est accordée au mandataire pour se faire rembourser, par le mandant, ses avances, toutes les dépenses qui peuvent entrer en compte, et les intérêts s'il y a lieu.

Mais ce n'est pas par cette action que le mandataire peut réclamer ses honoraires ; il doit s'adresser au magistrat qui statue lui même souverainement et *extra ordinem* (1).

116. — Le mandataire peut-il intenter l'action de mandat avant d'avoir fait des débours ? La question doit se résoudre par une distinction. Si les avances que le mandataire se trouve obligé de faire, sont importantes, et ne sont qu'une conséquence du mandat qu'il a accepté, sans en être l'objet prévu et principal, il peut forcer le mandant à prendre à sa charge les obligations qu'il a contractées. Supposons, par exemple, qu'une personne reçoive le mandat d'acheter une maison ; peut-on la contraindre à vendre ses propres biens pour acquitter le prix d'achat ? *Et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem quæ adversus te venditori competit* (2). C'est d'ailleurs un principe de juste réciprocité ; puisque le mandant peut forcer le mandataire à lui céder les droits et actions, il est équitable qu'il prenne aussi les obligations à sa charge (3). En effet, en pareil cas, le man-

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 7 et 56 § 3, ff. Papinien; Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 1, const. Sévère et Antonin.

(2) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 45 pr., f. Paul,

(3) Dig. *ibid.*, 45 § 5, f. Paul.

dant n'est pas obligé de payer immédiatement ; il se borne à décharger le mandataire, soit en s'obligeant à sa place au moyen d'une novation, soit en donnant caution de le défendre, si le créancier ne veut pas consentir à la novation (1).

La solution n'est plus la même, lorsque l'objet principal du mandat était de soumettre le mandataire à l'obligation de faire une avance ; ainsi, lorsqu'on accepte le mandat de se porter comme fidéjusseur, ou ne peut agir contre le mandant, débiteur principal, avant d'avoir été condamné à payer, à moins que celui-ci, en dissipant ses biens, ne donne de justes craintes d'iusolvabilité pour l'avenir (2).

117. — De même que les mandataires, les mandants sont tenus solidairement. *Paulus respondit, unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato* ; mais, ainsi que le fait observer la suite du texte, si la condamnation a été prononcée contre tous les mandants, l'action *judicati* doit se partager entre eux, parce qu'il y a eu novation de la dette solidaire en une autre dette résultant de la condamnation et qui n'est pas solidaire de plein droit (3). Quant aux *mandatores pecuniæ credendæ*, ils jouissent du bénéfice de division (4).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 45 §§ 2, 5, f. Paul.

(2) Dig. *ibid.*, 38 § 1, f. Marcellus; Dig. XLVI, I, *De fidejus.*, 45, f. Scævola; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 10, const. Diocl. et Maxim. — Cujas, *Comment. in tit. XXXV, lib. IV, Cod. ad leg.* 10.

(3) Dig. XVII, I, *Mand.*, 59 § 3, f. Paul. — Pothier, *Du mandat*, n° 82; éd. Dupin, T. IV, p. 249. — Pour que la condamnation pût être exécutée solidairement, il faudrait que la solidarité eût été prononcée par la sentence.

(4) Dig. XXVII, VII, *De fidej. tut.*, 7, f. Pap.; Nov. I, IV, 4, cap. 1.

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU MANDAT A L'ÉGARD DES TIERS.

SECTION I.

OBLIGATIONS.

118. — A l'égard des tiers, le mandant est tenu de respecter tous les actes que le mandataire a faits par son ordre, ou dans les limites du mandat. Par exemple, un procureur a-t-il vendu et livré une chose d'après les ordres du propriétaire, ce dernier ne peut la revendiquer entre les mains de l'acquéreur. A la demande du mandant, l'acheteur opposera l'exception *rei venditæ et traditæ*, tout aussi bien que si la vente avait été opérée par le mandant lui-même (1). En effet, si matériellement le mandant a été étranger à la vente, ce n'est pas moins sa volonté qui y a présidé, et le mandataire n'était qu'un instrument. Peu importe, disent les Instituts, que la chose soit livrée par le propriétaire lui-même, ou par un autre en son nom (2). L'intention de transférer à autrui la propriété de sa chose, doit donc exister chez le maître ; si cette volonté fait dé-

(1) Dig. XXI, III, *De except. rei vend.*, 1 § 2, f. Ulp.
(2) Inst. II, I, *De divis. rer.*, § 42.

faut, la vente est nulle, et la revendication possible. De plus, lorsque le maître a voulu que la transmission eût lieu en faveur de telle personne plutôt que de toute autre, si le mandataire ne vend pas à la personne même que le mandant avait en vue, la vente est nulle (1); et pourquoi ? c'est que la vente ne peut avoir lieu que par l'accord de deux volontés; celle de l'acheteur a bien été obtenue par le procureur, mais celle du maître, le véritable vendeur, fait défaut. C'est pour le même motif, que la vente n'est pas valable quand elle a lieu pour un prix inférieur à celui qui était fixé (2).

119. — Il paraîtrait bien résulter de là, que, le mandataire n'étant qu'un intermédiaire porteur de la volonté du mandant et chargé d'obtenir le consentement du tiers, le contrat doit produire les mêmes effets que s'il avait été conclu directement par le mandant. La chose est vraie dans une certaine mesure ; la possession passe immédiatement du mandant à l'acheteur, et il peut y avoir jonction entre leurs possessions, *accessio possessionum* (3). Mais d'un autre côté, le même obstacle qui s'oppose à ce qu'on puisse céder ses actions, se présente ici. C'est le procureur qui a fait l'offre, qui a conclu le contrat, c'est donc en sa personne que les actions prennent naissance. Paul le dit en termes formels : *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt ; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* (4).

(1) Dig. XVIII, I, *De contr. empt.*, 63, f. Javolenus.

(2) Dig. XXI, III, *De except. rei vend.*, 1 § 3, f. Ulp.; Dig. XVII, I, *Mand.*, 5 § 3, f. Paul.

(3) Dig. XLIV, III, *De div. temp. præscr.*, 15 § 2, f. Venuleius.

(4) Dig. XLIV, VII, *De obl. et act.*, 11, f. Paul.

120. — Nous nous occupons cependant d'un contrat du droit des gens, et ces contrats peuvent se faire par procureur. Comment donc faut-il l'entendre ? En ce sens que, dans les contrats du droit des gens, la personne qui doit profiter de l'acte, n'a pas besoin d'être présente ; le procureur n'agit pas, il est vrai, au nom de cette personne; c'est lui qui s'engage, et c'est envers lui que s'obligent les tiers ; mais ensuite, par des moyens détournés dont nous avons déjà vu des exemples, le résultat et le bénéfice du contrat peuvent être transportés au mandant (1). Dans les contrats de pur droit civil au contraire, les intéressés doivent jouer leur rôle en personne et leur présence est indispensable.

Par conséquent, même dans les cas où il est permis d'agir par procureur, la représentation juridique n'est pas possible, en vertu de ce principe : *per extraneam personam nihil adquiri posse* (2) ; c'est-à-dire que le mandataire ne peut parler ni stipuler au nom du mandant, ni l'obliger envers autrui, et que par suite les obligations résultant des contrats existent pour et contre le mandataire et ne passent pas, *ipso jure*, dans la personne du mandant. *Si igitur procurator non sibi, sed ei cujus negotia administrabat, redintegratæ rei vindicationem pactus est, idque pactum etiam stipulatio insequuta est, nulla domino obligatio adquisita est* (3).

121. — En dehors de là, toutes les fois qu'il ne s'agit

(1) Mühlenbruch, § 130.

(2) Inst. II, IX, *Per quas pers.*, § 5 ; Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 75 § 4, f. Scævola.

(3) Cod. IV, XXVII, *Per quas pers. nob. adq.*, 1, const. Diocl. et Maxim. — Cujas, *Comment. in lib. II, Defin. Papin. ad leg. 49 § ult. de adq. vel amit. poss.* — On remédiait à cet inconvénient au moyen de l'*adstipulatio*, ou de l'*adjectio solutionis gratia*. — Voir Ortolan, T. III, nº 1378.

pas d'acquérir des obligations par une personne libre, il est parfaitement vrai de dire que le mandataire représente le mandant. La différence entre les deux cas se trouve bien marquée dans le fragment suivant de Modestin : *ea quæ civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus; veluti stipulationem : quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus* (1).

Nous en avons déjà vu un exemple dans la vente ; il en est de même, lorsque le mandataire achète et prend livraison pour le compte du mandant ; la possession et, par conséquent, la propriété passent immédiatement au mandant, parce que, si la détention physique est au procureur, c'est le maître qui a l'*animus*, la volonté d'être propriétaire (2).

122. — Il faut donc deux conditions pour que le mandant devienne aussitôt propriétaire :

1° que la livraison soit faite par le propriétaire au nom du mandant (3);

2° que le mandant ait la volonté d'être propriétaire, et par conséquent, ait connaissance de l'achat (4).

(1) Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 53, f. Modestin.

(2) Un fragment de Callistrate porte : *res ex mandatu meo empta, non prius mea fiet, quam si tradiderit qui emit.* (Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 59). Mais ce texte ne doit pas être entendu dans un sens aussi général qu'il paraît le comporter. Ce texte est applicable toutes les fois que le vendeur a traité avec le procureur comme avec le véritable maître, ou lorsque les parties, pour un motif quelconque, n'ont pas voulu qu'au moment de l'achat, la propriété passe directement au mandant. Voir : Demangeat, T. I, p. 596 ; Pellat, *Textes choisis des Pandectes*, 2e éd., p. 116.

(3) Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 13, f. Nératius ; 20 § 2, f. Ulp.; Cod IV, L, *Si quis alteri*, 9, const. Diocl. et Maxim.

(4) Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 58, f. Modestin.

Cette condition est tellement essentielle, que si le maître n'a pas cette volonté au moment du contrat, c'est seulement du jour où il l'aura, que la propriété lui sera acquise, c'est-à-dire du jour de la ratification (1). Les Instituts disent bien, *non solum scientibus, sed et ignorantibus* (2); mais ces mots ne sont pas en opposition avec ce que nous venons de dire. Il faut entendre par là, que si une personne donne mandat d'acheter une chose, elle en devient propriétaire au moment même où la tradition est effectuée entre les mains du procureur, bien qu'elle ignore le moment précis où cette opération a lieu. En effet, l'*animus* existe chez le mandant ; une seule chose manque, le *corpus*, ou détention réelle, et par la tradition cette dernière condition se trouve remplie ; pour l'usucapion, on exige cependant que le mandant ait connaissance de la tradition (3).

123. — Nous n'avons pas ajouté, comme troisième condition, que le mandataire doit recevoir la chose pour le compte du mandant. Cette condition est certainement exigée par Julien. *Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur* (4). Mais Ulpien émet un avis tout opposé : *nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus*

(1) Dig. XLI; II, *De adquir. vel amitt. poss.*, 42 § 1, f. Ulp. — Cpr. Dig. III,V, *De neg. gest.*, 24, f. Paul. —Cujas, *Comment. in lib. II, Defin. Pap. ad leg. 49 § ult. de adq. vel amitt. poss.*

(2) Inst. II, IX, *Per quas pers.*, § 5; Cod. VII, XXXII, *De adquir. et ret. poss.*, 1, const. Sév. et Ant. ; Dig. XLI, III, *De usurp.*, 47, f. Paul.

(3) Dig. XLI, II, *De adq. vel amitt. poss.*, 49 § 2, f. Papin.; Dig. XLI, III, *De usurp. et usuc.*, 47, f. Paul.

(4) Dig. XLI, I, *De adquir. rer. dom.*, 37 § 6, f. Julien.

acceperit ; nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit (1).

La plupart des commentateurs prétendent qne ces deux textes ne sont pas contradictoires ; d'après eux, la phrase de Julien est incomplète et a été tronquée par les auteurs du Digeste, et aux mots *nihil agetur*, ils ajoutent des restrictions qui en changent complètement le sens (2). Cujas admet également que ces textes peuvent être conciliés de la façon suivante : « Si res tradita sit, ut eam mihi adqui-
« reret, et is hac mente acceperit, ut eam sibi adquireret
« et haberet, nihil agit ; in persona procuratoris scilicet,
« ut rectissime ait *l. qui mihi sup. de donat.*; sed mihi
« res adquiritur juxta voluntatem domini, qui rem tra-
« didit procuratori meo, ut fieret mea ; quam quidem
« domini voluntatem procurator meus evertere non po-
« test (3). » Cujas abandonne d'ailleurs cette opinion dans d'autres parties de son ouvrage : « Nam si suo no-
« mine procurator apprehendat possessionem, non do-
« mini,. . .sane domino non adquirit possessionem, sed
« sibi potius (4). »

Nous ne pensons pas qu'il y ait de conciliation possible entre Julien et Ulpien ; et nous admettons d'autant mieux, comme exprimant la véritable pensée de Julien, la solution donnée par le passage de ce jurisconsulte, tel qu'il nous est parvenu, qu'il y a plusieurs autres fragments dans le

(1) Dig. XXXIX, V, *De donat.*, 13, f. Ulp.

(2) Pothier, *Pand.*, *De adq. rer. dom* , n° 56 ; De Savigny et Vangerow, cités par Pellat, *op. cit.*, p. 114 ; Mühlenbruch, § 236, texte et notes.

(3) Cujas, *Comment. in lib. XLIV, Dig. Salv. Juliani, ad leg. 57 § ult., de adquir. rer. dom.*

(4) Cujas, *Comment. in lib. LIV, Pauli ab Edict.*; *ad leg. 1 § 20, De adquir. vel amitt. poss.*— Adde : *Comment. ad leg. 15, De usurp. et usuc.*

Digeste qui consacrent une doctrine identique. Ainsi, d'après Paul, *per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis adquiritur ; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere* (1). Or, il ne faut pas oublier que progressivement on accordait au mandat des effets plus étendus, au point de vue des rapports entre les mandants et les tiers, et que ce n'est même qu'à une époque assez avancée, que fut admise, *utilitatis causa* (2), la faculté d'acquérir la possession par procureur. Il n'est donc pas étonnant que cette question, résolue contre le mandant par Julien, ait reçu une solution différente d'Ulpien, qui vivait longtemps après. Il semble même, d'après la parfaite ressemblance des textes, quant aux espèces prévues, ainsi que le fait remarquer M. Pellat (3), qu'Ulpien devait avoir sous les yeux le passage de Julien en écrivant le texte dont il s'agit.

A l'époque d'Ulpien, la question était encore controversée, puisque son contemporain Paul adopte l'opinion de Julien; mais une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, postérieurs à Ulpien, nous paraît trancher la question dans le sens de celui-ci (4), et une constitution de Justinien (5), bien qu'elle ne vise pas tout-à-fait le cas qui nous occupe, permet de supposer que telle devait être l'état de la jurisprudence à son époque.

124. — Nous avons vu que les obligations contractées

(1) Dig. XLI, II, *De adq. vel amitt. poss.*, 1 § 20, f. Paul. — Cpr. *ibid.*, 1 § 19, f. Paul; Dig. XLI, I, *De adq. rer. dom.*, 36 § 4, f. Julien.

(2) Paul, *Sent.*, V, II, § 2.

(3) Pellat, *op. cit.*, p. 113.

(4) Cod. IV, L, *Si quis alt.*, 9, const. Diocl. et Maxim.

(5) Cod. IV, XXVII, *Per quas pers. nob. adq.*, 3, const. Justinien.

par le mandataire lui restent personnelles, et ne peuvent être intentées contre le mandant; d'importantes dérogations furent apportées successivement à ce principe, d'abord par les préteurs, et ensuite par les constitutions impériales.

125. — Dans les affaires commerciales, la stricte application des principes était à la fois incommode et désavantageuse pour les tiers aussi bien que pour le mandant. Il est en effet facile de concevoir qu'on hésitait à traiter avec un préposé d'une solvabilité douteuse, alors qu'on n'avait aucun recours contre le maître (1).

Le même inconvénient se présentait avec plus de force encore dans le commerce maritime; car si on peut prendre des renseignements sur celui qui est préposé à un établissement dans un lieu fixe, il n'en est pas de même pour le capitaine, qui va d'un lieu à un autre, loin de son pays d'origine; et le plus souvent le temps et les circonstances ne laissent pas la liberté de faire de pareilles recherches. Il parut donc nécessaire que le maître fût tenu envers les tiers pour les obligations contractées par son préposé, *institor*, et l'armateur, *exercitor*, pour les engagements pris par son capitaine (2); toutefois, on ne s'écarta des principes ordinaires que dans le cas où les circonstances l'exigeaient impérieusement. Aussi, comme la nécessité de cette innovation se faisait moins vivement sentir pour les obligations contractées par les tiers envers le préposé et le capitaine, on resta à cet égard dans le droit commun; le maître et l'armateur ne purent agir direc-

(1) Ulpien dit en parlant de l'édit qui introduisait cette réforme : *utilitatem hujus edicti patere nemo est qui ignoret.* (Dig. XIV, I, *De exercit. act.*, 1 pr.)

(2) Dig. XIV, I, *De exerc. act.*, 1 pr., f. Ulp.; Inst. IV, VII, *Quod cum eo*, § 2.

tement contre eux que dans quelques cas particuliers (1).

126. — Cette exception aux principes rigoureux ne fut pas restreinte aux deux cas que nous venons d'indiquer; les préteurs l'étendirent peu à peu à tous les contrats du droit des gens, notamment en matière d'achat (2), de stipulation prétorienne (3), de prêt (4), et ils en accordèrent le bénéfice non seulement aux tiers contre le mandant, mais aussi au mandant contre les tiers.

127. — On avait également fini par admettre que, dans les contrats réels de prêt et de dépôt, dans lesquels l'obligation de rendre, imposée à l'emprunteur et au dépositaire, est moins une conséquence du contrat que du fait de la possession où ils se trouvent de choses appartenant à autrui, le dépositaire et l'emprunteur seraient tenus directement et civilement envers le mandant, et on avait étendu cette exception à toute espèce de prêts, même au *mutuum*, bien que, dans ce cas, le prêteur soit simplement créancier. *Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur* (5). Il fallait

(1) Dig. XIV, I, *De exerc. act.*, 1 § 18, f. Ulp.

(2) Dig. XIX, I, *De act. empt. et vend.*, 13 § 25, f. Ulp.

(3) Dig. XLVI, V, *De stip. præt.*, 5, f. Paul.

(4) Dig. III, V, *De neg. gest.*, 31 pr., f. Papinien; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 10 § 5, f. Ulp.

(5) Dig. XLV, I, *De verb. obl.*, 126 § 2, f. Paul; Dig. XII, I, *De reb. cred.*, 2 § 4, f. Paul; 9 § 8, f. Ulp.; Dig. XVI, III, *Depos.*, 1 § 11, f. Ulp. On peut aussi expliquer cette exception en disant que la cession des actions à laquelle était obligé le mandataire fut considérée comme faite tacitement et dès le moment du contrat. Ce qui est dit au texte, fait voir pourquoi il en fut ainsi pour le dépôt et le prêt plutôt que pour tout autre contrat. On pensait qu'il était plus simple d'accorder au propriétaire le droit de réclamer directement sa chose que de le forcer à avoir recours à l'intermédiaire de son procureur.

pour cela que le prêt ou le dépôt eût été fait au nom du mandant, peu importe d'ailleurs que l'argent prêté fût ou non le sien. Si le procureur avait prêté ou déposé en son nom, les actions lui appartiendraient, quand même il aurait stipulé que les choses devraient être rendues au maître. *Nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eamdem stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum* (1); or la stipulation faite au nom d'autrui est nulle (2).

128. — Justinien alla beaucoup plus loin. S'étonnant que le maître ne pût intenter les actions accessoires de gage ou d'hypothèque, alors que la condiction, c'est-à-dire l'action principale, lui était acquise directement, cet empereur décida que, puisque le procureur ne pouvait se dispenser de les céder par l'action de mandat, elles seraient acquises au maître, *ipso jure, et sine aliqua cessione*; de sorte que nous voyons l'obligation directe et civile dérivant d'un pacte passé par le procureur, acquise *ipso jure* au mandant (3).

Donc, en définitive, dans le dernier état de la jurisprudence romaine, par suite des innovations des empereurs, et au moyen des remèdes prétoriens, le mandat produisait à peu près les mêmes résultats que s'il y avait représentation du mandant par le mandataire, et la règle de Scævola : *nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest* (4), a, en fait, beaucoup perdu de son exactitude.

(1) Dig. XLV, I, *De verb. obl.*, 126 § 2, f. Paul.

(2) Dig. *ibid.*, 38 § 17, f. Ulp.

(3) Cod. IV, XXVII, *Per quas pers. nob. acq.*, 2, const. Justinien. Ulpien, bien qu'il eût en général des idées assez progressives, n'avait pas osé aller jusque-là (Dig. XIII, VII, *De pign. act.*, 11 § 6).

(4) Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 73 § 4, f. Scævola.

129. — Jusqu'ici nous avons supposé que la personne agissant pour autrui était munie des pouvoirs nécessaires. Dans le cas contraire, la ratification du maître, soit expresse, soit tacite, produit les mêmes effets que si le mandat avait été donné *ab initio*.

Lorsque le maître refuse de ratifier, les actes passés sans mandat sont complètement nuls (1), et ne l'engagent en aucune façon ; les tiers ont seulement un recours contre le procureur par l'action *ex stipulatu*, s'ils ont exigé de lui la caution *ratam rem dominum habiturum* (2).

130. — Cependant, lorsque celui qui a acheté d'un faux procureur a été mis en possession, peut-il être dépossédé par le maître ? Il faut distinguer si la vente a eu pour objet des meubles ou des immeubles. Quant aux meubles, la réponse ressort d'une constitution de Philippe : *Sciens servum alienum contra domini voluntatem venundans, furtum committit.* Comme choses volées, ils sont donc imprescriptibles, tant qu'ils ne sont pas revenus entre les mains du maître (3). Mais on sait que les immeubles n'étaient pas considérés comme susceptibles d'être volés, puisque, pour le vol, il faut une soustraction, c'est-à-dire un déplacement frauduleux de la chose, et que les lois *Plautia* et *Julia*, applicables aux immeubles, n'en empêchaient l'usucapion que dans le cas où ils étaient envahis par violence. Il en résulte que l'acheteur de bonne foi peut prescrire par une possession de 10 à 20 ans (4). On voit donc que, contrairement à ce qui a

(1) Cod. II, XIII, *De procur.*, 10, const. Alexandre, et 16, const. Diocl. et Maxim.

(2) Voir : Dig. XLVI, VIII, *Ratam rem haberi*.

(3) Cod. VII, XXVI, *De usuc. pro empt.*, 1, const. Antonin ; 7, const. Philippe ; Cod. VII, XXVII, *De usuc. pro donato*, 2, const. Diocl. et Maxim.

(4) Cod. VII, XXVII, *De usuc. pro donato*, 1, const. Alexandre.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R

lieu dans notre Droit actuel, la prescription des meubles était plus difficile que celle des immeubles. Notons enfin, qu'à l'époque de Justinien, la *præscriptio longissimi temporis*, ou prescription de trente ans, sert à couvrir le possesseur de mauvaise foi et même l'acheteur de choses volées.

131. — Le mandant n'est pas non plus tenu des actes que son procureur a faits par collusion avec les tiers (1); il a même contre eux, dans certains cas, l'action de dol (2).

SECTION II.

ACTIONS.

132. — Tout ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent, va recevoir ici son application. Les actions appartiennent, en effet, à ceux qui ont des droits à exercer ; or les droits qui résultent des contrats passés par un mandataire, appartenant, du moins primitivement, à ce mandataire, lui seul peut en poursuivre l'exécution.

Dans le cas de vente, par exemple, le procureur seul peut réclamer le prix ; mais réciproquement il est seul tenu de l'éviction et des vices redhibitoires, même après qu'il a cessé de s'occuper des affaires du mandant (3), et sans qu'il puisse se faire relever de cette obligation par le préteur.

(1) Dig. XLI, IV, *Pro empt.*, 7 § 6, f. Julien ; Dig. XLIV, IV, *De doli mali except.*, 9, f. Paul.

(2) Dig. IV, III, *De dolo malo*, 7 § 9, f. Ulp.; 14, f. Paul ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 1, f. Ulp.

(3) Dig. III, III, *De proc.*, 67, f. Papin.; Dig. XLIV, IV, *De doli*

De même, dans le cas d'achat, l'action *ex empto*, les actions de garantie, sont exercées par le mandataire (1), et réciproquement le mandataire peut seul être poursuivi pour le paiement du prix. Il faut toutefois observer que le mandant devenant immédiatement propriétaire par suite de la tradition effectuée à son procureur, peut intenter l'action publicienne (2).

133. — L'acheteur ne peut intenter les actions redhibitoires pour vices de la chose vendue, que s'il ignorait l'existence de ces vices au moment du contrat. Il peut se faire qu'ils fussent connus du procureur, et inconnus du mandant, ou réciproquement.

La première hypothèse est facile à résoudre. On comprend en effet, que si le procureur voulait intenter l'action redhibitoire, l'acheteur pourrait lui opposer sa connaissance personnelle des vices ; d'autre part, le mandant, bien que le préteur lui accorde une action utile *ex empto*, ne pourrait non plus s'en servir à l'effet de poursuivre la résolution du contrat, car il est de principe, que le dol du procureur nuit au maître ; *Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, nec nos dubitamus* (3). Son recours contre le mandataire suffit pour la sauvegarde de ses intérêts (4). Nous voyons cependant, au titre *De liberali causa*, un fragment de Paul

mali except., 5 § 4, f. Paul ; *Fragm. vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 328. — Voir cependant Valla, *De rebus dubiis*, Paris, 1583, tract. IX, f° 96 verso. D'après lui, le procureur ayant mandat de vendre une chose déterminée, ne serait pas personnellement garant de l'éviction.

(1) Cod. IV, L, *Si quis alt.*, 7, const. Diocl. et Maxim.; Dig. XLI, II, *De adquir. vel amitt. poss.*, 49 § 2, f. Papin.

(2) Dig. VI, II, *De publ. in rem act.*, 7 § 10, f. Ulp.

(3) Dig. XIV, IV, *De trib. act.*, 5, f. Ulp.

(4) Dig. XXI, I, *De ædil. edict.*, 51 § 1, f. Africain.

portant que si un procureur achète sciemment un homme libre, l'action peut être utilement exercée par le mandant de bonne foi (1). On comprend aisément la différence qu'il y a entre l'espèce prévue par ce texte et celle que nous examinions d'abord. Il ne s'agit pas dans ce cas d'une action dérivant du contrat de vente, mais d'une action pénale, intentée contre la personne, objet de la vente, par suite du dol dont elle s'est rendue coupable en se présentant comme esclave. Nous ajouterons que le maître ne peut pas toujours intenter cette action. Ulpien déclare en effet, dans deux passages différents : *sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet* (2). On a expliqué cet antagonisme apparent que présentent les textes d'Ulpien avec celui de Paul, en disant que dans l'espèce prévue par Paul, le mandat désignait l'homme qui devait être acheté, et qu'Ulpien vise le cas où le procureur était libre dans son choix (3). Cette supposition est rationnelle et nous paraît se justifier facilememt. En effet pour qu'une condamnation puisse être prononcée contre celui qui s'est présenté comme esclave, il est nécessaire que l'achat ait été motivé par une fraude de sa part. C'est donc dans la personne de celui qui a fait le choix, mandant ou mandataire, qu'il faut examiner s'il y a eu bonne foi ou connaissance de la véritable condition de l'esclave prétendu.

134. — Supposons au contraire que le mandant connaissait les vices tandis qu'ils étaient ignorés du procureur. De ce que le procureur parle en son nom dans les contrats, et intente en son nom les actions en dérivant, il semble résulter que c'est sa bonne foi personnelle, et non

(1) Dig. XL, XII, *De liber. causa*, 17, f. Paul.
(2) Dig. *ibid.*, 16 § 3, et 22 § 5, ff. Ulp.
(3) Cujas, *Ad Afric. tractatus VIII, ad leg. 51 de ædil. edict.*

ce qu'a pu penser le maître, qu'il faut prendre en considération, et qu'à l'action *ex empto* ou à l'action *redhibitoria*, on ne peut opposer d'exceptions provenant *ex persona domini* (1). Ainsi le décide Africain. A la solution donnée par Africain on peut opposer deux textes, l'un de Pomponius et l'autre de Paul. Le texte de Paul, relatif à l'achat par un mandataire d'un homme qui se présente faussement comme esclave, ne saurait nous arrêter, après les explications données au numéro précédent. Quant à la loi 13, ff. *De contr. empt.*, Cujas suppose que Pomponius parle seulement de l'action du maître, sans s'occuper de celle que le procureur peut intenter de son côté en qualité d'acheteur (2).

135. — En outre des actions dérivant directement du contrat et qui devaient être intentées contre le mandataire, le préteur arriva à accorder aux tiers dans certains cas, une action directe contre le constituant (3). Il en fut ainsi d'abord en matière commerciale et maritime ; les actions *institoria* et *exercitoria* se donnèrent contre le maître et l'armateur pour les obligations contractées par le préposé et le capitaine dans les limites de leurs pouvoirs (4). L'action exercitoire avait également lieu contre l'armateur pour les actes passés par celui que le capitaine se serait substitué, même à l'insu et malgré la défense de cet armateur (5).

(1) Dig. XXI, I, *De ædil. edict.*, 54 § 1, f. Africain.

(2) Cujas, *Ad Afric. tract. VIII, ad leg. 51 de ædil. edict.* — *Comment. in tit. VI de jure et fact. ign., lib. XXII Dig. ad leg. 5.*

(3) Il faut observer en effet que si le tiers peut agir contre le mandant, il ne perd pas pour cela ses droits contre le mandataire. Au lieu d'un débiteur, il en a deux tenus *in solidum* (Paul, *Sent.*, II, VIII, *De instit.*, §§ 2 et 3).

(4) Dig. XIV, III, *De inst. act.*, 1, 5 §§ 1, 2, 3, ff. Ulp.

(5) Dig. XIV, I, *De exercit. act.*, 1 § 5, f. Ulp.

L'armateur et le maître n'avaient pas régulièrement d'action contre ceux qui avaient contracté avec le capitaine ou le préposé; cependant les préfets ou présidents des provinces leur permettaient d'agir directement lorsqu'ils étaient en danger de perdre ce qui leur était dû (1).

136. — Les préteurs donnèrent aussi dans un grand nombre de cas, des actions utiles *ad exemplum institoriæ*, et ces actions furent accordées tant aux tiers qu'aux mandants eux-mêmes. Ainsi dans le cas de vente, l'acheteur et le mandant peuvent se poursuivre mutuellement par des actions utiles *ex empto* (2); en matière de stipulations prétoriennes, de stipulation *damni infecti*, par exemple (3), l'action résultant de la stipulation est donnée au mandant, *causa cognita*, lorsque par suite du dérangement des affaires du mandataire, *veluti bonis ejus venditis*, le mandant est exposé à perdre ses droits; *succurrere enim domino prætor debet*, ajoute Paul (4).

137. — C'est dans ce sens restreint qu'il faut entendre les termes trop généraux employés par Papinien : *Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur : invito procuratore, dominus petere potest* (5). Car si, par exemple, le procureur prête en son nom des sommes appartenant au mandant, et qu'il stipule que ces sommes lui seront rendues, il peut seul agir; le maître n'a même pas d'action utile (6), et sera obligé de se faire céder les actions.

(1) Dig. XIV, I, *De exercit. act.*, 1 § 18, f. Ulp.; Dig. XIV, III, *De inst. act.*, 1, f. Ulp.; 2, f. Gaius.
(2) Dig. XIX, I, *De act. empt. et vend.*, 13 § 25, f. Ulp.
(3) Dig. XXXIX, II, *De damno infecto*, 18 § 16, f. Paul.
(4) Dig. XLVI, V, *De stipul. prætor.*, 5, f. Paul.
(5) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 68, f. Papinien.
(6) Cod. IV, II, *Si cert. pet.*, 2, const. Antonin.

Il faut toutefois observer que si le maître ne peut pas toujours agir en vertu des stipulations ou des conventions de son procureur, il est admis à s'en prévaloir à l'égard des tiers, qui au mépris de ces conventions voudraient agir contre lui, et il peut les repousser, sinon par l'exception tirée du contrat, du moins par l'exception de dol (1).

138. — Enfin, nous avons vu qu'en matière de prêt ou de dépôt, les actions directes appartenaient au maître lorsque le prêt et le dépôt avaient été faits en son nom, le procureur ne pouvant agir contre l'emprunteur ou le dépositaire; et que Justinien, portant un coup plus direct aux principes, finit par décider que l'action d'hypothè-que ou de gage serait acquise directement au maître en vertu du pacte passé par son procureur [v. nos 127 et 128].

139. — Après avoir examiné la situation première du mandant et du mandataire par rapport aux tiers, telle qu'elle résulte des contrats, il nous reste à voir en quoi cette situation peut être modifiée par suite des arrange-ments que prennent les parties pour arriver à la liquida-tion des opérations du mandat. La cession des droits et actions que le mandataire se trouve obligé de faire au mandant, peut être opérée de deux manières différentes. Lorsque les tiers contractants y consentent, on peut faire une novation, et alors, en même temps que tous les droits du procureur passent sur la tête du mandant, le mandant devient comptable des obligations prises par le procureur envers les tiers qui perdent tout recours contre ce dernier. A défaut de novation, le procureur mande les actions au maître, qui devient *procurator in rem suam*, et

(1) Dig. II, XIV, *De pactis*, 10 § 2, f. Ulp.; Dig. XX, VI, *Quib. mod. pign.*, 7 § 2, f. Gaius. — Cujas, *Comment. in lib. III, Pauli ad edict. ad leg.* 11 *de pactis*.

se trouve par là capable d'agir envers les tiers ; mais le procureur reste toujours tenu envers eux.

140. — Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que des actions qui naissent des contrats ; disons quelques mots de celles qui résultent du paiement de l'indu, le seul des quasi-contrats dont nous ayons à parler ici.

Il peut arriver, ou que le procureur ait payé par erreur une somme qui n'était pas due, ou qu'une personne se croyant débitrice paie entre les mains du procureur.

Le paiement de l'indu est assimilé au *mutuum*, et par conséquent celui qui a payé à tort est considéré comme prêteur, et celui qui a reçu, comme emprunteur (1). Nous appliquerons donc les règles que nous avons données pour le prêt. Si le procureur paie à tort, il n'a pas d'action, quand même il aurait payé de ses propres deniers (2), puisque, ayant voulu éteindre une dette du mandant, le prêt résultant du paiement indu, est censé fait au nom de ce mandant ; le mandant seul peut donc intenter la *condictio indebiti* (3). Cette action ne lui appartient cependant que s'il a ratifié le paiement ; car le procureur n'avait pas reçu le mandat de payer ce qui n'était pas dû. A défaut de ratification, deux hypothèses sont admissibles : ou bien le procureur a payé avec son propre argent, et on lui accorde une action pour qu'il recouvre les sommes qu'il a versées (4) ; ou bien il a

(1) Inst. III, XVII, *De obl. quasi ex contr.*, § 6.

(2) Cependant lorsqu'une personne paie avec son argent, par l'ordre d'une autre, une somme indue, bien qu'elle puisse recouvrer ses fonds par l'action de mandat, Proculus lui accorde comme plus simple et plus avantageuse, une *condictio indebiti* utile (Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 53).

(3) Cod. IV, V, *De condict. indeb.*, 6, const. Diocl. et Maxim.; Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 6 § 3, f. Paul.

(4) Dig. *ibid.*, 6 pr., f. Paul.

payé avec des sommes appartenant au maître, et comme il n'a pu en transférer la propriété aux tiers, le maître peut les revendiquer (1) : *manent nummi domini, eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet.*

Si nous supposons que le procureur a reçu un paiement qui n'était pas dû, l'erreur n'empêchant pas la translation de propriété, le maître en ratifiant devient propriétaire de l'argent payé au procureur, et c'est par conséquent contre lui que doit être intentée la *condictio indebiti* (2). Si le maître ne ratifie pas, c'est contre le procureur que l'action doit être intentée (3). Aussi, de peur que son action contre le procureur ne soit rendue inutile par la ratification du maître intervenant pendant l'instance, le débiteur qui, en payant, a eu soin de stipuler du procureur *ratam rem dominum habiturum*, peut agir en vertu de la stipulation pour forcer le procureur à mettre le maître en demeure de donner ou de refuser sa ratification (4).

141. — En matière de délits, il faut suivre la règle de Paul ; *is damnum dat, qui jubet dare.* Ainsi, bien que le mandat dont l'objet est illicite, soit nul *inter partes*, il a cependant cet effet d'obliger conjointement le mandant et le mandataire à la réparation du préjudice causé (5). Ce principe est appliqué par Ulpien au sujet de l'action d'injures : *Si, mandatu meo, facta sit alicui injuria, plerique aiunt, tam me qui mandavi, quam eum qui suscepit,*

(1) Dig. XII, VI, *De cond. ind.*, 46, f. Javolenus ; 53, f. Proculus.

(2) Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 57 § 1, f. Papinien; Dig. XII, IV, *De condict. causa data*, 14, f. Paul.

(3) Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 6 §§ 1 et 2, f. Paul ; 57 § 1, f. Papinien.

(4) Dig. XLVI, VIII, *Ratam rem hab.*, 16, f. Pomponius.

(5) De Ferrière, *Nova et meth. jur. tract.*, T. I, p. 222.

injuriarum teneri (1). De même lorsqu'un procureur a, par l'ordre d'une personne, dépossédé quelqu'un avec violence, l'interdit *unde vi* peut être intenté contre le mandant et contre le procureur. Mais il faut observer que la condamnation prononcée contre l'un d'eux ne permet pas d'agir contre l'autre, à moins qu'elle n'ait pas été exécutée (2).

L'action publique peut aussi être intentée contre le mandant et le mandataire ; le premier est aussi coupable pour avoir donné l'ordre, que le second pour l'avoir exécuté (3).

(1) Dig. XLVII, X, *De injuriis*, 11 § 3, f. Ulp.

(2) Dig. XLIII, XVI, *De vi et de vi arm.*, 1 §§ 12, 13, f. Ulp.; Adde : Dig. XXXIX, III, *De aqua et aquæ pluv.*, 4 § 3, f. Ulp.; Dig. XLIII, XXIV, *Quod vi aut clam*, 5 § 10, f. Ulp.

(3) Dig. XLIX, XIV, *De jure fisci*, 2 § 5, f. Callistrate ; 24, f. Marcien.

CHAPITRE VI.

EXTINCTION DU MANDAT.

142. — Le mandat prend fin :

1° Par toutes les causes ordinaires d'extinction des contrats consensuels, c'est-à-dire par le mutuel dissentiment (1), l'arrivée du terme, la fin de l'opération pour la quelle il a été donné, etc.

143. — 2° Par la révocation. *Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit* (2). Le mandat étant un contrat de bienfaisance, celui qui en retire les avantages peut y renoncer. La révocation n'annule le mandat, disent les Instituts, que *si adhuc integra res sit*; et en effet elle ne peut avoir d'influence sur des actes consommés ; jusqu'à la révocation, les actes passés par le mandataire ont été régulièrement accomplis, le mandataire et les tiers qui ont traité avec lui ont acquis des droits que la seule volonté du mandant ne peut leur enlever. La révocation n'a donc pour résultat de faire considérer le mandat comme n'ayant jamais existé, que s'il n'y a eu aucun commencement d'exécution ; sinon elle laisse subsister le mandat pour le passé, et ne l'éteint que pour l'avenir (3).

(1) Inst. III, XXIX, *quib.mod. obl. toll.*, § 4 ; Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 35, f. Ulp.

(2) Inst. III, XXVI, *De mandato*, § 9 ; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra* , 12 § 16, f. Ulp.; Gaius, *Comment*, III, § 159.

(3) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 65, f. Modestin.

La révocation peut être expresse ; elle peut aussi avoir lieu tacitement, et résulter de la nomination d'un nouveau procureur pour le même objet (1).

144. — Pour que la révocation soit opposable au mandataire et aux tiers, il faut qu'elle leur ait été notifiée, ou du moins qu'elle soit connue d'eux (2); tous les actes passés depuis la révocation, mais avant la notification, sont opposables au mandant (3).

Dans un cas cependant, Africain paraît ne pas admettre ce principe. J'ordonne à mon débiteur de payer à Titius, puis je défends à Titius de recevoir, et par conséquent, je révoque le mandat que je lui avais donné à cet effet. Si, dans l'ignorance de cette défense, le débiteur paie à Titius qui s'approprie la somme, il n'est pas libéré, d'après Africain, parce que la propriété des écus ne m'est pas passée ; c'est lui qui est resté propriétaire, et par conséquent lui seul peut intenter contre Titius la *condictio furtiva*. Néanmoins, si je veux poursuivre mon débiteur pour qu'il paie une seconde fois, il est équitable de lui accorder une exception, s'il est prêt à me céder la condiction furtive qu'il a contre Titius (4).

Au point de vue d'Africain, le débiteur n'est donc libéré que *per exceptionem* ; Ulpien décide au contraire qu'il est libéré *ipso jure* ; et pourtant il prend exactement la même hypothèse : *Si quis mandaverit ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere ; si, ignorans prohibitum eum accipere, solvam, liberabor* (5). Cujas et d'autres commentateurs mettent Ulpien d'accord avec Africain, en sous-en-

(1) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 31 § 2, f. Ulp.

(2) Dig. XV, IV, *Quod jussu*, 1 § 2, f. Ulp.; Dig. XLVI, VII, *Judic. solvi*, 7, f. Gaius.

(3) Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 26 § 8, f. Ulp.; Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 15, f. Paul.

(4) Dig. XLVI, III, *De solut. et liber.*, 38 § 1, f. Africain.

(5) Dig. *ibid.*, 12 § 2, f. Ulp.

tendant après *liberabor*, les mots *per exceptionem* : « non « est novum in jure ut liberari dicatur, qui per exceptio- « nem liberatur, non ipso jure (1). » Cette correction faite au texte d'Ulpien ne nous paraît pas admissible; nous ferons remarquer d'abord, que dans les textes assez nombreux où Ulpien fait une pareille hypothèse, la solution qu'il donne est toujours la même (2); et en cela, il se montre d'accord avec Paul, qui décide de même dans un cas identique et dans des termes qui ne peuvent laisser d'équivoque: *Dispensatori qui, ignorante debitore, remotus est ab actu, recte solvitur. Ex voluntate enim domini ei solvitur ; quam, si nescit mutatam, qui solvit, liberatur* (3).

La solution donnée par Africain est, nous le reconnaissons, parfaitement conforme aux principes relatifs à la transmission de propriété. Mais Ulpien se place à un autre point de vue, et c'est pour cela que ses déductions, non moins rigoureusement exactes, l'amènent à un résultat différent. Prenons, en effet, la loi 3 § 12, ff. *De donat. inter vir. et uxor.*, qui, présentant à peu près les mêmes hypothèses que le texte d'Africain, peut servir à comparer la différence de leurs raisonnements.

Ulpien considère que, lorsqu'un débiteur paie à un tiers par ordre de son créancier, il s'opère en réalité deux traditions et par suite, deux translations de propriété, l'une du débiteur au créancier, la deuxième du créancier au tiers; seulement, en fait, pour éviter une perte de temps tout en arrivant au même résultat, on supprime la

(1) Cujas, *Ad Africanum tractatus VII.* — Adde : Pothier, *Pandect., De solut.*, nº 35.

(2) Dig. XLVI, III, *De solut.*, 18, f. Ulp.; Dig. XII, VI, *De condict. indeb.*, 26 § 8, f. Ulp.

(3) Dig. XLVI, III, *De solut.*, 51, f. Paul. — Cpr. *Ibid.*, 106, f. Gaius.

première, *nam celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari.* Par la première opération, la propriété des écus est passée au maître, et par conséquent le débiteur est libéré *ipso jure*; et le tiers, s'il n'a plus qualité pour recevoir, commet un vol, non à l'égard du débiteur, mais du créancier qui peut intenter contre lui l'action *furti* et la *condictio furtiva.* C'est ce qu'Ulpien déclare encore pour l'esclave affranchi qui reçoit un paiement depuis qu'il n'est plus chargé des affaires de son maître, *furtum domino facit* (1).

145. — Le pouvoir de révoquer le mandat n'appartient pas toujours au mandant. Lorsque dans une stipulation, le mandataire a été adjoint *solutionis gratia*, le débiteur peut valablement payer au mandataire, même malgré la défense du mandant (2). Le mandat donné à un *procurator in rem suam* est également irrévocable. Nous verrons un autre cas d'irrévocabilité, en parlant du *procurator ad litem.*

146. — 3° Par la renonciation. Le mandataire, même une fois qu'il s'est chargé du mandat, peut y renoncer, pourvu qu'il avertisse au plus tôt le mandataire et le mette à même d'accomplir son affaire, soit en personne, soit au moyen d'un autre procureur. Sa renonciation ne doit donc pas être intempestive, et à plus forte raison frauduleuse (3).

Toutefois, le mandataire, qui rend un service gratuit, ne peut pas se trouver exposé à subir de grandes pertes par suite du mandat, et il peut renoncer en tout temps, s'il a

(1) Dig. XLVI, III, *De solut.*, 18, f. Ulp.; Dig. XLVII, II, *De furtis*, 45, f. Pomp. — Voir Pellat : *Textes choisis des Pand.*, p. 97 et suiv.

(2) Dig. XLVI, III, *De solut. et liber.*, 12 § 3, f. Ulp.

(3) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 22 § 11, f. Paul; 27 § 2, f. Gaius; Inst. III, XXVI, *De mand.*, § 11.

été trompé en acceptant le mandat (1), ou si le mandant est devenu insolvable (2), et enfin, dans tous les cas où il a une juste cause d'excuse, par exemple, une maladie, une inimitié capitale survenue entre lui et le mandant (3). Il ne faut donc pas prendre à la lettre un passage de Paul (4), d'où il semble résulter que dans n'importe quel cas on ne peut renoncer, si les choses ne sont plus entières.

147. — 4° Par la mort du mandataire. Le mandat est une affaire de confiance, et par conséquent c'est un contrat fait *intuitu personæ*. Il n'est donc pas étonnant que la mort du mandataire y mette fin, puisque, en donnant le mandat, le mandant n'avait pas en vue la personnalité incertaine des héritiers, qui sont peut-être indignes de sa confiance et incapables de remplir la mission dont le défunt était chargé. Lorsque les choses sont entières, les héritiers ne doivent donc pas s'en occuper (5).

148. — 5° Par la mort du mandant. Le mandat s'éteint par la mort du mandant, mais tous les actes passés par le mandataire dans l'ignorance de sa mort, sont valables, et il a action contre les héritiers *utilitatis causa* (6). Les tiers qui ont payé entre les mains du mandataire sont également libérés, s'ils n'ont pas eu connaissance de la mort du mandant (7).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra.*, 22 § 11, f. Paul.
(2) Dig. *ibid.*, 24, f. Paul.
(3) Dig. *ibid.*, 23 et 25, ff. Hermogénien.
(4) Paul, *Sent.*, II, XV, *De mand.*, § 1.
(5) Dig. XVII, I, *Mand.*, 27 § 3, f. Gaius; 57, f. Pap.; Gaius, *Comment.*, III, § 160.
(6) Inst. III, XXVI, *De mand.*, § 10; Dig. XXXIX, V, *De donat.*, 19 § 3, f. Ulp.; Dig. XXXI, II, *De leg. et fid.*, 77 § 6, f. Pap.; Dig. XVII, I, *Mand.*, 26 pr. et § 1, 58, ff. Paul; 34 § 1, f. Afric.; Cod. IV, XXXV, *Mand.*, 15, Const. Diocl. et Maxim.
(7) Dig. XVII, I, *Mand.*, 26 § 1, f. Paul; Gaius, *Comment.*, III, § 160.

Dans certains cas, cependant, le mandat n'est pas dissous par la mort du mandant ; c'est lorsque son objet est tel, qu'il ne peut être exécuté qu'après sa mort, par exemple, *ut post mortem sibi monumentum fieret* (1), ou que le mandataire est expressément chargé de l'accomplir après cette époque (2).

149. — Ces textes, bien qu'ils soient de Gaius et d'Ulpien, ont dû être corrigés par les commissaires de Justinien, pour être mis au courant de la législation à cette époque. En effet, au temps de ces deux jurisconsultes, le principe que l'on ne peut stipuler ou promettre de manière que les actions naissent pour ou contre les héritiers, était encore en vigueur, et Gaius l'applique au mandat dans ses Instituts : *inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse* (3). Un fragment de Paul, au titre *De solutionibus et liberationibus* (4) porte encore la marque de cette ancienne jurisprudence. Nous admettons avec Pothier et Cujas qu'il doit être corrigé pour être d'accord avec les nouveaux principes introduits par la constitution de Justinien (5), mais nous croyons que, tel qu'il est, il exprime véritablement ce que devait dire Paul, eu égard à l'état de la législation à son époque (6).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 12 § 17, f. Ulp.

(2) Dig. *ibid.*, 13 et 27 § 1, ff. Gaius ; De Loy, lib. XIII, tit. ult., p. 292.

(3) Gaius, *Comment.*, III, § 158.

(4) Dig. XLVI, III, *De solut. et liber.*, 108, f. Paul.

(5) Cod. IV, XI, *Ut act. et ab hered.*, 1 const. Justinien ; Inst. III, XIX, *De inut. stip.*, § 13.

(6) Cujas propose de changer : *ei autem cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur*, en : *ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur*. Cujas, *Observat.*, lib. I, nº 38 ; Pothier, *Pandect.*, *De solut. et liber.*, nº 30, note 3.

II.

DU MANDAT AD LITEM.

CHAPITRE PREMIER.

HISTORIQUE, FORMES ET EFFETS DE CE MANDAT.

150. — Le même motif qui, dans les premiers temps de la législation romaine, s'opposait à ce qu'une personne pût se faire remplacer par une autre dans les contrats, existait également lorsqu'il s'agissait de poursuivre ses droits en justice ou de défendre à une action. La manière dont se faisait l'appel devant le magistrat, d'après la loi des XII Tables (1), suffirait à écarter toute idée que l'on pût agir par procureur à cette époque, quand même le caractère des actions n'eût pas exigé la présence réelle des parties. Les actions de la loi étaient en effet des actes entourés de tout un appareil de formalités symboliques, consistant principalement, du moins pour l'action *sacramenti* la plus ancienne de toutes, dans le simulacre d'un

(1) *Lex duod. tab.*, I, 1 et 2. — Plaute, *Rudens*, act. III, sc. VI, vers 15, 29 et suiv. Edit. Panckoucke, T. VIII, p. 360 et 362.

combat; et ces pantomimes étaient accompagnées de paroles sacramentelles qui devaient être prononcées par les parties en personne. Le *sacramentum* ne pouvait non plus être stipulé par un procureur au nom du mandant, et le magistrat chargé de trancher le différend, d'examiner par conséquent les droits des parties, ne pouvait prononcer la perte du *sacramentum* contre un homme qui n'avait aucun intérêt dans le débat. *Nemo alieno nomine lege agere potest* (1).

151. — Dans trois cas cependant, où il était impossible aux parties d'agir par elles-mêmes, on permit à un tiers d'intenter pour elles les actions. Ainsi, on put agir *pro populo*, *pro libertate*, comme *assertor libertatis*, en faveur de celui qui était détenu en servitude, et *pro tutela*, en qualité de tuteur. Enfin, la loi Hostilia avait autorisé à intenter l'action de vol dans l'intérêt de ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi ou absents dans l'intérêt de la république, et de ceux qui se trouvaient sous la tutelle de ces personnes (2).

152. — Après que les actions de la loi eurent fait place à la procédure formulaire, l'impossibilité d'agir par procureur en justice subsista. En effet la *demonstratio* de la formule qui expose l'affaire et la position des parties ne peut évidemment que contenir leurs propres noms. *Judex esto*:

(1) Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 123, f. Ulp.

(2) Inst. IV,X, *De iis per quos agere poss.*, pr.; Gaius, *Comment.*, IV, § 82. — Heineccius, *Recit. in elem. jur.*, lib. IV, tit. X, §§ 1244 — 1247. Edit. Dupin, T. II, p. 380. — On peut mettre encore au nombre de ceux qui pouvaient agir pour autrui, le *vindex*, ou répondant solvable que devait donner le débiteur saisi par son créancier au moyen de la voie d'exécution *per manus injectionem*; car étant traité comme esclave de fait, il ne pouvait plus agir en justice. (*Lex duod. Tab.*, III, n° 3; Gaius, *Comment.*, IV, § 21. — Ortolan, T. III, n° 1885).

quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit. Il doit en être de même pour l'*intentio* qui pose le point de droit, et tire de la demande les conclusions qui devront amener la condamnation du défendeur, si elles sont fondées. *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium* X *millia dare oportere* (1). Il est donc impossible que la condamnation soit prononcée contre d'autres personnes que celles qui, d'après *l'intentio*, doivent *dare facere*, et en faveur d'autres personnes que celles qui, d'après la même partie de la formule, ont droit aux prestations du défendeur.

153. — Le principe, si absolu à cette époque de la législation romaine, qu'une personne ne peut en remplacer une autre dans les actes juridiques, dut céder devant l'impérieuse nécessité, *quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat.... Nam et morbus et ætas et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ, sæpe impedimento sunt quominus rem exsequi possint* (2).

Celui qui représentait la partie dans l'instance portait le nom de *cognitor*. Il devait être constitué devant le magistrat en présence de l'adversaire, et avec des paroles solennelles. On trouve dans Gaius la formule consacrée; le poursuivant faisait la constitution en ces termes : *quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do*; de la part du défendeur, les paroles étaient à peu près les mêmes. On pouvait aussi constituer le *cognitor* pour toutes les actions qui pouvaient survenir entre les deux parties, et les formules étaient alors : *quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do*, pour le demandeur, et *quando tu mecum agere vis, in eam rem*

(1) Gaius, *Comment.*, IV, §§ 40, 41.
(2) Inst. IV, X, *De iis per quos agere poss.*, pr.

cognitorem do, pour le défendeur (1). De même que les autres actes solennels, la nomination du *cognitor* ne pouvait être faite sous condition (2). La présence du *cognitor* n'était pas nécessaire, l'acte se passant entre les deux adversaires ; mais, comme tout mandataire, il était libre d'accepter ou de refuser (3).

154. — Par suite de cette faculté accordée aux parties de poursuivre et de défendre par procureur, il fallut faire un changement dans la formule, toutes les fois qu'elles en usèrent ; car, bien que le *cognitor* représentât jusqu'à un certain point le mandant, les idées romaines ne lui permettaient pas d'agir au nom de celui-ci ; l'*intentio* et la *demonstratio* durent toujours contenir le nom du mandant, puisque ces parties de la formule ne faisaient qu'exposer les faits, et en tirer les conséquences juridiques ; au contraire, lorsqu'il s'agissait de condamner, le juge, ne se trouvant plus qu'en présence du *cognitor*, devenu *dominus litis* par suite de la novation résultant de la *litis contestatio*, ne pouvait prononcer la condamnation que contre celui qui était ainsi devenu maître du litige, et non contre le véritable maître qui par là se trouvait mis hors de cause. Il était donc nécessaire que, même avant la contestation en cause, le préteur, dans la formule qu'il délivrait, formule qui devait marquer les limites des attributions du juge, tînt compte de cette position dans laquelle la *litis contestatio* allait mettre les parties, et modifiât

(1) Gaius, *Comment*, IV, § 83. — Du temps d'Ulpien, l'importance qu'on attachait primitivement à ces paroles solennelles, était bien amoindrie; aussi déclare-t-il, au livre VIII *ad Edictum*, que si l'on y ajoute ou retranche quelque chose, la constitution n'en est pas moins valable. *Fragm. Vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 318.

(2) *Fragmenta Vaticana*, *ibid.*, § 329.

(3) Gaius, *Comment.*, IV, § 83.

en conséquence les termes de la *condemnatio*. C'est ainsi que l'on arrivait à ce résultat bizarre en apparence, qu'après avoir indiqué dans les deux premières parties de la formule les droits qui pouvaient appartenir à telle personne contre telle autre, le magistrat ordonnait d'accorder les mêmes droits, si la demande était reconnue fondée, non pas à la personne à laquelle ils devaient revenir, mais à un étranger. C'est ce que Gaius exprime en ces termes : *qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit* (1); et dans le cas où c'est le défendeur qui agit *per cognitorem* : *intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem in ejus personam convertitur, qui judicium accepit* (2). Voici un exemple de la formule ainsi modifiée : *Si paret Numerium Negidium Publio Mœvio sestertium X millia dare oportere, judex, Numerium Negidium Lucio Titio* (le *cognitor*) *sestertium X millia condemna ; si non paret, absolve* (3).

155. — Il est bien entendu d'ailleurs, que le jugement était rendu exactement dans les mêmes conditions que s'il avait été prononcé contre le mandant. Ainsi, en matière de société, la condamnation n'était prononcée que dans la limite des facultés du constituant, *in id quod socius facere potest* (4). En effet, comme le *cognitor* représentait le mandant, la condamnation prononcée contre lui était censée prononcée contre le mandant; de sorte que c'était contre ce dernier et non contre le *cognitor*, que l'ac-

(1) Gaius, *Comment.*, IV, § 86.
(2) Gaius, *Comment.*, IV, § 87.
(3) Gaius, *Comment.*, IV, § 86.
(4) Dig. XVII, II, *Pro socio*, 63 § 1, f. Ulp. — Adde : Dig. XXIV, III, *Soluto matrim.*, 14 pr., f. Ulp.; Dig. XLII, I, *De re judic*, 23, f. Paul.

tion *judicati* pouvait être intentée, et réciproquement c'était au maître du *cognitor* poursuivant qu'appartenait l'action *judicati* contre la partie qui avait succombé (1). Toutes les fois donc que la caution *judicatum solvi* était exigée, c'était le maître, et non le *cognitor*, qui devait la donner (2).

156. — L'institution des *cognitores* était déjà une importante innovation; mais en exigeant tant de conditions inutiles et gênantes, telles que la présence du constituant sur les lieux, on n'apportait qu'un remède bien insuffisant au principe *alterius nomine agere non licere*, puisque c'est précisément dans le cas où une personne est dans un lieu éloigné, qu'elle a surtout besoin que l'on agisse à sa place.

L'usage s'établit donc peu à peu d'agir par l'intermédiaire d'un *procurator*, et cet usage devint de plus en plus général, tandis que l'institution des *cognitores* tombait en désuétude. Du temps de Gaius et de Paul, les deux modes d'agir existaient encore concurremment (3); mais à l'époque de Justinien, il n'est plus question du dernier.

157. — Si l'institution des *cognitores* n'est pas tombée aussitôt qu'on put agir par l'intermédiaire d'un procureur ordinaire, c'est qu'elle présentait des avantages qui ne se rencontraient pas dans le simple mandat. En effet, la nomination du *procurator ad litem* était bien soumise aux règles ordinaires du mandat, c'est-à-dire qu'elle était dispensée de termes sacramentels et pouvait avoir lieu par lettre, *per nuntium, absente et ignorante adversario* (4),

(1) *Frag. Vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 317; Paul, *Sent.*, I, II, *De cogn.*, § 4.

(2) *Frag. Vatic.*, *ibid.*, § 317; Gaius, *Commen t.*, IV, § 101.

(3) Gaius, *Comm.*, IV, §§ 82, 83, 84; Paul, *Sent.*, I, tit. II et III.

(4) Gaius, *Commen t.*, IV, § 84.

un procureur *omnium bonorum* pouvait même intenter une action sans mandat spécial (1); mais d'un autre côté, pas plus qu'en matière extrajudiciaire, le procureur ne représentait le mandant.

De là des différences importantes entre le *cognitor* et le *procurator*. La condamnation devant nécessairement être prononcée contre le procureur, à peine de nullité du jugement (2), c'était contre lui seul que pouvait être donnée l'action *judicati*, s'il avait succombé, et lui seul pouvait l'intenter, si la contestation avait été tranchée en sa faveur; *Interveniente procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit* (3); et par conséquent c'était lui qui devait donner la caution *judicatum solvi*, non seulement dans les cas où le maître aurait dû la donner lui-même, s'il avait défendu en personne, c'est-à-dire en matière réelle, mais aussi, pour plus de garantie, lorsqu'il défendait à une action *in personam* (4).

Lorsque le procureur était poursuivant, la caution *judicatum solvi* n'avait plus de raison d'être; mais comme le procureur agissait en son nom, et que le jugement rendu à sa requête ne liait aucunement le mandant, les droits de ce dernier n'étaient pas éteints par cette action et il aurait pu la renouveler, de sorte que le défendeur se serait trouvé exposé à une double condamnation. Le défendeur pouvait donc exiger de celui qui se présentait pour agir au

(1) On exigeait dans certains cas du procureur un mandat spécial, notamment lorsque la condamnation devait être infamante. Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 39 § 7, f. Ulp.

(2) Cod. VII, XLV, *De sent. et int.*, 1, const. Sévère et Antonin.

(3) *Frag. Vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 317.

(4) Inst. IV, XI, *De satisdat.*, pr. et § 1 ; *Frag. Vatic.*, *ibid.*, § 317; Gaius, *Comment.*, IV, § 101.

nom d'autrui, la caution *ratam rem dominum habiturum* (1). En donnant cette caution le procureur s'obligeait à apporter la ratification du maître, et à garantir le défendeur contre toute demande de sa part. Cette caution devait être exigée avant la contestation en cause, et par conséquent *in jure* devant le magistrat; une fois devant le juge, *in judicio*, on ne pouvait plus la réclamer (2). Le procureur qui refusait de donner caution, était privé d'action (3).

158. — Ces différences entre le *cognitor* et le *procurator* s'effacèrent peu à peu, et on finit par accorder au *procurator* à peu près tous les avantages qui appartenaient au premier.

Cette assimilation n'existait cependant pas dans tous les cas indistinctement, mais seulement lorsque le maître avait constitué le procureur *apud acta*; *nam cum apud acta non nisi a præsente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est* (4), et la caution *ratam rem dominum habiturum* n'était pas exigée.

L'assimilation n'était pas non plus complète. Sévère exigeait que la caution *judicatum solvi* fût donnée par le procureur même constitué *apud acta*, et non par le maître; et il ressort de la suite du fragment qui contient cette disposition, que, même dans ce cas, l'action *judicati* était donnée de droit contre le procureur, bien qu'en fait

(1) Inst. IV, XI, *De sat.*, pr.; Paul, *Sent.*, I, III, *De proc.*, §§ 4 et 5; Gaius, *Comment.*, IV, § 98; Dig. III, III, *De procur.*, 39 § 1, f. Ulp.

(2) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 40 § 3, f. Ulp.

(3) Paul, *Sent.*, I, III, *De proc.*, § 6. — Ulpien cite un cas où le procureur est obligé à la fois de donner la caution *de rato*, et la caution *judicatum solvi* (Dig. III, III, *De proc.*, 39 § 6).

(4) *Fragm. Vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 317; Cod. II, LVII, *De satisdando*, 1, const. Diocl. et Maxim.

et en connaissance de cause, on l'accordât au maître ou contre le maître (1).

Quant au *procurator absentis*, l'ancien droit subsistait à son égard dans toute sa rigueur (2).

159. — La procédure extraordinaire, plus simple que la procédure formulaire, compléta de plus en plus l'assimilation. A l'époque de Justinien, dès qu'il est certain que celui qui se présente pour agir a des pouvoirs suffisants, la caution *ratam rem dominum habiturum* n'est pas exigée (3). Aucune distinction n'est plus faite entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis* ; mais dans ce dernier cas, pour que l'existence du mandat soit bien constatée, il doit être insinué; l'insinuation n'est pas exigée lorsque le constituant s'est engagé par lettre envers l'adversaire à ratifier tous les actes de son procureur (4), ou que, dans une supplique présentée au prince, il a déclaré le nom de la personne chargée de ses intérêts (5).

L'action *judicati* ne peut être intentée par le *dominus litis*, et si le *procurator* veut agir sans procuration spéciale contre la partie condamnée, il peut être repoussé par une exception (6). De même aussi, lorsque le procureur s'est fait donner par l'adversaire la caution *judicatum solvi,* une action utile *ex stipulatu* est donnée au maître, et cette action utile peut être intentée par lui, alors même que le *procurator* aurait déjà agi en vertu de l'action directe, s'il l'avait fait *invito domino*; il en résulte que le

(1) *Frag. Vatic.*, VII, *De cogn. et proc.*, § 331.
(2) *Fragm. Vatic.*, *ibid.*, §§ 332 et 333.
(3) Inst. IV, XI, *De satisdat.*, § 3. — De Loy, lib. XIII, tit. II, p. 277.
(4) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 65, f. Modestin.
(5) Dig. XLVI, VIII, *Ratam rem haberi*, 21, f. Ulp.
(6) Dig. III, III, *De proc.*, 28, f. Ulp.; Dig. XLVI, III, *De solut.*, 86, f. Paul.

procureur en agissant par l'action *ex stipulatu*, peut se voir repoussé par une exception (1).

160. — Si c'est le défendeur qui veut constituer un procureur, deux cas peuvent se présenter. Ou bien le défendeur vient lui-même devant le magistrat et donne pour son procureur la caution *judicatum solvi*, et alors l'action *judicati* est donnée contre le maître et non contre le procureur (2). Si le maître est absent, il peut arriver au même résultat en s'engageant *extra judicium*, comme fidéjusseur de son procureur pour toutes les clauses de la caution *judicatum solvi* (3). Il doit aussi, dans ces deux hypothèses, donner hypothèque sur tous ses biens, et caution de se présenter en personne lors de la prononciation du jugement.

Ou bien, au contraire, c'est le procureur qui donne la caution, et alors c'est contre lui qu'il faut poursuivre l'exécution du jugement, contre lui seul que l'on peut intenter, soit l'action *ex stipulatu*, soit l'action *judicati* (4). On voit par le fragment d'Ulpien cité en note, qu'à ce point de vue, le *procurator absentis* est assimilé au *defensor*, c'est-à-dire à celui qui se présente pour le défendeur sans mandat de sa part.

161. — Nous avons à dire quelques mots sur l'étendue des pouvoirs du *procurator ad litem*, au point de vue des incidents qui peuvent se présenter dans l'instance.

On sait que le demandeur et le défendeur sont obligés, en vertu d'une constitution de Justinien, de prêter, au

(1) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 28, f. Ulp.

(2) Dig. XLVI, VII, *Judic. solvi*, 10, f. Modestin. — Cujas, *Comment. in lib. XXXII Pauli ad Edict., ad leg. 9, de doli exc.*

(3) Inst. IV, XI, *De satisdat.*, § 4.

(4) Dig. III, III, *De proc.*, 28, f. Ulp. et 61, f. Paul; Dig. XLII, I, *De re judic.*, 4 pr., f. Ulp.; Inst. IV, XI, *De satisd.*, § 5.

commencement de l'instance, le serment *non calumniæ causa agere*, et que la même obligation est imposée aux avocats de chacune des parfies (1). Le procureur y est-il soumis ? Il résulte clairement de la constitution de Justinien, que même dans le cas où l'instance est poursuivie par procureur, ce sont les parties elles-mêmes et non leurs procureurs qui doivent prêter le serment soit devant le magistrat chargé du procès, soit, si elles sont absentes, dans la province où elles résident, et il en est dressé un acte que les procureurs doivent produire avant le commencement de l'affaire (2). Pour empêcher que cette loi ne fût éludée, Justinien exige l'accomplissement de cette formalité, alors même que celui qui se présente prétend n'avoir pas de mandat (3).

162. — Le procureur peut exiger toutes les cautions de l'adversaire, et entre autres la caution *judicatum solvi*, lorsqu'il y a lieu (4). Il peut et doit même opposer toutes les exceptions qui appartiennent au maître, requérir la compensation entre les demandes de l'adversaire et les créances du mandant ; et pour le faire, s'il est procureur d'absent, il n'est pas obligé de donner la caution *de rato* (5); mais il ne peut opposer au créancier de compensation avec ce qui lui est dû de son chef (6).

(1) Cod. II, LIX, *De jurejur. propt. calum.*, 1 et 2, const. Justinien ; Inst. IV, XVI, *De pœna tem. litig.*, § 1.

(2) Cod. II, LIX, *De jur. propt. cal.*, 2 § 2, const. Justinien.

(3) Cod. *ibid.*, 2 § 5, const. Justinien. — Avant Justinien, l'édit du préteur exigeait que le procureur qui demandait la caution *damni infecti*, jurât *non calumniæ causa id eum cujus nomine cautum postulat, fuisse postulaturum.* (Dig. XXXIX, II, *De damno infecto*, 7 pr. et 13 § 13, ff. Ulp.

(4) Dig. XLVI, VII, *Judic. solvi,* 3 § 1, f. Ulp.)

(5) Dig. XVI,II, *De compens.*, 21, f. Paul.

(6) Dig. *ibid.*, 18 § 1, f. Papinien.

163. — A l'égard du serment, le procureur peut le déférer à l'adversaire, s'il a une procuration générale de tous biens, ou une procuration spéciale à cet effet (1). Dans tout autre cas, le procureur ne peut déférer le serment; ou du moins le serment prêté dans ces conditions ne pourrait être opposé au maître, puisque le serment est une espèce de transaction (2). La stipulation *de rato* n'aurait même pas pour résultat de couvrir celui qui l'aurait prêté; car s'il était actionné par le maître, il serait obligé de prouver qu'il ne doit rien, et s'il succombait, il ne pourrait agir contre le procureur sans reconnaître son parjure.

Quant au serment déféré par l'adversaire, deux hypothèses sont à distinguer. Si le serment est déféré au maître, le procureur ne peut le prêter : un délai est assigné à la partie pour qu'elle se présente devant le magistrat ; ou, si celui-ci le juge à propos, elle prête le serment dans la province où elle habite en présence de l'autre partie ou de son procureur, et son serment est consigné dans un acte authentique (3).

Si le serment est déféré au procureur, celui-ci, contrairement à ce qui a lieu pour le maître de la cause, ne peut être forcé à le prêter ; et son refus n'a aucune influence sur le résultat du procès. Il se peut, en effet, qu'il ignore la vérité ; la raison est la même que pour l'héritier (4). Le procureur n'est pas non plus obligé de le référer à l'adversaire. Paul dit, il est vrai : *manifestæ turpitudinis, et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum*

(1) Dig. XII, II, *De jurejur.*, 17 § 3, f. Paul; Dig. II, XIV, *De pactis*, 12, f. Ulp.

(2) Dig. XII, II, *De jurejur.*, 18, 19, ff. Ulp.; Dig. II, XIV, *De pactis*, 13, f. Paul; Cod. IV, I, *De reb.cred.*, 7, const. Diocl. et Maxim.

(3) Cod. *ibid.*, 12 § 4, const. Justinien.

(4) Paul, *Sent.*, II, I, *De reb. cred.*, § 4. — Voir Cujas, *Comment. in lib. X Dig. Salvii Jul. ad leg. 18 et 34 de jurejur.*

referre (1); mais ce ne peut être applicable au procureur qui souvent n'aura pas les pouvoirs nécessaires pour le faire, et qui resterait engagé à l'égard de son mandant s'il l'avait fait à tort.

164. — Si le procureur prête le serment, quelles en seront les conséquences, le maître acquerra-t-il l'action qui en résulte ? Sur ce point, deux textes d'Ulpien paraissent en opposition au premier abord, mais il nous semble facile de les concilier. En effet, dans la loi 39 § 1, *ff. De procur. et defens.*, Ulpien prévoit le cas où c'est un procureur d'absent qui a juré *dari domino oportere*, et en pareil cas, le maître n'ayant pas l'action *judicati*, ne peut à plus forte raison intenter l'action du serment. Dans la loi 9 § 6, *ff. De jurejurando*, il s'agit au contraire d'un *procurator præsentis* ; dans ce cas, l'action *judicati* étant accordée au maître, l'action du serment lui appartient également. Cette dernière solution devait être adoptée dans les deux hypothèses à l'époque de Justinien. Lorsque le serment est déféré par le poursuivant au procureur du défendeur, ce dernier acquiert une exception, quand bien même la personne agissant à sa place n'aurait pas eu de mandat (2).

165. — Le magistrat peut aussi déférer le serment à l'une des parties, mais jamais, croyons-nous, au procureur. Ainsi, nous voyons qu'en matière d'action noxale, le maître seul peut jurer que l'esclave n'est pas en sa puissance (3). De même, un procureur ne peut prêter le serment estimatoire (4).

(1) Dig. XII, II, *De jurejur.*, 38, f. Paul.
(2) Dig. XII, II, *De jurejur.*, 9 § 6, f. Ulp., et 42 § 2, f. Pomponius.
(3) Dig. IX, IV, *De noxal. act.*, 21 § 5, f. Ulp.
(4) Dig. XII, III, *De in litem jur.* 7, f. Ulp.

166. — Lorsque le jugement est rendu contre le procureur, le droit d'appel lui appartient concurremment avec le maître (1); mais ils ne jouissent pas des mêmes délais d'appel. Le maître doit porter appel dans les deux jours ; le procureur a trois jours (2). Dans une novelle, Justinien a accordé à tous sans distinction, le délai de dix jours à partir du prononcé du jugement (3). L'appel interjeté par le procureur peut être poursuivi soit par lui, soit par le maître (4). Toutefois, le curateur dont l'*actor* a été condamné et a porté appel, est obligé de poursuivre lui-même le procès en appel (5).

(1) Dig. XLIX, I, *De appell.*, 4 § 2, f. Macer ; Dig. XLIX, V, *De appell. recip.*, 1 pr., f. Ulp.

(2) Dig. XLIX, IV, *Quando appell.*, 1 §§ 11, 12, f. Ulp., 2 § 1, f. Macer ; Cod. VII, LXII, *De appell.*, 6 § 5, const. Diocl. et Maxim.

(3) Nov. IV, II, 23, *De appell.*, cap. 1.

(4) Cod. VII, LXII, *De appell.*, 9, const. Diocl. et Maxim.

(5) Cod. *ibid.*, 10, const. Diocl. et Maxim.

CHAPITRE II.

CARACTÈRES PARTICULIERS DU MANDAT AD LITEM.

167. — Nous ne reviendrons pas ici sur les caractères généraux du mandat qui nous sont connus, et qui sont communs au mandat *ad litem*.

De même que dans tout autre mandat, le procureur qui s'est chargé d'agir ou de défendre pour autrui, ne peut plus reculer, et est obligé d'accomplir sa mission. Cette obligation est d'autant plus forte pour le *procurator ad litem*, surtout pour celui qui est chargé de défendre, qu'il se trouve en face d'un tiers qui lui aussi a un grand intérêt à ce qu'il n'abandonne pas l'instance pour rendre nulle l'action. Aussi, d'après Ulpien, l'édit du préteur portait : *Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, judicium accipere cogam* (1). Dans son édit, le préteur parle seulement du *procurator præsentis* ; à l'égard du *procurator absentis* ou du *defensor* (2), une controverse existait entre les Proculiens et les Sabiniens. D'après Labéon, le procureur pouvait être forcé à défendre, dès qu'il avait donné la caution *judicatum solvi* ; telle est la doctrine que paraît suivre Ulpien (3). Suivant les Sabiniens au

(1) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 8 § 3, f. Ulp.

(2) En effet, à ce point de vue, il n'y a aucune différence à faire entre eux. Cpr. Inst., IV, XI, *De satisd.*, § 5.

(3) Dig. III, III, *De proc.*, 35 § 3, f. Ulp.; 43, f. Paul.

contraire, l'édit du préteur n'était pas applicable, et on pouvait agir *ex stipulatu ob rem non defensam* (1).

Pothier estime que la distinction faite par les Sabiniens avait sa raison d'être (2); car lorsque le maître a donné la caution *judicatum solvi*, on ne peut agir contre le procureur *ex stipulatu* ; l'adversaire devait donc nécessairement recourir à l'autorité du préteur, puisque c'était son seul moyen de contrainte ; mais quand le procureur a donné lui-même cette caution, l'action dérivant de la stipulation est bien suffisante pour la conservation des droits de l'autre partie. L'opinion des Proculiens nous semble cependant plus conforme aux principes, puisque, dès qu'il a donné la caution *judicatum solvi*, le procureur est regardé comme le maître de l'affaire. *Defensor, cum satisdedit, domini loco habendus est* (3).

168. — Le procureur ne peut être forcé à entreprendre la cause, dans les cas suivants : s'il est survenu des inimitiés capitales entre lui et le constituant, s'il reçoit une dignité, s'il est obligé de s'absenter pour les affaires publiques (4), s'il allègue sa mauvaise santé ou un voyage nécessaire, s'il lui survient une succession qui réclame ses soins (5), etc. Ces excuses peuvent aussi servir au procureur pour abandonner la poursuite du procès même après la contestation en cause (6).

C'est au préteur à décider si les excuses sont suffisantes ; il doit prendre en considération les intérêts du constituant et de l'adversaire, aussi bien que ceux du procu-

(1) Dig. III, III, *De proc.*, 45, f. Paul.
(2) Pothier, *Pand.*, *De proc.*, nos 43 et 44 et notes.
(3) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 76, f. Julien.
(4) Dig. *ibid.*, 14, f. Paul, et 8 § 3, f. Ulp.
(5) Dig. *ibid.*, 9, f. Gaius, et 10, f. Ulp.
(6) Dig. *ibid.*, 17 et suiv.

reur; et Gaius décide que, quand bien même le procureur mettrait en avant les excuses que nous venons d'indiquer, il devrait être forcé à prendre la défense si le maître était absent, et si le poursuivant affirmait que, par une plus longue attente, ses droits seraient compromis (1).

169. — Une exception à la règle que le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble, résulte forcément de la situation particulière dans laquelle la *litis contestatio* met les parties. Jusqu'à cette phase de la procédure, le droit de révocation appartient au mandant (2); mais lorsque la novation produite par la contestation en cause a eu lieu, le procureur est considéré comme *dominus litis*, de sorte que le révoquer devient impossible (3). Cependant, dans certains cas et en connaissance de cause, le préteur permet au constituant de changer son procureur ou de prendre lui-même sa cause en main (4). Les principaux de ces cas sont énumérés dans les lois 18, 19, et suiv. *ff. De procur. et defens.*

Lorsque l'action est ainsi transférée, les cautions données au procureur révoqué, et qui, en droit strict, devraient cesser d'être obligées, continuent à l'être cependant par suite de cette tendance de plus en plus prononcée des préteurs à s'écarter des rigueurs et des subtilités du droit ancien; les actions sont données au maître sinon comme actions directes, du moins comme actions utiles (5). Quant aux cautions que le procureur a pu donner, il est évident qu'elles sont déchargées (6).

(1) Dig. III, III, *De proc. et defens.* 12, f. Gaius. — Cujas, *Ad Africanum tractatus VI, ad leg. ult. de proc.*

(2) Dig. *ibid.*, 16, f. Paul; Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 3, const. Sévère et Antonin.

(3) De Ferrière, *op. cit.*, lib. III, tit. III, T. I, p. 59.

(4) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 17, f. Ulp.

(5) Dig. *ibid.*, 27 § 1, f. Ulp.

(6) Dig. XX, VI, *Quib. mod. pign.*, 1 § 2, f. Papinien.

170. — La novation, résultant de la *litis contestatio*, produit également ce résultat que le pouvoir du mandataire, devenu maître du litige, n'est pas éteint par la mort du mandant, et qu'il peut terminer le procès commencé (1). Le procureur peut même, dans certains cas, être obligé de continuer à soutenir la cause, bien que la mort du mandant soit arrivée avant la *litis contestatio*; c'est lorsque celui-ci a donné pour lui et sans réclamation de sa part, la caution *judicatum solvi* (2).

Mais, malgré la *litis contestatio*, la mort du procureur met toujours fin au mandat et il ne passe pas à ses héritiers (3).

171. — Nous avons aussi à signaler quelques différences entre le mandat *ad litem* et le mandat *ad negotia*, au point de vue de la capacité requise pour les contractants.

A Rome, toute personne n'avait pas qualité pour agir en justice, et le préteur dans l'édit avait établi trois classes de personnes : celles auxquelles il est défendu de postuler d'une manière absolue; celles qui ne peuvent postuler que pour elles-mêmes; et enfin celles qui peuvent postuler pour certaines personnes seulement (4). Ne peuvent postuler pour autrui, et par conséquent recevoir un mandat *ad litem* : les mineurs de dix-sept ans, les sourds, les femmes, *alienam suscipere defensionem, virile est officium, et ultra sexum muliebrem esse constat* (5), les

(1) Cod. II, XIII, *De procurat.*, 23, const. Julien. Cette constitution se trouve également dans le Code de Théodose, II, XII, *De cognit.*, 1.

(2) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 15, f. Ulp.

(3) Cod. Theod., II, XII, *De cogn.*, 7, const. Théod. et Valent.

(4) Dig. III, I, *De postul.*, 1 § 1, f. Ulp.

(5) Cod. II, XIII, *De procur.*, 18, const. Diocl. et Maxim.; 4, const. Sév. et Ant.; Dig. L, XVII, *De reg. jur.*, 2, f. Ulp. — De

aveugles, les débauchés, les personnes sous le coup d'une accusation criminelle, tant qu'elles ne se sont pas justifiées (1), les condamnés à une peine capitale, et, en général, tous ceux qui étaient notés d'infamie par l'édit du préteur, et n'avaient pas été relevés de leur indignité (2). Cependant à l'époque de Justinien, l'incapacité résultant de l'infamie était tombée en désuétude, et cet empereur l'abrogea définitivement (3). Heineccius s'est autorisé de ces mots : *ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur*, pour soutenir que l'exception résultant de l'infamie n'a été abrogée que dans les cas où l'infamie est douteuse et peut faire l'objet d'un débat (4); mais il donne à ces mots une portée qu'ils n'ont pas, et la première partie de la phrase fait voir clairement que l'abrogation est absolue.

Une autre classe d'incapacités résulte des fonctions que remplissent certaines personnes. C'est ainsi que l'édit perpétuel et plusieurs constitutions défendaient aux soldats d'agir pour autrui (5) ; même défense était faite aux

Loy, lib. XIII, tit. III, p. 281. — Il y avait aussi un autre motif. C'est qu'en défendant, la femme s'obligeait pour autrui, ce qui lui était interdit par le S. C. Velléien. (Dig. XVI, I, *Ad S. C. Vell.*, 2 § 5, f. Ulp.) On lui permettait cependant quelquefois d'agir pour ses parents, *causa cognita*, lorsque l'âge ou la maladie les empêchait d'agir par eux-mêmes, et que personne ne voulait les défendre. (Dig. III, III, *De proc.*, 41 et 54, ff. Paul).

(1) Cod. II, XIII, *De procur.*, 6, const. Alexandre.

(2) Dig. III, I, *De postul.*, 1 §§ 3, 5, f. Ulp.; Paul, *Sent.*, I, II, *De cogn.*, § 1; *Fragm. Vatic.*, VII, *De cogn.*, § 324.

(3) Inst. IV, XIII, *De except.*, § 11.

(4) Heineccius, *op. cit.*, lib. IV, tit. XIII, § 1250, Ed. Dupin, T. II, p. 382; Ed. Berthelot, T. IV, p. 236.

(5) Cod. II, XIII, *De procur.*, 7, const. Alexandre ; 13, const. Gordien ; Dig. III, III, *De procur.*, 8 § 2, f. Ulp. ; Inst. IV, XIII, *De except.*, § 11.

fermiers et autres employés des fonds de la maison impériale (1), aux députés des villes (2).

Enfin l'empereur Claude, par une constitution, défendit aux parties, sous peine de perdre leur action, de choisir pour procureurs des hommes revêtus de hautes fonctions, de peur que la décision du procès ne fût influencée par leur crédit (3).

172. — Quant à ceux qui peuvent donner un mandat *ad litem*, il faut observer que ceux-là seuls peuvent intenter par procureur une action, qui pourraient le faire par eux-mêmes (4). Le procureur d'un esclave, bien qu'étant un homme libre, ne peut donc intenter d'action (5). Quant à celui *qui de statu suo litigat*, il ne pouvait agir anciennement par lui-même et par conséquent par procureur; c'était un *assertor libertatis* qui seul pouvait revendiquer sa liberté. Justinien abolit l'adsertion, et permit à l'es-

(1) Cod. XI, LXXI, *De conduct. et proc.*, 1, const. Théod. et Valent.

(2) Dig. L, VII, *De legat.*, 8 pr. et § 2, f. Paul.

(3) Cod. II, XIV, *Ne liceat pot.*, 1, const. Diocl. et Maxim. — La loi des Visigoths, lib. II, tit. II, 9, édictait une défense semblable et même une loi du roi Flavius Cintasvintus comprise dans ces mêmes lois, lib. II, tit. III, 9, contient les curieuses dispositions suivantes : « Nulli liceat potentiori quam ipse est qui « committit, causam suam ulla ratione committere, ut non « æqualis sibi eius possit potentia opprimi vel terreri. Nam « etiam si potens cum paupere causam habuerit, et per se ad- « serere noluerit, non aliter quam æquali pauperi, aut fortasse « inferiori a potente poterit causa committi. Pauper vero, si « voluerit, tam potenti suam causam debeat committere, quam « potens ille est, cum quo negotium videtur habere. » (*Portugaliæ monumenta historica, jussu Acad. Scient. Olisip. edita, Leges et consuetudines*, T. I, p. 25, 1856).

(4) Dig. L, VIII, *De adminis. rer.*, 2 § 1, f. Ulp.

(5) Dig. III, III, *De procur.*, 33, f. Ulp.; Dig. V, I, *De judiciis*, 44 § 1, f. Papinien.

clave qui se prétendait libre, et à celui qui, étant en possession de la liberté, était revendiqué comme esclave, d'agir par eux-mêmes: il autorisa même le second à se défendre par procureur (1); pour le premier, la chose était impossible, puisqu'il n'était *in quasi possessione libertatis* qu'après la *litis contestatio*; mais quant aux procès intervenus *pendente liberali judicio*, il pouvait les poursuivre par procureur (2).

173. — Cependant, certaines personnes, à raison de leur position, ne pouvaient agir en justice que par procureurs. C'étaient les préteurs, le préfet de la ville, le maître des soldats, les comtes du palais, les proconsuls; ceux qui ne se conformaient pas à cette constitution de Valentinien devaient être punis par la perte de leur procès, et les juges par une amende de 20 livres d'or (3). Une novelle étendit cette obligation à toutes les personnes ayant le rang d'*illustres* et l'abrogea pour toutes les autres (4).

En sens inverse, les procureurs, bien qu'ayant qualité pour agir, ne pouvaient constituer un procureur à leur place (5); mais une fois que, par le fait de la contestation en cause, ils étaient devenus maîtres du litige, cette faculté

(1) Cod. VII, XVII, *De adsert. toll.*, 1, const. Justinien.

(2) Pothier, *Pandect.*, *De procur.*, nº 18 et note; Dig. III, III, *De procur. et defens.*, 33 § 1, f. Ulp.

(3) Cod. II, XIII, *De procur.*, 25, const. Valent., Théod. et Arcad.

(4) Nov. V, XXVI, 71, cap. 1. C'est, dit Justinien dans cette novelle, *ne cogantur aut sedere cum judicibus cum judicant; aut stare rursus tanquam litigantes*. Et en effet, ajoute Gothefroid, « non est honestum ut qui judicatur, cum judicibus se-« deat; et contra, honestatis esse non videtur, ut dignitate major « stet coram judice inferiore. » (*Authent. seu novel. const. Justin. notis Dionysii Gothofredi illustratæ*, 1628, T. II, p. 292).

(5) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 3, f. Ulp.

leur devenait permise (1). Nous ferons la même observation pour les tuteurs et curateurs (2), et pour l'*actor civitatis* (3).

174. — Lorsqu'un procureur se présente en justice et qu'il est dans la catégorie des personnes incapables de postuler pour autrui, ou qu'il a reçu son mandat d'une personne qui n'avait pas capacité pour le donner, ou enfin lorsque l'existence même du mandat est contestée, l'adversaire a, pour repousser l'action intentée par ce procureur, une exception dilatoire, appelée *exceptio procuratoria* (4). Cette exception doit être proposée avant la contestation en cause ; plus tard elle n'est plus recevable (5).

(1) Dig. XVII, I, *Mand. vel contra*, 8 § 3, f. Ulp.; Cod. II, XIII, *De procur.*, 8, const. Alexandre.

(2) Cod. *ibid.*, 11, const. Alexandre.

(3) Dig. III, III, *De procur. et defens.*, 74, f. Ulp.

(4) Dig. XXII, III, *De prob.*, 19 § 2, f. Ulp.; Dig. XLIV, I, *De except.*, 2 § 4, f. Ulp.; 3, f. Gaius ; Inst. IV, XIII, *De except.*, § 11 ; Gaius, *Comment.*, IV, § 124.

(5) Cod. II, XIII, *De procur.*, 13, const. Gordien ; Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 8 § 2, 57 § 1, ff. Ulp.

CHAPITRE III.

DANS QUELLES ACTIONS ON PEUT AGIR PAR PROCUREUR.

§ 1. — EN POURSUIVANT.

175. — En général, dans toutes les actions civiles, l'emploi des procureurs est autorisé, en première instance et en appel (1). Il y a cependant quelques exceptions. *Pomponius scribit non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere*, et Ulpien cite l'action par laquelle on revendique un enfant qu'on prétend être sous la puissance d'un absent, à moins que le père ne soit dans l'impossibilité absolue de se présenter (2).

176. — Dans les actions populaires, il est absolument interdit d'agir par procureur (3); et en effet, ces actions étant ouvertes à tous les citoyens, celui qui se présente a autant de droits à se porter demandeur que celui au nom de qui il voudrait agir, et *non jure datur quis procurator ad actionem, quam suo jure et suo nomine cum effectu habet* (4). Toutefois, lorsque c'est la personne victime du

(1) Cod. II, XLIX, *Etiam per proc.*, 1, const. Alex. ; Dig. III, III, *De proc.*, 35 § 1, f. Ulp.; Dig. XXXVII, XV, *De obseq. parent.*, 4, f. Marcien.; Dig. XLIX, IX, *An per alium caus.*, 1, f. Ulp.

(2) Dig. III, III, *De procur. et defens.*, 40 pr., f. Ulp.

(3) Dig. XLVII, XXIII, *De popul. act.*, 5, f. Paul. — Cpr. Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 42, f. Paul.

(4) Cujas, *Comment. in lib. VIII, Pauli ad Edict. ad leg. 42 de procur.*

délit qui en poursuit la réparation, bien que l'action ne cesse pas d'être populaire, il s'y joint quant à elle un intérêt pécuniaire et privé ; aussi on lui permet d'agir par procureur (1); il en est ainsi principalement dans les actions *de via publica* et *sepulchri violati*.

177. — Dans les actions publiques, qu'il ne faut pas confondre avec les actions populaires, il est également défendu d'agir par procureur (2). Celui qui se porte accusateur doit souscrire en son nom le libelle d'accusation, et s'engager à poursuivre lui-même l'accusation jusqu'à la sentence (3).

Mais si on ne peut poursuivre au criminel par le ministère d'autrui, sans tomber sous le coup du S. C. Turpillien (4), celui auquel le crime a porté préjudice peut bien intenter par procureur l'action civile en réparation. Cette différence entre l'action civile et l'action publique se trouve clairement indiquée dans plusieurs constitutions (5).

178. — Cependant une exception fut faite en faveur des personnages illustres. Une constitution de Zénon leur permit, ainsi qu'à leur famille, d'intenter par procureur l'action d'injures, même au criminel, et cette faveur leur fut maintenue par Justinien (6). Il est vrai que de nombreux textes paraissent accorder la même

(1) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 42 et 45 § 1, ff. Paul; Dig. XLIII, VIII, *Ne quid in loco publ.*, 6, f. Julien.

(2) Dig. XLVIII, I, *De publ. judic.*, 13 § 1, f. Papinien. — De Ferrière, *op. cit.*, lib. III, tit. III, T. I, p. 58.

(3) On trouve un exemple d'un libelle d'accusation dans un fragment de Paul. Dig. XLVIII, II, *De accusat.*, 3, f. Paul.

(4) Dig. XLVIII, XVI, *Ad Senat. Turpill.*, 1 § 13, f. Marcien.

(5) Cod. IX, XX. *Ad leg. Fab.*, 2, const. Antonin. — Adde : Cod. IX, XXII, *Ad leg. Cornel.*, 16, const. Diocl. et Maxim.

(6) Cod. IX, XXXV, *De injur.*, 11, const. Zénon ; Inst. IV, IV, *De injur.*, § 10.

faculté à toute personne, *agere quis injuriarum et per se et per alium potest, utputa procuratorem* (1); mais il ne s'agit là évidemment que de l'action civile pour obtenir une réparation pécuniaire (2); de sorte que, sauf l'exception que nous avons indiquée, la règle de Paul a toujours subsisté : *injuriarum non nisi præsentes accusare possunt* (3).

§ 2. — EN DÉFENDANT.

179. — Dans les affaires civiles et pécuniaires, la solution que nous avons donnée pour le poursuivant s'applique au défendeur. *In pecuniariis causis passim unicuique (si tamen ita maluerit) per procuratorem respondendi tribuimus facultatem* ; toutefois la fin de cette constitution semble donner au juge le pouvoir d'ordonner la comparution personnelle du défendeur (4). Dans les cas où la condamnation doit emporter infamie, il est aussi permis d'agir par procureur, mais Ulpien dit, à propos du tuteur accusé comme suspect, qu'on n'admet pas facilement le procureur à défendre, à moins d'un pouvoir spécial (5).

180. — Celui qui est appelé en justice en vertu d'une action populaire, peut également constituer un procu-

(1) Dig. XLVII, X, *De injur.*, 11 § 2, 17 §§ 15, 16, 19, 20, ff. Ulp.; 36, f. Julien ; Dig. XLVI, VIII, *Ratam rem hab.*, 22 §§ 9, 10, f. Julien.

(2) Voir en effet : Dig. XLVII, X, *De injur.*, 7 § 1, f. Ulp.; Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 8, f. Ulp.; 42 § 1, f. Paul.

(3) Paul, *Sent.*, V, IV, *De injuriis*, § 12.

(4) Cod. II, XIII, *De procur.*, 26, const. Arcad. Honor. et Théod.; 2, const. Div. fratr.; Cod. III, XIX, *Ubi in rem act.*, 2, const. Constantin.

(5) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 39 § 7, f. Ulp.

reur (1). En effet, la condamnation est en pareil cas pécuniaire.

181. — Dans les *publica judicia*, c'est-à-dire dans les actions criminelles, l'usage des procureurs n'est pas admis (2). La raison en est facile à comprendre; c'est par l'interrogatoire de l'accusé que le juge peut connaître l'étendue de sa culpabilité; et en outre, si une condamnation pécuniaire peut être prononcée contre un procureur, il n'en est pas de même d'une peine corporelle, elle doit frapper directement le coupable.

Cependant, une constitution d'Alexandre porte ces mots: *reos capitalium criminum absentes, etiam per procuratorem defendi, leges publicorum judiciorum permittunt* (3). Ulpien dit en effet qu'il est de l'intérêt public que les absents soient défendus (4). D'un autre côté, nous voyons dans une constitution de Gordien, qu'un absent ne peut être poursuivi pour un crime (5) et la même chose se trouve reproduite dans les sentences de Paul : *In causa capitali absens nemo damnatur* (6). Comment se fait-il donc, que des absents qui ne peuvent être condamnés, aient besoin d'être défendus? Le motif de cette contradiction apparente est facile à comprendre. Lorsque le coupable est absent au moment où l'accusation est portée, on ne peut le poursuivre, et on se contente de le noter sur les registres des magistrats; mais lorsqu'il n'est parti que *post*

(1) Dig. XLVII, XXIII, *De popul. act.*, 5, f. Paul.

(2) Dig. XLVIII, I, *De publ. judic.*, 13 § 1, f. Pap.; Dig. XLIX, IX, *An per alium causæ*, 1, f. Ulp.; Cod. III, XXIV, *Ubi senat.*, 3, const. Zénon.

(3) Cod. IX, II, *De accus. et inscript.*, 3, const. Alexandre.

(4) Dig. III, III, *De proc. et defens.*, 33 § 2, f. Ulp.

(5) Cod. IX, II, *De accusat.*, 6, const. Gordien.

(6) Paul. *Sent.*, V, V, *De effectu sent.*, § 9; V, XXXV, *De redd. caus. appell.*, § 1.

litem contestatam, ou *cognitione suscepta*, l'instance doit suivre son cours (1).

Ce point éclairci, il reste à savoir quelle sorte de défense le procureur peut présenter. D'après Papinien, il semblerait que le procureur peut simplement proposer aux juges les motifs qui retiennent l'absent éloigné, afin qu'ils diffèrent la sentence jusqu'à son retour (2). Mais la constitution d'Alexandre, ainsi que les termes employés par Ulpien, ne peuvent laisser douter que le procureur ne puisse également présenter la défense de l'absent sur le fond de l'affaire, et prouver son innocence (3).

182. — L'exception que Zénon avait introduite en faveur des personnes illustres, existe aussi lorsque ces personnes sont poursuivies par une action criminelle d'injures. Elles peuvent se défendre par procureur, et il faut observer, qu'à la différence de ce qui a lieu en matière civile, la condamnation est prononcée directement contre l'accusé et non contre le procureur. *Sententiam judice contra eum qui procuratorem dederit, (etsi ipse non adesset judiciis, sed causam per procuratorem diceret), legibus prolaturo* (4).

(1) Cujas, *Comment. in tit. II de accusat. lib. IX Cod.*

(2) Dig. XLVIII, I, *De publ. judic.*, 13 § 1, f. Papinien.

(3) Cpr. Cujas, *Comment. in lib. XV respons. Papin. ad leg. pen. de publ. judic.*, et *Comment. in tit. IX ad leg. Jul. lib. IX Cod. ad leg. 13.* — Heineccius, *op cit.*, lib. IV, tit. X, § 125. Ed. Berthelot, T. IV, p. 236 et Ed. Dupin, T. II, p. 383; De Loy, lib. XIII, tit. III, p. 278.

(4) Cod. IX, XXXV, *De injuriis*, 11, const. Zénon.

DROIT ANCIEN

I.

DU MANDAT AD NEGOTIA

CHAPITRE PREMIER.

MANDAT CIVIL.

183. — Le mandat a dû être de bonne heure fréquemment employé dans notre ancien Droit, si l'on en juge par les formules assez nombreuses laissées par Marculf, moine qui vivait probablement à l'époque de Clovis II fils de Dagobert, vers le milieu du VII^e^ siècle, et par d'autres auteurs dont le nom ne nous est pas parvenu et qui doivent être ses contemporains (1). Il est même à remarquer qu'on usa de ce contrat dans des cas où l'emploi d'un intermédiaire semblerait maintenant impossible. C'est ainsi que l'on pouvait se marier *en face d'église* par pro-

(1) *Marculfi formulæ*, lib. II, cap. XXXVIII ; *Formulæ veteres incerti auctoris*, cap. LIII ; *Formulæ veteres secundum legem romanam*, cap. II et III ; et les notes de Bignon sur ces formules, p. 583 et 616 de la 1re édit. 1613, et p. 330 et 351 de la 3e édit. 1666.

cureur muni d'un pouvoir spécial et non révoqué ; il en était encore de même du temps de Pothier (1). C'est ainsi que, dans certaines coutumes, les vassaux qui étaient tenus *de servir les plaids en la cour de leur seigneur* pour juger les affaires qui y étaient portées, pouvaient s'y faire représenter par procureur spécialement fondé (2). Enfin, nous verrons que dans les duels judiciaires on pouvait quelquefois se battre par procureur.

184. — Le mandat, en passant dans notre Droit, conserva d'ailleurs à peu près complètement le caractère qu'il avait en Droit romain. De même que chez les Romains, la gratuité est considérée comme un élément essentiel. « Il est de l'essence du mandat, dit Pothier, qu'il « soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge, « par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière « du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui « payer une somme d'argent, ou quelque autre chose, « qui soit le prix de la gestion de cette affaire; autrement, « le contrat n'est pas un contrat de mandat ; c'est une « autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, « c'est *locatio operarum* (3). » « Le mandement n'est « point, s'il ne se fait, accepte, ou accorde gratuite- « ment (4). » La même pensée se retrouve dans les plus

(1) Pothier, *Traité du mariage*, n° 367. Edit. Dupin, T. V, p. 207 ; Cormier, *Le code du très chrestien et très victorieux roy de France et de Navarre Henry IIII*, Rouen, 1615, liv. XII, tit. II, n^os^ 112 et suiv., et tit. III, n° 170.

(2) Marnier, *Ancien coutumier de Picardie, au commencement du XIV^e^ siècle*, n° 58, p. 51 ; *Coutumes générales du bailliage d'Amiens*, art. 75, et art. 186 des mêmes coutumes réformées en 1567 (Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, T. I, p. 131 et 185).

(3) Pothier, *Traité du contrat de mandat*, n° 22. Edit. Dupin, T. IV, p, 219.

(4) Cormier, *op. cit.*, liv. XII, tit. I, ch. I, n° 2.

anciens auteurs, dans *Li livres de Jostice et de Plet*, par exemple (1).

185. — Mais, de même qu'en Droit romain, si on repousse le paiement, on admet les honoraires. Certains auteurs paraissent exiger, pour que la nature du contrat ne soit pas modifiée, que les honoraires ne soient pas promis *ab initio*. « Toutefois s'il intervient quelque gratification « qu'on fera par libéralité et sans convention expresse : « le contrat et action de mandement ne lairront de sub- « sister (2). »

Pothier admet l'honoraire fixé et promis par le contrat; seulement il faut, pour que la somme d'argent, la gratification promise, conserve le nom d'honoraires et ne fasse pas dégénérer le mandat en louage, « que ce qui est pro- « mis ne soit pas le prix du service que le mandataire se « charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose « d'appréciable (3). » La différence entre le louage et le mandat repose donc, pour Pothier, sur la question un peu subtile de savoir, si, oui ou non, les services rendus peuvent être évalués et compensés par une somme d'argent. C'est là, d'après lui, ce qui explique qu'une promesse d'honoraires, faite en termes vagues et généraux, ne donne pas d'action au mandataire pour les réclamer, les services rendus par lui ne pouvant être, comme dans le louage, estimés par experts.

(1) *Li livres de Jostice et de Plet*, liv. VII, tit. X, § 2. — V. aussi : Jean Papon, *Les trois notaires*, Lyon, 1568, T. I, liv. II, *De contract de charge*, 2e part., p. 149 ; Domat, *Les lois civiles*, liv. I, tit. XV, sect. I, n° 9 ; Puffendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. par Barbeyrac, liv. V, ch. IV, § 1.

(2) Cormier, *loc. cit.*, n° 3 ; Domat, *loc. cit.*, n° 9 ; Argou, *Institution au droit français*, 9e éd., liv. III, ch. XXXVII, T. II, p. 349.

(3) Pothier, n° 23. Edit. Dupin, T. IV, p. 219.

186. — Le mandat se contracte, comme à Rome, par le seul consentement; il n'est même pas nécessaire que l'acceptation soit expresse. Le pape Clément V le décidait ainsi : « Instrumento vel litteris quibus aliquis te procu-« ratorem constituit, nulla facta protestatione, a te re-« ceptis, non potest postea recusare defensionem (1). » Pothier met des restrictions à ce principe, et laisse à l'arbitrage du juge à décider d'après les circonstances, si pour avoir retenu la procuration on doit être censé avoir accepté le mandat (2).

L'acceptation est toujours facultative pour le mandataire ; mais à peine de dommages et intérêts, il doit accomplir le mandat une fois qu'il s'en est chargé : « Qui s'en-« tremet doit achever (3). »

187. — Les obligations réciproques des parties subsistent telles qu'elles étaient en Droit romain.

Du côté du mandataire: obligation de s'en tenir strictement aux ordres donnés, « Procurateur doit garder dili-« gemment les commandemens son seigneur (4) » ; défense d'outrepasser ses pouvoirs (5) ; obligation de veiller aux affaires dont il est chargé avec tout le soin que leur

(1) Cormier, l. XII, tit. II, ch. IV, nº 35.

(2) Pothier, *Du mandat*, nºs 32 et 33 ; T. IV, p. 223.

(3) Loysel, *Inst. cout.*, l. III, tit. II, nº 6 ; Ed. Dupin et Laboulaye, T. I, p. 369 ; Cormier, l. XII, tit. I, ch. IV, nº 80.

(4) *Etablissements de S^t-Louis*, l. II, ch. VIII. Edit. Du Cange, 1668, p. 57. Edit. de S^t-Martin, 1786, p. 183; D'Argentré, *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniæ*, 1628, tit. III, art. 96, note 12, p. 425 ; Puffendorf, l. V, ch. IV § 5 ; Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par Barbeyrac, l. II, ch. XVI § 21.

(5) *Etabliss. de S^t-Louis, eod. loc.* ; Pothier, nºs 90 et suiv., p. 253 ; *La très ancienne coustume de Bretaigne*, ch. LXXXV. (Bourd. de Richebourg, T. IV, p. 221); *Li Livres de Jostice et de Plet*, l. VII, tit. X, § 4, p. 162.

nature exige (1) ; obligation de rendre des comptes, et de restituer tout ce qu'il a pu recueillir pendant son administration. « Il covient que cil qui amenistre autrui be-
« soignes, ou par garde ou par autre manière, en rende
« raison là où il a ce fait (2).»

Du côté du mandant : obligation d'indemniser le mandataire de ses débours, et de le décharger des engagements qu'il a contractés pour l'exécution du mandat (3).

188. — Les garanties que le Droit romain accordait à chacune des parties pour la sauvegarde de ses droits, ont été conservées. Ainsi le mandataire peut agir pour le tout contre chacun des mandants (4) ; il peut prélever ses dépenses sur les sommes qu'il recueille, et, à défaut, il a un droit de rétention sur les corps certains jusqu'à complet remboursement (5).

Les mandataires sont aussi tenus solidairement à l'égard du mandant. « Si quelqu'un a donné charge de ses
« affaires à deux personnes ; chacun d'eux pourra estre
« conuenu par action de mandement seul et pour le tout,
« mais ne pourra-on estre payé que une fois par l'un ou
« par l'autre (6). »

Les effets que notre ancien Droit reconnaissait aux actes passés par devant notaires, introduisirent pour le mandataire une nouvelle garantie. On sait en effet, que les actes

(1) Pothier, nos 46 et suiv., p. 228 ; Domat, *loc. cit.* §§ 4, 5.

(2) *Conseil de Pierre de Fontaines*, ch. xxxii, § 9. Edit. Marnier, p. 369 ; Cormier, l. xii, tit. iii, ch. x, n° 172; Domat, *loc. cit.*, § 8 ; Pothier, n° 51, p. 231.

(3) Pothier, n° 67, p. 237.

(4) Cormier, l. xii, tit. i, ch. vi, n° 136; Domat, *loc. cit.*, sect. ii, § 5; Pothier, n° 82, p. 249.

(5) Cormier, tit. iii, ch. xi, n° 182 ; Pothier, n° 59, p. 234.

(6) Cormier, *loc. cit.*, tit. i, ch. v, n° 110, et tit. ii, ch. iv, n° 44; Domat, *loc. cit.*, sect. iii, § 13; Pothier, n° 63, p. 235.

notariés conféraient une hypothèque générale « comme « cette clause étant sous-entendue, si elle avait été « omise (1).»

Lorsque la procuration était notariée, le mandataire avait donc une hypothèque sur les biens du mandant ; mais cette hypothèque prenait-elle rang du jour de la procuration ? Pothier ne l'accorde que du jour où le mandataire a commencé la gestion, parce que c'est seulement à partir de cette époque que naissent les obligations du mandant (2).

Quant au mandant, il n'avait pas toujours hypothèque, même lorsque la procuration était notariée ; en effet, c'est l'acceptation qui lie le mandataire : il fallait donc qu'elle fût comprise dans le même acte que la procuration, ou qu'elle fût faite elle-même par acte notarié (3).

189. — Quelques textes d'anciens auteurs semblent dire que dans notre ancien Droit la condamnation prononcée contre le mandataire était infamante. « Les paroles Johan « de Beaumont sunt telles : Procurator, curator, tutor, « avoquaz, si ne font en la chose ce qu'ils devent sont « mau renomé (4).» Mais il est probable que ces textes, comme beaucoup d'autres de cette époque, sont plutôt une réminiscence du Droit romain que la constatation de ce qui avait lieu dans la pratique. Quoiqu'il en soit, du temps de Pothier ce caractère infamant de l'action n'existait plus (5).

190. — Jusqu'ici notre ancien Droit a suivi à peu près complètement la législation romaine, et nous n'avons eu à signaler que de légères différences; mais en réglementant

(1) Loyseau, *Du Déguerpissement*, l. III, ch. I, n° 15 ; Denisart, *Collect. de décis. nouv.*, V° *hypothèque*, n°s 33 et suiv., T. II, p. 655 de la 7e édition.

(2) Pothier, n° 86, p. 250.

(3) Pothier, n° 66, p. 336.

(4) *Li livres de Jostice et de Plet*, l. III, ch. I, § 1, p. 104 ; Cormier, l. XXXI, tit. XXXV, ch. I, n° 3.

(5) Pothier, n° 65, p. 236.

les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers, les deux législations se sont complètement séparées.

Nous avons vu que, peu à peu, au moyen d'actions utiles et d'exceptions, les préteurs étaient arrivés à obliger directement les parties principales pour lesquelles le contrat avait été conclu par l'entremise du procureur; mais il n'en était pas moins vrai que le mandataire devait agir en son propre nom, s'obliger lui-même envers les tiers, que lui seul était tenu au regard de la loi civile, de telle sorte que, si le mandant devenait insolvable, c'était lui, mandataire, qui était responsable dans une affaire où il n'avait aucun intérêt. On ne peut stipuler ni promettre pour autrui : telle était la règle; et on la prenait à la lettre sans oser s'en écarter. La même règle se trouve dans notre ancien Droit (1), mais elle ne doit s'entendre que des cas où on agit en son propre nom, et nullement de ceux où on parle au nom d'autrui et comme son représentant; alors la personne du mandataire s'efface complètement, il tient la place du mandant, et c'est celui-ci qui est censé consentir et contracter par sa bouche (2). La conséquence naturelle de cette fiction légale conduit à un résultat bien différent de ce qui avait lieu en Droit romain; le mandant se trouve seul obligé, et le mandataire n'est jamais tenu, à cette condition toutefois que l'acte ait été fait dans les limites du mandat : « Ne procureeur ne « puet fere a son seigneur dommage, se il n'a comman- « dement de ce qu'il fera (3). »

(1) Cormier, l. IX, tit. I, ch. II, nos 48, 49, 101.

(2) Pothier, n° 87, p. 252; Hoüard, *Dictionnaire de la Coutume Normande,* 1781, v° *procuration*; Cormier, liv. XII, tit. II, ch. VIII, nos 136, 138, 140, 141; Puffendorf, l. III, ch. IX, n° 1.

(3) *Etabliss. de St Louis*, l. II, ch. VIII. Ed. Du Cange, p. 57; Ed. de St-Martin, p. 183; *Ordonnances des Rois de France de la 3e race,* T. I, p. 254.

Le mandataire peut agir aussi bien en son nom qu'en qualité de procureur; dans ce cas, il est obligé solidairement avec le mandant (1).

491. — Le mandat finit, comme en Droit romain, par la mort du mandant ou du mandataire; la décision de Jean Des Mares : « homs mort n'a porteur de lettres (2) » s'applique à tout mandat. Le mandat s'éteint aussi par la renonciation et la révocation. Tout ce qui est fait par le mandataire dans l'ignorance de la révocation de son mandat est valable; il y a exception cependant dans le cas de mandat pour contracter mariage (3).

Une controverse s'était élevée sur le point de savoir quelle devait être la durée d'un mandat qui n'était pas limité. Quelques auteurs, au nombre desquels était Despeisses, soutenaient, par application de l'art. 10 de l'ordonnance de 1550, que la durée était seulement d'une année. Pothier ne se donne même pas la peine de réfuter cette opinion, qui, du reste, était peu suivie. « Quelques « praticiens ignorans disent qu'il faut, en ce cas, renou- « veler la procuration tous les ans, mais c'est une erreur « qui ne mérite pas d'être réfutée (4). »

Les seules procurations qui n'étaient valables que pour une année, étaient les procurations *ad resignandum* (5).

(1) Automne, *Conférence du droit français*, 2e éd., 1615, tit. v, p. 167; Cl. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° *Procuration*.

(2) *Décis*. n° 164. Edit. de 1669, p. 579.

(3) Cormier, l. xii, tit. ii, ch. x, n° 170; Pothier, *Du mariage*, n° 367. Ed. Dupin, T. V, p. 207.

(4) Pothier, *Du mandat*, n° 35, T. IV, p. 224; Denisart, v° *Procuration*, n° 9; Cormier, l. xii, tit. i, ch. iii, n° 62.

(5) Nicolas Frérot, *Les Basiliques*, 1611, tit. xx, art. ii, p. 58; Terrien, *Commentaire du droit civil tant public que privé, observé au pays et duché de Normandie*, 1574, liv. viii, p. 250.

CHAPITRE II.

COMMISSION.

192. — En matière commerciale, le mandat est plus important et d'un usage beaucoup plus fréquent qu'en matière civile; ce qui, pour les actes ordinaires de la vie civile, n'est souvent qu'une commodité, devient, dans la pratique des affaires, une véritable nécessité (1). Le fabricant, pour acheter les matières premières et pour écouler ses produits, est obligé de multiplier sa présence dans les lieux les plus éloignés; il lui faut donc des représentants qui agissent pour son compte et à sa place, exécutent ses ordres, fassent les achats et les ventes qui sont l'essence du commerce. Aussi les Romains, bien que peu commerçants et méprisant même le commerce, avaient-ils reconnu la nécessité de franchir les bornes étroites du droit civil, et de faire des règles tout exceptionnelles pour les *institores*. Il ne faut pas cependant confondre ces *institores* avec les commissionnaires. La commission, telle que nous l'entendons ici, était inconnue à Rome, ou du moins on ne trouve dans la jurisprudence romaine aucune trace de son existence.

193. — Il importe d'abord de fixer la différence entre les *institores* ou *préposés*, tels que l'entendent Domat et

(1) Savary, *Le parfait négociant*, 5e éd., 1701, 2e part., liv. III, ch. I, p. 209; Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, 1682, liv. II, tit. IV, ch. I, p. 513.

Pothier (1), et les commissionnaires. Les préposés sont des commis chargés, avec des appointements fixes, de diriger dans un lieu déterminé toutes les opérations relatives au commerce de leur patron ; les commissionnaires sont des mandataires chargés, moyennant un tant pour cent, d'une affaire déterminée et spéciale ; ils sont les agents, non plus d'une seule personne, mais de tous ceux qui veulent avoir recours à leur intermédiaire. On conçoit facilement l'avantage que présente l'emploi des commissionnaires sur celui des préposés, puisque ces derniers s'occupant des affaires d'un seul patron, sont complètement à sa charge (2), et ne peuvent dès lors être employés que dans les lieux où le patron a des intérêts assez importants, des affaires assez multipliées, pour exiger la présence continuelle d'un intermédiaire.

194. — Ce qui contribua le plus à étendre l'usage de la commission au moyen âge, et même, peut-être, ce qui lui donna naissance, ce furent précisément les entraves que les monopoles et les privilèges apportaient au commerce. En effet, il n'était permis à toute personne de vendre librement que pendant la durée des foires ; le reste du temps, il était défendu aux forains, c'est-à-dire aux personnes étrangères à la localité, d'y faire aucune vente. Les marchandises qui n'avaient pu être écoulées pendant la foire devaient être vendues en gros à la halle par le marchand lui-même. Si celui-ci ne pouvait ou ne voulait pas le faire en personne, il était obligé d'avoir recours à un fonctionnaire public, espèce de commissionnaire en titre d'office, que l'ordonnance de 1350 et plus tard l'ordon-

(1) Domat, *Les lois civiles*, l. I, tit. XVI, sect. III; Pothier, *Des Obligations*, nos 448 et suiv., Ed. Dupin, T. I, p. 274.

(2) Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, no 148 ; Troplong, *Du mandat*, nos 64 et suiv.

nance de 1586 avaient institué pour procéder à ces ventes à l'exclusion de toute autre personne (1). Cette institution tomba en désuétude ; mais l'interdiction de vendre continuant d'exister pour les forains, ils devaient se servir de l'intermédiaire des marchands faisant partie de la corporation, qui écoulaient leurs marchandises en qualité de commissionnaires (2).

195. — On voit donc que toute personne n'était pas libre d'exercer la profession de commissionnaire, du moins celle de commissionnaire-vendeur; il fallait demeurer dans la ville, y avoir fait son apprentissage et avoir été reçu maître dans le corps des marchands dans le commerce desquels rentraient les marchandises dont on devait procurer la vente. Il était même défendu dans certaines villes aux marchands faisant partie de la maîtrise, de vendre par commission des marchandises appartenant à des étrangers. Ainsi, à Paris, les règlements d'Octobre 1601 et Janvier 1613, interdisaient aux marchands du corps de la mercerie, « d'être courtiers et commissionnai-
« res pour aucuns Marchands étrangers ou forains, à
« peine de privation de leurs Maîtrises, et d'amende arbi-
« traire (3). » Cependant cette prohibition contre laquelle s'élevait Savary, était, paraît-il, bien peu observée dans la pratique, et par ceux-là mêmes qui auraient dû veiller à l'exécution de ces règlements.

196. — Si dans le but de favoriser les marchands d'une ville, il était défendu aux étrangers de venir leur faire concurrence, par contre, toute personne, quel que fût son

(1) Delamarre et Le Poitvin, *Traité de Droit comm.*, T. II, p. 6.

(2) Guyot, *Répertoire*, v° *Commissionnaire*, T. XIII, p. 167.

(3) Savary, 2e part., liv. III, ch. III, p. 217. — Dans certaines villes, à Lyon par exemple, il n'y avait point de maîtrises, et le commerce des marchandises était libre.

lieu d'origine et sa position, était autorisée à s'approvisionner chez eux. On pouvait donc remplir les fonctions de commissionnaire-acheteur sans qu'il fût nécessaire de faire partie de la maîtrise (1).

Enfin, il était un genre de commission entièrement libre même pour les étrangers, la commission de banque. Toutefois, les étrangers qui voulaient faire la banque, étaient primitivement obligés de fournir une caution (2).

197. — En passant dans le Droit commercial, le mandat devait nécessairement subir quelques modifications. Ces modifications, introduites par les usages du commerce, ont trait principalement à l'obligation pour le commettant de payer au commissionnaire les intérêts de ses avances, et un salaire proportionné à la valeur des opérations exécutées par son entremise, même en l'absence de toute convention à cet égard.

En outre, on accordait un privilège au commissionnaire sur les marchandises qu'il avait à sa disposition, pour garantir le remboursement de ses avances : « La même « faveur du commerce a aussi fait introduire le privilège « du nantissement ou de la saisie naturelle, au profit de « celui qui ayant à sa consignation des marchandises « appartenant à un négociant dont il est le commission- « naire ou correspondant, avance des sommes sur le prix « de ces marchandises, ou paie des lettres de change « tirées sur lui à l'occasion de ces mêmes marchan- « dises (3). »

(1) Savary, 2e part., liv. III, ch. II, p. 210.
(2) Savary, *ibid*, ch. IV, p. 230.
(3) Valin, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine d'Aout 1681*, l. II, tit. X, art. 3, 1766, T. I, p. 609.

II.

DU MANDAT AD LITEM.

198. — Nous avons vu que dans notre ancien Droit, la législation relative au mandat extrajudiciaire a subi peu de variations ; il en est tout autrement en ce qui concerne les conditions auxquelles ont été soumis le mandat *ad litem*, et la faculté même d'agir en justice par procureur. Cette question est en effet intimement liée à l'organisation judiciaire et en suit les différentes transformations. La procédure est-elle simple, et la justice rendue sommairement, les parties sont obligées de comparaître en personne ; mais à mesure que la procédure se complique, et que le Droit devient une science qui nécessite des connaissances spéciales, on voit se généraliser de plus en plus l'usage d'agir par procureur, jusqu'à ce qu'enfin il devienne obligatoire pour les plaideurs. C'est ce que nous allons examiner brièvement.

199. — Lorsque les barbares, Visigoths, Burgondes, Alamans, puis enfin les Francs, s'établirent dans la Gaule et y fondèrent leurs états, ils y introduisirent aussi leurs coutumes et leurs lois, sans cependant les imposer aux anciens habitants du sol qui continuèrent à observer le Droit romain. Les institutions judiciaires de ces peuples étaient d'une grande simplicité. L'administration de la justice n'était pas le monopole d'un certain nombre de per-

sonnes, mais tous les hommes libres du canton ou *Rachimbourgs*, se formaient en une espèce de jury, sous la présidence du comte, et c'était à eux qu'appartenait la décision des procès. Ce ne fut qu'à l'époque de Charlemagne que les juges, ou *scabins*, furent désignés par le roi ou ses envoyés (1).

Cette simplicité dans les formes, ce mode de jugement par les pairs, doivent faire facilement comprendre que les plaideurs fussent tenus de venir s'expliquer en personne, lorsque rien d'ailleurs ne s'y opposait.

200. — Il était cependant des cas où, bien qu'il n'y eût aucun obstacle matériel, l'une des parties, pour un motif quelconque, *propter simplicitatem suam* par exemple, ne pouvait poursuivre convenablement sa cause ; elle devait alors s'adresser au roi, qui lui accordait l'autorisation d'en charger une autre personne. Le recueil du moine Marculf contient la formule de cette autorisation (2).

Il paraît même, d'après les Capitulaires, qu'il n'était pas toujours nécessaire en pareil cas de s'adresser au roi ; on y voit en effet, que si des veuves, des mineurs ou des pauvres se présentent devant le tribunal, et ignorent la loi, le comte doit leur donner un homme *qui rationem eorum teneat, vel pro eis loquatur* (3). Dans les lois des Lombards, une loi du roi Rachis reconnaissait également au juge en même temps qu'au roi, le droit d'accorder en pareil cas, la faculté d'agir par procureur (4). Mais il y

(1) Voir sur ces questions importantes : De Savigny, *Histoire du Droit romain au moyen âge*, trad. par Guenoux, 1839, ch. IV, T. I, p. 130.

(2) *Marculfi monachi formulæ*, lib. I, XXI et les notes de Bignon, p. 51 et 497 de l'édit. de 1613 ; et p. 30 et 281 de l'édit. de 1666.

(3) *Karoli Magni et Ludovici Pii Capitula*, Ed. Pith., 1603, lib. IV, XVI, p. 61.

(4) Leges Longobardorum, lib. II, *De officio judicis*, Ed. Boyer,

avait nécessairement cette différence entre l'autorisation donnée par le roi et celle donnée par le juge, que l'une pouvait être accordée d'une manière générale, pour tous les procès nés ou à naître, et dispensait complètement le plaideur de se présenter en justice, tandis que l'autre ne pouvait être que spéciale à un procès pendant, et exigeait, au commencement du moins, la comparution de la partie.

201. — Il y avait en outre une classe de personnes, pour lesquelles c'était un privilége, ou plutôt une obligation d'agir en justice par l'intermédiaire d'autrui ; nous voulons parler des évêques et des clercs. « Ut episcopi « universique sacerdotes habeant advocatos, » porte un capitulaire de l'empereur Lothaire, « quia episcopi et uni- « versi sacerdotes ad solam laudem Dei et bonorum ope- « rum actionem constituuntur. Debet ergo unusquisque « eorum, tam pro ecclesiasticis quam etiam propriis « actionibus suis, habere advocatum non mala fama sus- « picatum, sed bone opinionis et laudabilis artis inven- « tum, ne, dum humana lucra attendunt, eterna premia « perdant (1). » Ces procureurs, qui portaient le nom de

1512, goth. f° 82 recto. — « Et ou il semble que en ancien « temps ceux de authority en Courts ont aver ceo en lour arbi- « trement, ou ils voilont permitter homes de appearer ou suer « [en anglais *to sue*] pour ascun auter que eux mesmes, come « appiert per Fitzherbert Nat. Bre. 25 en le briefe de *Dedimus* « *potestatem, de atturnato faciendo*, ou il est monstre, que ho- « mes fuer' chase a procurer les Briefes ou Letters Patents del « Roy al appointer atturnies pur eux. » (Rastall, *Les Termes de la Ley*, 1641, f° 32 recto).

(1) Leges Longobardorum, lib. II, *De advocatis et vicedominis*, Ed. Boyer, f° 78 verso; Lindembrogius, *Codex legum antiquarum*, 1613, p. 644. Voir aussi une loi de Pepin (Herold, *Orig. ac German. ant. libri*, 1557, *Legis francicæ* lib. V, tit. XI, p. 332).

advocati Ecclesiarum (1) (*advoués*), étaient choisis par les évêques en présence des comtes, d'après les lois des Lombards (2). D'après les Capitulaires de Charlemagne, au contraire, leur nomination appartenait au roi, à qui on devait en faire la demande (3).

202. — Sous les derniers successeurs de Charlemagne, et surtout sous les premiers rois de la troisième race, l'autorité des anciennes lois et des capitulaires s'affaiblit peu à peu, et ces lois, qui étaient générales jusqu'à un certain point, disparurent insensiblement pour faire place à une infinité de lois locales. En effet, la forte centralisation, créée par le génie de Charlemagne, avait exercé aussi son influence sur l'administration de la justice, et son unité était maintenue par les *missi dominici*, agents de l'empereur, munis de pouvoirs étendus et qui parcouraient les provinces, contrôlant le fonctionnement de la justice, réformant les jugements, et jugeant eux-mêmes les questions graves dans des plaids extraordinaires. Mais cette organisation ne survêcut guère à celui qui l'avait établie ; les grands vassaux s'émancipèrent, et ce morcellement du territoire en états non réunis par une autorité commune, le roi n'étant lui-même qu'un grand feudataire avec un simple droit de suzeraineté sur les autres seigneurs (4), devait avoir pour résultat infaillible, dans ces temps d'ignorance où le Droit n'était l'objet d'aucune étude, de faire oublier la loi commune et d'y substituer des usages locaux.

(1) Voir : Du Cange, *Gloss. ad script. med. et inf. lat.*, à ce mot.

(2) *Loc. cit.*

(3) *Karoli Magni et Ludovici Pii Capitul.*, l. VII, CCCVIII ; V. le glossaire de l'éd. Pithou au mot *aduocati.*

(4) Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire*, Introd. p. 15, et tit. I, ch. I, p. 30.

Quels étaient primitivement ces usages, il est impossible de le savoir, car ce n'est que de la fin du XIII^e^ siècle et du commencement du XIV^e^, que date la rédaction des premiers coutumiers, coutumiers qui furent d'ailleurs l'œuvre de simples particuliers, et n'ont pas le caractère officiel des coutumes rédigées plus tard d'après les ordres de Charles VIII.

203. — Malgré cette absence de documents, on peut avancer ce fait, que la comparution personnelle devant le juge continua à être obligatoire pour les parties ; car toutes les anciennes coutumes, malgré leur diversité sur d'autres points, reproduisent cette obligation. « Nus Pro-
« curateurs n'est receus en cort laie (1). »

204. — Cependant cette règle était loin d'être absolue.

1° Elle n'était applicable que dans les pays de Coutumes ; les pays de Droit écrit et les juridictions ecclésiastiques suivaient le Droit romain (2).

205. — 2° Elle n'avait lieu qu'à l'égard du demandeur.
« Chascuns par le Coustume de Biauvoisins en soi defen-
« dant puet envoier Procureeur, et puet fere li Procu-
« rierres se il a bone Procuration, autant en la cause
« comme ses sires feroit se il i estoit presens, mes en
« demandant nul nest ois par Procureeur (3). »

(1) *Etabliss. de S^t^. Louis*, liv. II, ch. VIII. Ed. Du Cange, 1668, p. 57 ; Ed. de Saint-Martin, 1786, p. 183.

(2) Loysel, *Institutes Coutumières*, liv. III, tit. II, n° 5. Ed. Dupin et Laboul., T. I, p. 368 ; Ed. Challine, 1656, p. 148 ; *Grand Coutumier de France*, Appendice, ch. XI. Edit. Laboulaye et Dareste, p. 729. Les lois des Visigoths permettaient d'agir par procureur (liv. II, tit. III, *Portugaliæ monumenta historica*, Olisipone, 1856, *Leges et consuet.*, T. I, p. 23). Voir aussi les lois d'Alphonse III, roi de Portugal, vers la moitié du XIII^e^ siècle, ch. XXIX et suiv., CVI et suiv. (*Ibid.*, p. 238 et 276), et les coutumes de ce pays à cette époque, ch. CCIII et suiv. (*Ibid.*, p. 307 et suiv.)

(3) Beaumanoir, *Coustumes de Beauvoisis*, ch. IV. Edit. De la

Ajoutons que le défendeur, dans certains cas, se trouvait forcé d'user de cette faculté, s'il ne voulait être condamné par défaut. On voit en effet dans les *Etablissements de S. Louis*, que quand un homme vieux ou malade était assigné et envoyait un *essoniateur* pour présenter au juge les motifs de son défaut de comparution, si, huit jours après, le demandeur insistait pour obtenir justice, le juge devait envoyer *hommes souffisans*, pour ordonner au défendeur de nommer un procureur pour aller à sa place, et ce procureur devait être le fils aîné, ou, à défaut, « celui à qui le recors de la terre aujent (1). » Le *Conseil de Pierre de Fontaines* indique que, dans le cas où une personne « contremande par essoine de son cors sanz jor, » le demandeur doit attendre un an et un jour, et, au bout de ce temps, assigner de nouveau, « et s'il [le défendeur] « n'est gariz au chef de l'an et du jor...., lors primes « est-il tenuz d'envoier home qui le defende. Car se outre « l'an languist, ses languirs ne doit nuire à autrui (2). » Une décision identique se trouve dans Beaumanoir (3).

Enfin, les anciennes coutumes de la Normandie, qui ont été publiées par M. Marnier d'après un manuscrit de la Thaumassière, 1690, p. 27; Edit. Beugnot, T. I, p. 75; *Conseil de Pierre de Fontaines*, ch. IV, § 24, Ed. Marnier, p. 35; Bouteiller, *Somme rural*, tit. x. Ed. Char. le Caron, 1611, p. 44; Jean Des Mares, *Décisions*, 1669, n° 263, p. 592; Loysel, *loc. cit.*, n° 4; *Stilus supremus curie parlamenti*, 1515, cap. v, f° 5, verso.

(1) *Etabliss. de S^t Louis*, liv. I, ch. C (p. 36), dans l'éd. de Du Cange, et ch. CII dans les éd. de Saint-Martin (p. 118), et des *Ordonnances des Rois de France de la troisième race* (T. I, p. 193).

(2) *Conseil de Pierre de Fontaines*, ch. IV, § 24. Ed. Marnier, p. 35.

(3) *Coustumes de Beauvoisis*, ch. III. Ed. de la Thaumassière, p. 26. V. aussi *La très ancienne coustume de Bretaigne*, ch. XXII. (Bourd. de Richeb., T. IV, p. 204).

bibliothèque Ste Geneviève, et qui sont antérieures aux ouvrages que nous venons de citer, mentionnent également, après une minutieuse description de la manière dont les essoines doivent être proposées et vérifiées, que l'essoiné au bout de l'an et jour « est tenuz à venir à cort, et « à respondre ou par soi, ou par procurateur que il atort « en cort. »

Toutefois un autre passage du même coutumier, parlant également de l'essoine pour *languor*, exige que, au bout de l'année, l'essoiné « viegne se il puet, ou il envoit *responssaill* (1).» Que faut-il entendre par ce mot, et en quoi le *responssaill* différait-il de l'*attourné*, c'est ce que le coutumier n'indique pas ; mais on peut trouver des renseignements précieux dans les anciens auteurs qui ont écrit en Angleterre entre le XIe et le XIIIe siècle, puisque le droit suivi dans ce pays à cette époque, n'était autre que les coutumes Normandes introduites lors de la conquête par Guillaume-le-Conquérant.

206. — Il nous paraît résulter de ces documents que le *responsalis*, d'où est venu très probablement *responssaill*, était le terme primitif sous lequel étaient désignées les personnes chargées de présenter aux juges les arguments que le défendeur avait à faire valoir, en un mot de répondre à la demande de l'adversaire. Du reste, le *responsalis* était un véritable fondé de pouvoirs, représentant et engageant son maître ; ses seules fonctions ne se bornaient pas au rôle de défenseur, il pouvait même terminer le procès par une transaction. Il ne faut pas voir non plus dans le *responsalis*, un répondant dans le sens actuel du mot, un garant ; le *responsalis* engageait son maître, mais

(1) Marnier, *Etablissements et coutumes, assises et arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIIIe siècle*, p. 69 et p. 30.

il ne s'obligeait pas personnellement. « Distringendus « autem est dominus ad tenendum id quod per respon- « salem suum factum est sive per judicium, sive per con- « cordiam ; sed quid erit si ipse dominus solvendo non « sit, nec habeat unde distringi possit, responsalis autem « habeat ? Equidem non est distringendus responsalis « ipse (1). »

Le *responsalis* n'est pas toujours resté avec des pouvoirs aussi étendus. Dans le traité de la Flète, écrit dans la première moitié du XIII^e^ siècle, celui qui est chargé de représenter en justice soit le demandeur soit le défendeur s'appelle *attourné* (2) ; cependant le terme de *responsalis* existe encore, mais il ne se rencontre plus que dans une seule circonstance, qui est précisément celle où il se trouve dans les anciens établissements de Normandie. Dans le cas où le malade exoiné n'est pas guéri au bout de l'an et jour, délai qui lui a été assigné par les quatre chevaliers délégués pour vérifier la réalité de sa maladie, il est tenu d'envoyer à sa place un *responsalis*, parce que l'attourné ne peut être fondé que devant les juges, et que les cheva-

(1) Glanville, lib. XI, cap. IV. Edit. Hoüard, 1776, T. I, p. 540. — Glanville vivait sous Henri II d'Angleterre, et son traité contient le mode de procéder des XI^e^ et XII^e^ siècles. Il est donc probable qu'en Normandie aussi, l'usage des procureurs en justice doit remonter plus haut que le XIII^e^ siècle. — Contra : Trolley, *Mémoire sur l'ancien droit coutumier Normand*, publié dans les Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie, 1847, T. XVII, p 95.

(2) Rastall, dans les *Termes de la Ley*, 1641, f° 31, verso, en donne la définition suivante : « Atturney est un designe par au- « ter home, a faire ascun chose en son lieu : et Mounsieur West « luy issint ad desine : Atturneys sont tiels persons que per « consent, commandement ou request, caveont, vieront al, et « prendront sur eux le charge de besoigns de auters homes en « lour absence, per queux ils sont command ou request. »

liers délégués n'ont pas qualité pour recevoir la constitution (1). Or, d'après ce traité, le *responsalis* n'a d'autre mission que de répondre à la demande, et si de ses réponses doit dépendre un jugement définitif, le juge doit attendre, et envoyer *quatuor legales milites*, pour s'enquérir près du malade, s'il a véritablement envoyé telle personne comme son *responsalis* dans telle affaire, s'il ratifie tout ce qu'elle a dit, et enfin s'il veut choisir comme son attourné *ad lucrandum vel perdendum*, ce même *responsalis*. Les quatre chevaliers viennent ensuite devant le juge attester ce qui leur a été répondu (2). On voit donc que, à cette époque, le *responsalis* n'avait pas pouvoir pour engager le maître, et combien est vraie cette phrase du même auteur : « est differentia magna inter Attornatum « et Responsalem (3). »

207. — Il serait difficile d'affirmer d'une manière certaine que dans notre ancien Droit Normand les fonctions du *responsalis* ont été les mêmes que dans le Droit Anglais, et ont été soumises à des variations semblables. La chose nous paraît cependant assez plausible, vu la communauté d'origine de ces législations, et on ne peut qu'être frappé de cette coïncidence entre le traité de la Flète et cet ancien coutumier normand : l'un et l'autre sont du commencement du XIII^e^ siècle, et ont été par conséquent,

(1) *Fleta*, lib. VI, cap. VIII, n° 29. Edit. Hoüard, T. III, p. 711. C'était donc uniquement dans les cas, où il était impossible au malade de constituer un attourné, qu'il envoyait un *responsalis* dont la constitution n'exigeait pas les mêmes formalités. Aussi en était-il autrement, lorsque le malade se trouvait dans une ville ayant une cour devant laquelle il pouvait fonder un attourné. *Fleta, ibid.*, n° 10, p. 705.

(2) *Fleta*, l. VI, cap. IX, n° 7, p. 714.

(3) *Fleta*, l. IV, cap. VI, n° 7, p. 494 ; Bracton, *De legibus et consuetud. Angliæ*, Londini, 1640, f° 212, verso.

écrits vers la même époque; or tous les deux, ils ne parlent du *responsalis* que dans des cas exactement semblables. On serait donc amené à dire que dans ce coutumier le mot *responssaill* n'est pas synonyme d'*attourné*; et cette opinion nous semble confirmée par les textes mêmes que nous avons cités. L'un de ces textes suppose en effet que le malade qui s'est fait essoiné pour *languor* ne peut venir au bout de l'année; ne pouvant constituer un attourné dans ces conditions, il envoie un *responssaill* (viegne se il puet, *ou* il envoit responssaill). Le second suppose que le malade est arrivé devant la cour, et alors tout se passe dans les conditions ordinaires; il a le choix de se défendre lui-même ou de prendre un attourné qu'il constitue devant la cour (est tenuz à venir a cort, *et a respondre ou par soi ou par procurateur que il atort en cort*). Les choses se seraient passées exactement de même d'après les règles de la Flète (1).

208. — Cette analogie entre le Droit anglais et le Droit normand se trouve encore confirmée, si nous nous reportons aux ouvrages postérieurs.

(1) Le mot de *responsalis* paraît d'ailleurs n'avoir pas été spécial au Droit Anglo-Normand. Dans une bulle du pape Alexandre III de la seconde moitié du XII^e^ siècle, en faveur de Jean, évêque de Saint-Malo, contre les moines de Marmoutiers, se trouve le passage suivant: « Te autem ibi præfixum « terminum postulante, antefatus abbas nec etiam una die vo- « luit expectare, et nec per se nec per nuntios suos ullam ex- « cusationem canonicam prætendit; sed nullo pro se ibidem « responsali dimisso, se, velut qui de causæ suæ merito diffi- « debat, contumaciter absentavit. » (Dom Morice, *Mémoires pour servir de preuves à l'histoire ecclésiastique et civile de Bretagne*, 1742, T. I, col. 608; Dom Lobineau, *Histoire de Bretagne*, T. II, col. 320). Le mot de *responsalis* se trouve aussi dans une lettre de Thomas, comte de Savoye, pour Aillon (Guichenon, *Histoire généalogique de la royale maison de Savoye*, 1660, T. II, liv. VI, p. 51).

En Angleterre, l'usage du *responsalis* disparaît assez promptement. Britton, qui écrivait dans la seconde moitié du XIII^e^ siècle, n'en parle pas, pas plus qu'André Hornes, auteur du *Myrror of Justice*, composé vers la même époque. En effet, les causes qui motivaient son emploi dans la circonstance spéciale que nous avons exposée, avaient disparu, le malade pouvant constituer immédiatement un attourné par devant les chevaliers. « Les quatre « Cheualers si sount enuoyes as malades en Essoynes de « Mal de Lyt, et de Mal de Uenue, purrount aussi rescey- « uer attornes (1). »

Si nous passons au Droit normand, nous voyons que le Grand Coutumier de Normandie, rédigé vers 1270, du temps de S.-Louis, ne fait pas plus mention du *respons-saill* que Britton et Hornes, et cela pour le même motif; il est vrai que ce n'est pas devant les quatre chevaliers que le malade constitue son attourné, mais c'est le juge qui se rend près de lui pour recevoir la constitution, l'adversaire présent, ainsi que sept recordeurs au moins (2).

209. — La faculté de se faire représenter par un procureur n'était pas accordée au défendeur par toutes les coutumes, ou du moins, celles qui l'admettaient ne le faisaient pas d'une manière absolue et y apportaient des restrictions. En Normandie, le défendeur pas plus que le demandeur, ne pouvait, sans grâce, constituer un procureur pour un procès non encore entamé; il ne pouvait le faire que *à querelle meue* (3). Mais cette prohibition tomba en désuétude. L'annotateur du Grand Coutumier nous apprend que de son temps la question faisait encore

(1) Britton, ch. CXXVI. Ed. Hoüard, T. IV, p. 461.

(2) *Le grand Coutumier de Normandie*, ch. CXXI. (Bourd. de Richebourg, T. IV, p. 53).

(3) *Coutume style et usage au temps des échiquiers de Normandie*, ch. XIII (*Mémoires de la Soc. des Antiquaires de Normandie*, T. XVIII, p. 11).

l'objet d'une controverse, mais que dans l'usage on avait admis qu'il n'était pas besoin de grâce au procureur du défendeur (1). D'après Beaumanoir, « Gentilz-houmes, « Religions, Clercs et Femmes le puevent fere [Procureeur] « en defendant; » mais il dit aussi : « Nous n'avons pas « accoustumé que hons de pooste face Procureeur en nul « cas (2). » On comprend donc l'art. 19 de l'ordonnance de Philippe de Valois du mois de juillet 1344, qui reçoit « *tous* défendeurs à plaidier par procureur leurs causes « sans grâce en la cour des foires de Champagne, ès cas « qui ne désirent détention de corps *nonobstant coutume* « *contraire.* »

210. — Cette faculté n'existait pas non plus en matière criminelle. « L'an ne puet metre procurator en cause de « crime qui toche à dampnement de cors (3). » La chose se comprend d'autant mieux, que, lorsque le crime n'était pas avoué, on recherchait la culpabilité au moyen du *Jugement de Dieu*, c'est-à-dire par les épreuves du fer rouge, de l'eau bouillante (4), ou du duel entre l'accusateur et l'accusé, mode de preuve auquel, sans contredit, on avait le plus souvent recours.

Nous n'avons pas à entrer dans la justification de ce

(1) *Le grand Coutumier normand*, Rouen, 1539, goth, f° 87.

(2) Beaumanoir, ch. IV. Ed. de la Thaumass., p. 31.

(3) *Li Livres de Jostice et de Plet*, liv. III, tit. II, § 9, p. 105 ; Beaumanoir, *loc. cit.*; Bouteiller, *Somme rural*, tit. x, p. 44 ; Marnier, *Coutumier inédit de Picardie*, n° 14, p. 131; Automne, *Conférence du droit français*, 2e édit. 1615, tit. III, p. 51; *La très ancienne coustume de Bretaigne*, ch. XCI (Bourd. de Richeb., T. IV, p. 222) ; ch. III, art. 104 (p. 297) des Coutumes générales du même pays, et art. 98 (p. 366) des mêmes Coutumes réformées. — En cour d'Eglise, l'accusé pouvait, paraît-il, comparaître par procureur. (*Conseil de Pierre de Fontaines*, ch. IV, § 15. Ed. Marnier, p. 28 ; Ed. Du Cange, p. 82).

(4) Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, ch. XVII. Edit. de Genève, 1750, T. III, p. 179; Ed. Didot, T. IV, p. 151.

dernier procédé, qui peut paraître singulier dans nos idées actuelles (1), et nous nous bornons à constater ce fait, que ce mode de preuve était admis non seulement en matière criminelle, mais aussi en matière civile, et pour les procès de la plus minime importance (2). Mais beaucoup de causes, le sexe, l'âge, la maladie, pouvaient empêcher ceux précisément qui avaient le plus besoin d'être protégés, de recourir à ce moyen de prouver leur bon droit ou leur innocence. Aussi était-il admis qu'on pouvait charger un tiers, qui prenait le nom de *champion* ou *avoué*, de combattre pour son compte. Dans les cas peu graves, on pouvait user de cette faculté, même sans justifier d'aucun empêchement. « Toz sanz essoine puet-il « metre avoé, là où vie ne gist ou menbres (3). » Dans les autres cas, il fallait justifier de son essoine. D'après les *Assises de Jérusalem*, « Se sont les Gens qui se pevent « deffendre par Champion, Feme, Home mahaigne, Home « qui a passé aage de soixante ans (4). » Beaumanoir détaille aussi tout ce qui peut être considéré comme une essoine suffisante (5).

D'ailleurs on avait pris des mesures pour que le champion ne trahît pas la cause qui lui était confiée, et eût un intérêt personnel à s'acquitter de ses fonctions du mieux qu'il lui était possible. En effet, « se la bataille est de cho-

(1) Montesquieu, *op. et loc. cit.*; Blackstone, *Commentaires sur les lois Anglaises*, trad. par Chompré, 1823, liv. III, ch. XXII, T. IV, p. 562.

(2) Charondas le Caron, *Pandectes ou Digestes du droit français*, 1596, liv. I, ch. XX, p. 274.

(3) *Conseil de Pierre de Fontaines*,, ch. XXII, § 13, p. 295 de l'éd. Marnier, et § 6, p. 131 de l'éd. Du Cange; Beaumanoir, ch. LXI, p. 309.

(4) *Assises de Jérusalem*, ch. CVII. Edit. de la Thaumassière, 1690, p. 85.

(5) Ch. LXI, p. 308.

« se qu'on a mort deservie qui en est attaint ou prové, et « le garent en est vaincu, il et celui pour qui il fait la « bataille seront pendus (1). » Le champion vaincu était pendu, même dans les cas où l'accusé ne devait pas recevoir la mort (2).

Dans les matières civiles, on avait aussi jugé convenable de prendre des précautions contre le champion. Bien que sa défaite n'eût pour conséquence qu'une perte pécuniaire pour la partie en cause, elle entraînait pour le champion la mutilation du poing (3). « Car se che n'estoit « par le meshaing que il porte aucuns par barat se pour- « roit feindre par louier et se clameroit vaincus, par quoi « ses Maistres en porteroit le damage et le vilenie, et il « emporteroit l'argent, et pour che est bons li Jugement « dou meshaing (4). »

211. — 3°. Le demandenr pouvait agir par procureur moyennant des lettres de grâce (5).

212. — 4°. Une exception était faite en faveur des Chapitres et communautés d'Eglises, des villes et universités (6). Les Etablissements de Saint-Louis comprennent

(1) *Assises de Jérusalem*, ch. CV, p. 84.

(2) *Assises de Jérusalem, loc. cit.* — On prenait aussi à leur égard des précautions d'un autre genre. Il leur était défendu d'avoir sur eux des herbes *quæ ad maleficia pertinent*; « et si « suspicio fuerit, quod eas occulte habeat, inquiratur ad Iudi- « cem, et si inventæ super eum fuerint, euellantur, et iactentur. « Et post istam inquisitionem, tendat manum ipse campio, in « manu parentis aut conliberti sui, ante iudicem satisfaciens di- « cat, quod nullam talem rem, quæ ad maleficia pertinet, super « se habeat, tunc uadat ad certamen. » (*Leges Longobard.*, tit. CXII, § 2. Edit. Herold, 1557, p. 201).

(3) Beaumanoir, ch. LXVII, p. 338.

(4) Beaumanoir, ch. LXI, p. 309.

(5) Voir tous les auteurs cités p. 156, notes 2 et 3.

(6) V. un arrêt du Parlement, de 1261 (Beugnot, *Les Olims*, T. I, p. 694).

aussi dans l'exception les évêques et les barons (1). Cependant cette exception n'était pas admise d'une façon générale ; Beaumanoir n'en parle pas (2), et *Li Livres de Jostice et de Plet* (3) contient une disposition contraire. Enfin le parlement de Paris ne la reconnaissait pas ; on voit en effet dans un des arrêts rendus pendant la session de la Pentecôte 1279, que l'archevêque de Rouen avait voulu élever la prétention de constituer un attourné dans toutes ses causes poursuivies en Normandie, mais la cour décida « quod, sine gracia sibi facta a Rege, non poterat per « suas litteras facere attornatum (4). » Aussi l'archevêque à la session de la Toussaint de la même année, « in pleno « parlamento comparens, supplicavit domino Regi, quod « domino Regi placeret, quod idem archiepiscopus pos- « set facere attornatum, per suas litteras in omnibus cau- « sis suis, agendo et defendendo, quamdiu voluntati Regis « placeret (5). » Cette faveur lui fut accordée. Quelques années après, en 1290, Philippe le Bel par des lettres patentes autorisa tous les ecclésiastiques à plaider par procureur sans grâce (6).

On peut se demander si les infirmités corporelles donnaient le droit d'agir par procureur. *Li Livres de Jostice et de Plet* semble le faire supposer. « Mais orp, sort, cil qui « sunt malade de maladie durable, puent metre procura- « tor en toutes causes (7). » Nous ne pensons pas qu'il

(1) Liv. II, ch. VIII. Ed. Du Cange, p. 57 ; *Ordonnances des Rois de France*, T. I, p. 253.

(2) Ch. IV. Ed. de la Thaumass., p. 31.

(3) Liv. III, tit. II, § 6, p. 105.

(4) Beugnot, *Les olims*, T. II, p. 138.

(5) Beugnot, *ibid.*, p. 141.

(6) *Ordonnances des Rois de France*, T. I, p. 318. — V. aussi *Le Grand Coutumier de France*, liv. III, ch. VI. Edit. Laboulaye, p. 234.

(7) Liv. III, tit. II, p. 105.

faille entendre ces mots en ce sens, que les personnes désignées fussent dispensées de demander une grâce. C'est ce qu'indique le *Conseil de Pierre De Fontaines* (1), et Beaumanoir fait observer que les infirmités étaient un motif puissant pour que cette faculté leur fût accordée, car « il est mestiers que chaux qui sont en longue langueur « aient qui aministrent leur besoignes (2). »

213. — 5°. Il n'était pas nécessaire de grâce, même au demandeur, lorsque le procureur était constitué dans le cours de l'instance ; c'était seulement lorsque le demandeur n'avait pas paru au procès, c'est-à-dire lorsque le procureur était nommé pour *querelle à mouvoir*, qu'on pouvait refuser de l'entendre, s'il ne justifiait d'une autorisation.

Il en était du moins ainsi dans la coutume Normande, et la distinction entre les deux cas est nettement établie par l'annotateur du Grand Coutumier. « L'en doit noter « que l'en ne se peut fonder par attournee ou procuracion, « se elle n'est passee depuis la querelle meue, soit en de- « mandant soit en deffendant sans avoir grace de roy, en « quel cas on sen fonderoit bien à querelles à mouoir « par vertu d'icelle grace avec la procuracion et l'attour- « nee (3). » On en voit la confirmation dans les *Coutume style et usage au temps des Echiquiers de Normandie*, publiés d'après un manuscrit de la Bibliothèque nationale dans les *Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*. « Par le stille a querelle mouvoir convient grace « au deffendeur comme au demandeur. Qui veult plaider « par contrainte attournée à querelle meue c'est assa- « voir sitost que l'adjournement est fait, ne convient gra-

(1) Ch. IV, § 24. Ed. Marnier, p. 35; Ed. Du Cange, p. 83.

(2) Beaumanoir, ch. III, p. 26.

(3) *Le Grand coutumier Normand*, avec gloses, Rouen, goth. s. d., f° 77 recto.

« ce pour plaider par attourné ne au demandeur ne au « deffendeur (1). »

Bien que la distinction que nous établissons ici, ne se trouve pas reproduite dans la plupart des anciens auteurs et des coutumiers, nous ne pensons pas cependant qu'elle fût spéciale à la coutume Normande, et elle nous paraît expliquer ce passage des anciennes coutumes de Picardie (2): « Par devant che que li plais est commenchiez des prin- « cipaus personnes, ne peut-on estaulir procureur (3). » Une autre preuve enfin qui vient à l'appui de cette assertion, c'est que le *Grand Coutumier de France*, après avoir dit: « Au commencement de procès, pevent les parties com- « paroir par procureur. Et est assavoir que le demandeur « ne le peult pas..... sans grâce (4) », porte plus loin : « Tous procureurs de tout demandeur, quel qu'il soit in- « différemment est receu sans grâce après litiscontesta- « cion du plait (5). »

214. — Nous ferons remarquer en outre, qu'il ne paraît pas que cette nécessité pour le demandeur de comparaître en personne, à moins d'avoir des lettres de grâce, fût considérée comme une question d'ordre public, et que le juge pût refuser d'entendre le procureur (6), si le

(1) Ch. XIII, p. 11 (*Mém. Soc. Antiq. Norm.*, T. XVIII, 1851).

(2) Marnier, *Ancien coutumier inédit de Picardie*, p. 109.

(3) C'est-à-dire, suivant nous, *sans lettres de grâce*. M. Marnier avait jugé que ce passage méritait une explication ; mais celle qu'il donne en note n'est évidemment pas admissible. — Cpr. *The Myrror of Justice*, ch. II, sect. XXXI, (Hoüard, T. IV, p. 589). « Avant parol mise en court per essoigne, per attache- « ment, ou per apparence del parties, nest nul receivables per « attorney. »

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. III, ch. III. Ed. Laboulaye, p. 407.

(5) *Ibid.*, Append. ch. XI, et l. III, ch. IX, p. 730 et 449.

(6) C'est-à-dire, d'une manière absolue; car le juge jouissait dans certains cas de la faculté, qu'ont encore de nos jours les

défendeur n'y faisait aucune opposition. Les *Etablissements de S. Louis* le disent d'une façon non équivoque. « Nus « Procurateurs n'est receu en cort laie, se ce n'est..., ou « se ce n'est du consentement des personnes (1). » De même le *Grand Coutumier de France*, après ces mots : « le « demandeur ne peult pas estre en jugement par procu- « reur fondé de procuration sans grâce », ajoute : « s'il « ne plaisoit au deffendeur (2). »

215. — C'était au roi qu'il fallait s'adresser pour obtenir ces lettres de grâce. Les comtes et les barons dans l'étendue de leur ressort pouvaient aussi primitivement les accorder (3); mais par la suite, le roi s'en réserva le monopole; le fait est attesté par le *Grand Coutumier de France* : « au Roy nostre sire seul et pour le tout appar- « tient donner grâces à plaidoier par procureur et lettres « d'estat, en et par tout son royaulme (4). »

216. — L'auteur du *Grand Coutumier de France* (5) explique ainsi à différentes reprises les motifs pour les-

juges de commerce (art. 428, C. pr.), d'ordonner, lorsque la chose lui paraissait nécessaire, la comparution personnelle des parties. V. en effet les différentes coutumes citées au nº 217 et dans les notes.

(1) Cpr. *Consuetudines Tolosæ*, rubr. *De Procur. et defens.* (B. de Richeb., T. IV, p. 1039).

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. III, ch. III, p. 407. V. aussi deux arrêts du Parlement de Paris, l'un de 1254 du temps de Louis IX, et l'autre de 1270, sous Philippe III. (Beugnot, *Les Olims*, 1839, T. I, p. 426 et 833).

(3) Beaumanoir, ch. III et IV, p. 26 et 31.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. I, ch. III, p. 95.

(5) L'auteur de cette compilation avait été inconnu jnsqu'à présent (V. la préface de l'éd. de MM. Laboulaye et Dareste, p. 21). M. Léopold Delisle a découvert dans de nouveaux manuscrits, que le *Grand Coutumier de France* a été rédigé par Jacques d'Ableiges, bailli d'Evreux, vers les années 1387 ou 1388. (Extrait d'une communication faite à l'Académie des Inscriptions le 2 avril 1880. — *Journal des Savants*, Avril 1880, p. 257).

quels le demandeur ne pouvait agir par procureur sans *grâce* : « Et la raison pourquoy ung demandeur ne peult « plaidèr par procureur fondé de procuration sans grâce « si est telle, car si l'acteur est présent et il a bonne cau- « se, il est à présumer qu'il est hardy et a grant couraige « de y estre, pour ouyr quelles deffenses seront propo- « sées au contraire, et s'il a maulvaise cause, il a honte « et vergongne de y estre. Et pour ce, le roy lui fait grâce « de passer ceste honte par aultre qui par adventure a « assez longue conscience. — *Item* il y a autre rayson, car « les sièges de justice sont de tant plus honnorés comme il « y a plus de honnestes personnes présens et en person- « ne; c'est assavoir quant les parties principalles y sont. « — *Item* aussi, pour leur présence, leurs causes peuvent « estre plus briefvement terminées (1). »

Le premier de ces motifs, qui tend à prouver la signification du mot *grâce*, n'est qu'une épigramme à l'adresse des procureurs du temps; la deuxième n'est pas plus sérieuse. Quant à la dernière, il est possible que, dans le principe, en exigeant la comparution personnelle du demandeur, on ait voulu empêcher que les procès ne fussent trop multipliés et ne traînassent en longueur, comme le fait observer le savant auteur des *Recherches de la France* (2). Mais, depuis le XIII^e^ siècle, de grands changements s'étaient opérés; les tribunaux n'étaient plus composés de juges aussi ignorants, en fait de Droit, que les parties elles-mêmes, jugeant d'après les traditions et l'équité, et s'en rapportant pour élucider une question douteuse aux chances d'un combat judiciaire. Des écoles de Droit avaient été fondées ; le Droit était devenu une

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. III, ch. IX, p. 449. — V. aussi: liv. III, ch. VI, p. 432, et Appendice, ch. XI, p. 729.

(2) Etienne Pasquier, *Les recherches de la France*, 1633, liv. II, ch. IV, p. 59.

science, que les plaideurs ne pouvaient connaître sans avoir fait des études spéciales, et, non seulement pour la discussion des points de Droit il fallait des praticiens, mais aussi pour la conduite de la procédure certaines connaissances pratiques étaient au moins nécessaires. A l'époque de Charles VI, la défense d'agir par procureur sans lettres de grâce, n'était donc qu'une question de fiscalité (1). En effet, les lettres de grâce étaient des lettres de la chancellerie, scellées du grand sceau, et, pour les obtenir, il fallait payer *six sols parisis*; comme ces lettres ne duraient qu'un an, et qu'il fallait les renouveler à chaque session du Parlement pour les affaires non entamées (2), on conçoit que cette faculté finissait par coûter assez cher aux parties, mais que, d'un autre côté, suivant l'expression de Pasquier, « les secrétaires en « corbinaient un grant gain (3). » Aussi, pour éviter ces frais aux plaideurs, le parlement avait-il pris l'habitude de renouveler lui-même gratuitement toutes les dispenses au commencement de chaque session par un arrêt général (4). Il paraît aussi que les procureurs s'entendaient pour ne pas exiger d'eux mutuellement la représentation des lettres de grâce. Mais si l'accord des parties permettait dans le principe au demandeur de comparaître par procureur sans grâce, il n'en fut plus ainsi lorsque les lettres de chancellerie furent considérées comme une pièce de la procédure et le coût de leur délivrance comme une espèce d'impôt prélevé sur les plaideurs au profit du trésor. Aussi, par des ordonnances en date des 25 septembre 1393 et 3 novembre 1400 (5), Charles VI fit-il cesser

(1) Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, p. 162.
(2) Bouteiller, *Somme rural*, tit. x, p. 44.
(3) Pasquier. *loc. cit.*
(4) *Stilus antiquus Parlamenti*, 1558, p. 7, note 17.
(5) *Ordonn. des rois de France*, T. VII, p. 580 et VIII, p. 396.

les irrégularités qui se commettaient au détriment de ses revenus; du reste, s'il faut l'en croire, les plaideurs ne profitaient aucunement de cette diminution de frais : « les « procureurs des parties, qual ils viennent en jugement, « accordent ensemble et se déportent de demander grâ- « ces, parce qu'ils vont boire l'argent que la grâce leur « cousteroit, ou autrement l'appliquent à leur prouffit. »

217. — En 1315, le bailliage d'Amiens avait demandé à Louis le Hutin l'abolition des lettres de grâce, mais sans succès (1). Aux Etats de Tours en 1484, la même demande fut reproduite : « Semble ausditz estatz que les « causes civiles chascune partie, tant en demandant « comme en deffendant ès premières instances et ès cau- « ses d'appel, doivent estre reçeues à plaider par procu- « reur, sans grâce, et que en chacune cause on ne fonde « que une foiz. » La réponse de Charles VII fut favorable : « Accordé par le roy, et veult que doresenavant ainsi « se face (2) ». Aussi voyons-nous la plupart des coutumes recueillies quelques années après en exécution des lettres patentes de Charles VIII (en 1493), faire la mention de cette faculté accordée aux plaideurs (3). Toutefois, au Parlement de Paris l'obligation de renouveler les procurations au commencement de chaque session, dura jusqu'en 1528 (4), époque à laquelle François Ier, par une or-

(1) *Ordonn. des rois de France*, T. I, p. 566.

(2) Bernier, *Journal des Etats généraux de France tenus à Tours*, Appendice, p. 693 et 710.

(3) Coutumes de Ponthieu, rédigées en 1495, tit. xv, art. 161. (Bourd. de Richeb., T. I, p. 100); — d'Auvergne, en 1510, ch. iv, art. 2, et ch. xxx, art. 16 (T. IV, p. 1161 et 1190); — de Sole, en 1520, tit. viii, art. 2 (T. IV, p. 983); — de la Marche, en 1521, ch. iv, art. 28 (T. IV, p. 1103).

(4) Pasquier, ch. iv, p. 59 ; *Stilus antiquus Parlamenti*, 1558, p. 7, note 17.

donnance, autorisa toutes les procurations tant qu'elles ne seraient pas révoquées (1).

218. — Ces ordonnances eurent pour résultat de généraliser complétement l'usage de se faire représenter en justice par des personnes spéciales, qui en faisaient profession. Il vint même une époque où l'intermédiaire des procureurs en titre d'office devint obligatoire pour les parties (2). Domat en explique les motifs (3).

L'ordonnance de Louis XIV de 1667 confirma cette obligation, en exigeant que le demandeur, dans son exploit d'ajournement, constitue procureur, à peine de nullité, et que le défendeur fasse également constitution dans la huitaine, sous peine d'être condamné par défaut (4).

(1) Art 1er. — Guénoys, *Confér. des Ordon.*, 1596, liv. II, tit IV, p. 179; *Les loix, édits et ordonn. des très chrestiens rois de France*, 1559, fo 127 recto.

(2) V. d'Argentré, *Commen.t. in consuetudines ducatus Britanniæ*, 4e éd. 1628, tit. III, art. 100, note 4, p. 436. — Cette obligation d'agir par procureur n'était pas spéciale aux pays faisant partie de la France. Elle était imposée dans un grand nombre des coutumes de la Flandre et des pays voisins. — Dès 1564, l'ordonnance de la ville et cité de Metz et pays Messin porte à l'art. 18 : « Est enjoint à toutes personnes qui voudront plaider, « dès la première assignation et comparition qu'ils feront en ju- « gement de constituer procureur et élire domicile en sa mai- « son » (B. de Richeb., T. II, p. 374), et la coutume de la ville et chatellenie de Bourbourg en 1615, rubr. IV, art 3 : « Toutes « les parties procédant les unes contre les autres ne peuvent « poursuivre au plaid susdit ny à la chambre sans procureur « receu au serment. » (T. I, p. 485). — De même : Coutumes de Bouillon, ch. IV, art. 4 (T. II, p. 848); de Rousselare, rubr. XXIII, art. 4 (T. I, p. 919); de Poperinghe, tit. XVIII, art. 16 (T. I, p. 944).

(3) Domat, *Le Droit public*, liv. II, tit. V, sect. II; Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance d'avril 1667*, *Idée de la justice civile*, tit. III, part. I, sect. I; Cl. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, vo *Procureur ad lites*.

(4) Tit. II, art. 16, et tit. III, art. 5.

219. — Cependant ce vieil adage est resté: « Nul en « France ne plaide par procureur » ; mais il n'a plus le sens qu'on aurait pu lui donner dans les premiers temps de notre Droit; et l'explication de ces termes, dans le sens où on doit les entendre aujourd'hui, est contenue dans le passage suivant de Jousse : « C'est une maxime constante « en France que personne ne peut agir en justice sous le « nom d'un procureur, et qu'il faut être soi-même en « nom dans les qualités. Il n'y a que le roi seul qui plai- « de sous le nom de ses procureurs dans les justices roya- « les, tant en demandant qu'en défendant (1). »

220. — On pouvait se passer de procureurs dans les matières sommaires, sauf devant les parlements et quelques autres cours (2), et même, antérieurement à l'ordonnance de 1667, l'art. 153 de l'ordonnance de Blois exigeait, en pareil cas, la présence des parties.

Devant certaines juridictions, notamment les juridictions inférieures, l'intermédiaire des procureurs n'était pas non plus imposé. Il était complètement exclu en matière commerciale, et, si la partie était dans l'impossibilité de se présenter en personne, elle ne pouvait charger de la représenter que des amis, et non des procureurs en titre. Dans l'édit de novembre 1563, le chancelier Michel de l'Hospital disait : « Pour couper chemin à toute lon- « gueur, et ôter l'occasion de faire et plaider, voulons et « ordonnons que tous ajournements soient libellés et « qu'ils contiennent demande certaine, et feront (lesdits « juges et consuls) toutes les parties comparoir en per- « sonne à la première assignation pour être ouies par « leur bouche, s'ils n'ont de légitime excuse de maladie « ou absence, èsquels cas enverront par écrit leur réponse « signée de leur main propre, ou audit cas de maladie, de

(1) Jousse, *loc. cit.*
(2) Ordonnance d'avril 1667, tit. XVII, art. 6.

« l'un de leurs parents, voisins ou amis, ayant de ce « charge et procuration spéciale dont il fera apparoir à « ladite assignation, le tout sans aucun ministère d'avocat « ou procureur (1). » L'ordonnance d'août 1667, tit. XVI, art. 1 et 2, reproduit exactement les mêmes dispositions.

221. — En Droit romain, et dans les premiers temps de notre législation, aucune condition particulière n'était requise des procureurs *ad lites*, et toute personne pouvait agir en justice au nom d'autrui; mais il s'établit peu à peu devant diverses juridictions, des hommes spécialement versés dans l'étude du Droit, et dont l'unique occupation était de représenter les plaideurs et de diriger leurs procès. Dès 1327, il y avait des procureurs au Châtelet et au Parlement de Paris; et par un règlement du 11 mars 1344, renouvelé le 18 décembre 1537 (2), le Parlement défendit aux procureurs d'exercer leur office avant d'avoir prêté serment et d'être inscrits sur les rôles des procureurs (3). En 1390, il y avait aussi des attournés jurés devant l'Echiquier de Normandie (4); et non seulement devant les parlements, mais aussi devant les juridictions inférieures, les procureurs reçus, et ayant prêté serment, eurent seuls le droit de représenter les parties (5).

222. — Les procureurs devaient réunir certaines conditions d'âge et de capacité, qu'il serait inutile d'énumé-

(1) V. aussi les Coutumes et usages de la ville de Nieuport, rubr. IV, art. 20 et 21. (B. de Richeb., T. I, p. 735).

(2) *Les loix, ordonnances, etc.*, 1559, T. I, f° 141 verso.

(3) *Grand Coutumier de France*, ch. I, p. 15, et pour le Châtelet, ch. II, p. 35 et 48 ; Jean Gallus, quest. 304, dans *Stilus antiquus Parlamenti*, 1558, pars V, p. 334 ; Charles Desmazes, *Le Châtelet de Paris*, ch. IX, p. 149.

(4) Floquet, *Histoire du Parlement de Normandie*, T. I, p. 69.

(5) Ordonnance de Henry II de 1549, (*Les loix*, etc., T. II, f° 42, recto).— Ordonnance faite en l'Eschiquier de Normandie en 1464. (*Grand Coutumier de Normandie*, goth. Rouen, s. d., f° 170).

rer, et ils étaient reçus par les juges, qui en nommaient autant qu'ils le voulaient. Aussi leur nombre devint tellement considérable, qu'il dut être réduit à plusieurs reprises (1), et pour arrêter les abus, Charles IX, par un

(1) Ordonnances de Louis XII, 1498, art. 71, et 1507, art. 147; de François Ier, 1519, art. 4; 1535, ch.v, art. 15; 1540, art. 12; 1544, etc. — La multiplicité de ces ordonnances montre combien peu elles étaient observées. Aux Etats de Blois, en 1579, « un grand « personnage de ce temps (l'archevêque de Bourges), dit que « les palais des Roys, les châteaux ou souloient estre ancien- « nement leurs habitations, leurs cours sont pleines de chica- « nerie ; la rencontre par les rues n'est que de Procureurs ou « solliciteurs, et y a plus de telles gens quasi que de tous autres « estats. » (Nicolas Frérot, *Les Basiliques ou édits des rois de France*, 1611, tit. XXXI, art. 2, p. 175). Et la multiplicité des procureurs n'était pas faite pour diminuer les procès, s'il faut en croire les anciens auteurs : « L'effrénée multitude des prac- « ticiens doit estre réduite et modérée à certain nombre. Turba « medicorum enecat, et ut Aristarch. dicere solebat, ubi phar- « maca multa multique medici sunt, ibidem et morbi abundant, « le grand nombre de Procureurs fait le grand nombre de Procès. « Car tout ainsi, dit Monsieur d'Espeisses, qu'on a dit de Pa- « lamedes que pour auoir adiousté trois lettres de l'Alphabet « grec, il rendit cette langue babillarde, ainsi la réception fré- « quente des Procureurs, prouenant de leur importunité, est « cause de faire la France processiue: Et tout ainsi que Ana- « charsis disoit qu'il n'y auoit point de chantres en Scythie, « pource qu'il n'y auoit point de vignes, ainsi est-il à croire que « sans un grand nombre de procureurs, il y auroit fort peu de « procès. » (*Ibid.*, art. 1, p. 175). Les ordonnances royales tiennent elles-mêmes à peu près le même langage, et on lit dans l'ordonnance de 1620: « le nombre estait tellement accreu et de- « uenu si excessif en chacune desdites jurisdictions, qu'ils ne « peuvent plus gaigner leur vie en faisant leurs charges auec « honneur et conscience ; d'où il aduient que ceux qui n'ont « biens et moyens d'ailleurs, sont contraints rechercher diuers « artifices et subtilitez pour multiplier et tirer en longueur les « procez par incidents inutils et très dommageables aux parties, « à la honte et au mespris de la justice,.... » (Néron et Girard, *Edits et ordonnances de très chrestiens roys François I,... sur le fait de la justice*, 4e éd. 1635, p. 688). C'est pour ce motif que Louis XIII les érigea en titre d'office.

édit de juillet 1572, établit les procureurs en titre d'office. Cet édit, abrogé, puis rétabli, et révoqué une seconde fois par Henri III, fut confirmé définitivement par une ordonnance de Louis XIII de février 1620 (1).

223. — Les fonctions de procureur furent supprimées par la loi du 29 janvier 1791 ; mais cette même loi remplaça les procureurs par des avoués chargés exactement des mêmes attributions. L'institution des avoués ne tarda pas elle-même à être abolie, et l'art. 12 du décret du 3 brumaire an II est ainsi conçu : « Les fonctions d'avoués « sont supprimées, sauf aux parties à se faire représenter « par de simples fondés de pouvoirs qui seront tenus de « justifier de certificats de civisme; il ne pourront former « aucune répétition pour leurs soins ou salaires contre « les citoyens dont ils auront accepté la confiance. »

La loi du 27 ventôse an VIII a rétabli les avoués et a rendu leur ministère forcé pour les plaideurs, comme l'était celui des anciens procureurs.

224. — Nous avons en outre à noter, entre le procureur *ad lites* et le procureur *ad negotia*, les différences suivantes :

1°. Le procureur *ad lites*, pour être valablement fondé, devait être muni d'un pouvoir écrit ; une procuration verbale ne suffisait pas. Il fallait même, dans le principe et d'après certaines coutumes, que le maître s'engageât par

(1) V. sur ce point : Néron et Girard, *op. cit.*, p. 688 et suiv.; Nicolas Frérot, *op. cit.*, tit. XXXI, p. 175 et suiv.; *Les loix, ordonnances et édictz des très chrestiens rois de Franee*, 1559, T. I, fos 50 recto et 192 verso, et T. II, fo 42 recto ; Pierre Guenoys, liv. II, tit. IV, p. 177; *Edits et déclarations concernant la création et les fonctions des procureurs*, 1725, p. 1 et 2; Guillaume Terrien, *Commentaires du droit civil, tant public que privé, observé aux pays et duché de Normandie*, 1574, liv. IX, ch. VI, p. 354, et liv. XV, ch. IX, p. 660 et suiv.; Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, 7e édit. 1771, vo *procureur*, T. IV, p. 15 et suiv.; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, vo *avoué*.

une clause de la procuration, sous peine de nullité, « à tenir ferme et estable che qui sera fet ou dit par son « Procureeur (1) », et à payer le jugé (2). Dans la suite, l'absence de cette clause ne rendait pas nulle la procuration, mais on la suppléait (3).

La procuration devait être scellée « de scel autentic- « que »; si le plaideur était un noble, il pouvait user de son sceau (4); quant aux vilains, ils devaient la faire sceller par leur seigneur, d'après la coutume de Picardie (5), par le bailli ou le juge, d'après la coutume de Beauvoisis (6).

En Normandie, les choses ne se passaient pas de la même manière; l'attourné était constitué par la partie devant les juges et en présence de l'adversaire. En effet, comme aucun acte de la constitution n'était dressé, il fallait que celui-ci pût savoir devant quelles personnes l'attournement avait eu lieu, pour ensuite, si besoin était,

(1) Beaumanoir, ch. IV, p. 28.

(2) *La très ancienne coustume de Bretaigne*, ch. LXXXVI (B. de Richeb., T. IV, p. 221); tit. III, art. 99 de la nouvelle Coutume (p. 296), et art. 93 de la Coutume réformée (p. 366); *Le grand coutumier de France*, liv. III, ch. III, et ch. IX, p. 408 et 445; Bouteiller, *Somme rural*, tit. x, p. 53.

(3) Bouteiller, *loc. cit.*, note de Charondas le Caron, p. 53; Jean Gallus, quest. 44, dans le *Stilus antiquus Parlamenti*, 1558, part. v, p. 263.

(4) Bouteiller, *loc. cit.*; Beaumanoir, *loc. cit.*; *La très ancienne coustume de Bretaigne*, *loc. cit.*; D'Argentré, *op. cit.*, tit. III, art. 97, note 3, p. 430; Marnier, *Ancien coutumier inédit de Picardie*, p. 124 et 132.

(5) Marnier, *loc.cit.*

(6) Beaumanoir, *loc. cit.* — Les lois d'Alfonse III (en 1254?) l'exigeaient aussi : « En outra parte he estabeleçudo que a procu- « raçom en que seia contheudo o juiz e as partes e a cousa sso- « bre que he a contenda ualha a tanto que sseia feita per tabel- « liom ou de carta de seelo seelada que sseia certa.» (*Livro das Leis e Posturas*, XXIX, *Portugaliæ monum. hist., Leg. et cons.*, T. I, fasc. II, 1858, p. 238).

pouvoir en demander le *record*. On pouvait aussi faire attourné « par les lettres du Roy leues en assise qui porte « record, se l'autre partie est présente (1). » Du reste, il paraît que cette manière d'agir disparut assez promptement par suite des inconvénients de toutes sortes auxquels elle pouvait donner lieu; les procurations furent dès lors données par écrit, et dressées par les tabellions. « Anciennement on usoit communement de record d'attournement et ne usoit-on pas de lettres si communement comme on faict a present. Et la cause pour quoy « on use a present plus communement de lettres est pour « greigneure seurete affin deschiver aux inconveniens qui « peuuent aduenir de jour en jour, par la mort oubliance « des recordeurs (2). »

Charondas le Caron écrivait encore en 1611 : « Les « procurations se doivent passer par devant notaires, « tabellions et personnes publicques; et on n'y a esgard si « elles sont faites par escritures privées (3).» Mais lorsque les procureurs furent créés en titre d'office, l'usage des procurations authentiques devint de plus en plus rare, et, à l'époque de Pothier, la simple remise des pièces équivalait à mandat d'occuper dans la cause (4).

225.— 2°. Le procureur *ad lites* pouvait réclamer, même sans aucune convention à cet égard, non seulement ses frais et avances, mais aussi un salaire fixé par les réglements (5). Pour en garantir le remboursement, le procureur avait une hypothèque sur les biens de son client à

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, ch. LXV, et annotations sur ce texte dans l'édit. goth. Rouen, s. d. f° 76 verso, et f° 86 verso de l'édit. de 1539.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, annotations, *loc. cit.*

(3) Note au tit. x de son éd. de la *Somme Rural*, 1611, p. 52.

(4) Pothier, *Du Mandat*, n° 131, T. IV, p. 274 ; Hoüard, *Dict. analytique de la coutume de Normandie*, 1781, v° *Procureur*.

(5) Pothier, *loc. cit.*, n° 125, p. 271.

partir de la date de la procuration, si cette procuration était notariée (1); sinon, l'hypothèque prenait rang du jour de la présentation au greffe, d'après certains auteurs (2); et d'après Pothier, seulement du jour de la condamnation obtenue contre la partie (3).

226.— 3°. D'après un réglement de 1692, la demande des frais et salaires était soumise à une prescription de deux ans, à partir du décès de la partie ou de la fin du mandat; et pour les affaires non jugées, les procureurs ne pouvaient réclamer leurs frais pour les procédures faites depuis plus de six ans, à moins qu'ils ne les eussent fait arrêter et reconnaître par les parties.

De leur côté, les parties ne pouvaient réclamer les pièces au bout de cinq ans pour les procès jugés, et de dix ans, pour les procès non jugés. A l'égard des veuves et des héritiers du procureur, la prescription était, dans tous les cas, de cinq ans à partir de son décès (4). D'après la Coutume de Bretagne, la prescription était de trois ans, tant pour la demande des procureurs en paiement de leur salaire, que pour l'action en restitution des pièces (5).

(1) Hoüard, *loc. cit.*; Lange, *La nouvelle pratique civile*, 11e éd. 1712, l. IV, ch. II, T. I, p. 397. — V. cep.: Pothier, *loc. cit.*, nº 134, p. 276.

(2) Hoüard, *loc. cit.*; Denisart, vº *Hypothèque*, nos 92 et 93.

(3) Pothier, *loc. cit.*, nº 134, p. 276. — Cpr. Lange, *loc. cit.*

(4) Pothier. *loc. cit.*, nº 138, p. 279, et *Traité des obligations*, nos 725 et 727, T. I, p. 434; Automne, *op. cit.*, tit. III, p. 51; Brodeau, *Coutume de la prevosté et vicomté de Paris*, 2e éd. 1669, tit. III, T. II, p. 157; Denisart, vº *Procureur*, nº 73. — V. aussi la déclaration du roi Louis XIII à St-Germain-en-Laye, le 11 décembre 1597 (Néron et Girard, *op. cit.*); Lange, *loc. cit.*, p. 396.

(5) Coutumes de Bretagne réformées, tit. III, art. 102 (B. de Richeb., T. IV, p. 366).

DROIT ACTUEL

I.

DU MANDAT

CHAPITRE PREMIER.

DÉFINITION ET NATURE DU MANDAT.

227. — Les textes du Digeste donnent à penser qu'en Droit romain des dissidences existaient entre les jurisconsultes sur le point de savoir si, dans tel cas déterminé, il y avait véritablement mandat, et si, en conséquence, on devait accorder aux parties l'action *mandati*, l'action *locati*, ou une action *præscriptis verbis*. Ces controverses ont passé dans notre Droit ; il semble même que de nos jours le désaccord soit encore plus profond. En effet, à Rome, les caractères distinctifs du mandat n'étaient pas contestés et les controverses portaient simplement sur des questions de détail, tandis que nous voyons les jurisconsultes modernes divisés sur les caractères fondamentaux de ce contrat, les uns croyant trouver dans le Code la consécration d'un système nouveau, les autres se refusant au contraire à y voir aucune trace d'innovation.

228. — L'importance des définitions se comprend sans peine; ce sont elles qui, en quelques mots, caractérisent les choses et permettent de les distinguer de toutes les autres. Malheureusement le Code ne donne pas, d'une façon directe du moins, la définition du contrat de mandat. Le mot mandat a en effet différentes acceptions ; il sert à désigner non seulement le contrat lui-même, résultat de l'accord des volontés, mais aussi le pouvoir qu'une personne donne à une autre d'agir pour elle, et enfin l'acte constatant ce pouvoir; il est alors synonyme de procuration. C'est le mandat entendu dans ce dernier sens, c'est-à-dire l'écrit ou *instrumentum*, qui est défini par l'art. 1984 C. civ. en ces termes : « Le mandat ou procu-
« ration est un acte par lequel une personne donne à une
« autre le pouvoir de faire quelque chose pour le man-
« dant et en son nom ; » puis cet article ajoute : « le
« contrat ne se forme que par l'acceptation du manda-
« taire. »

229. — De la combinaison des deux alinéas de l'art. 1984, auquel il faut joindre les dispositions de l'art. 1986, il semble résulter que notre Code s'est complètement écarté de la doctrine d'Ulpien et de Pothier qui faisaient de la gratuité le *criterium* du mandat, et se place à un tout autre point de vue pour le caractériser. Cependant le système du Droit romain et de notre ancien Droit n'a pas été abandonné; il est soutenu par plusieurs auteurs (1), entre autres, par Troplong, dont nous allons brièvement résumer la doctrine.

(1) Troplong, *Du mandat*, nos 164 et suiv.; Domenget et de Peyronny, *Du mand., de la commiss. et de la gest. d'aff.*, 2e éd., T. I, nos 34 et suiv., 135 et suiv.; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enreg.*, T. II, p. 443 ; Merlin, *Répert.*, vo *Notaire*, § 6, no 4; Dalloz, *Répertoire*, vo *Louage d'ouvrage*, no 5.

230. — Le mandat, dit cet auteur, est gratuit par sa nature, parce qu'il prend sa source dans des rapports d'amitié; mais la gratuité n'est plus de son essence; le mandant peut témoigner sa reconnaissance au mandataire en lui promettant une récompense même *ab initio*; c'est en cela que notre Code a dérogé au Droit romain, où il ne pouvait être question d'honoraires que *ex post facto*. Cependant on n'admet pas par là que le mandat puisse devenir un contrat intéressé des deux parts; entre le mandat salarié et le louage d'ouvrage il existe des différences considérables. En quoi consistent-elles ?

Ce n'est pas dans la représentation à l'égard des tiers ; car il y a des cas où la jurisprudence a vu des locations de travaux, bien que ces travaux fussent faits au nom du maître par quelqu'un qui le représentait, et réciproquement on a rattaché au mandat d'autres travaux pour lesquels le mandataire n'était pas chargé de représenter le mandant et d'agir en son nom. Exemple : un décrasseur, qui est chargé de nettoyer des habits, a toujours été considéré comme mandataire, s'il le fait gratuitement; et pourtant, il n'agit pas au nom du propriétaire. Or, puisque le mandat peut devenir louage et le louage devenir mandat sans qu'il soit rien changé à la nature des actes à accomplir, ce n'est pas dans le rôle du mandataire ou de l'ouvrier qu'il faut chercher la différence entre le mandat et le louage.

La jurisprudence, pour les distinguer, a considéré deux choses : 1° le prix, 2° la qualité des faits que l'une des parties doit accomplir. Dans le louage, il faut nécessairement un prix, et un prix en rapport avec la valeur de l'ouvrage. Dans le mandat, il en est autrement, et si, dans certains cas, la loi autorise le mandant à récompenser le mandataire des services rendus, il faut que cette récom-

pense ne puisse être assimilée au prix vénal d'une chose qui s'achète, et qu'il y ait dans le ministère du mandataire quelque chose d'officieux qui s'oppose à ce que la récompense soit l'équivalent du service. On est donc amené à rechercher quels sont les services que l'on récompense par des honoraires, quels sont ceux que l'on paie par un prix, et par suite à considérer la qualité des faits à accomplir. Le sens intime indique qu'entre les différentes professions il y a inégalité de mérite et d'honneur. Ainsi il y a les services que rendent les mercenaires par leur travail manuel, travail dans lequel le talent n'entre pour aucune part. Ensuite il y a des professions qui exigent, il est vrai, plus d'intelligence, mais qui cependant sont mues par un esprit de spéculation, et qui, tout en étant utiles, n'ont d'autre mobile que l'intérêt de celui qui les exerce. Enfin il y a des services « qui en faisant le bien de « celui qui les rend, ont également en vue le bien de ce- « lui qui les reçoit (1). » Les services rendus par les personnes appartenant aux deux premières catégories de professions, ou professions illibérales, sont donc du domaine du louage; ils ont un prix proprement dit (*mer-ces*) qui en est l'équivalent exact. Pour les derniers, il en est tout autrement; la somme donnée n'est qu'une indemnité des soins de l'agent; « 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 inesti- « mé. 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

(1) Troplong, nº 186.

« 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. »

Tel est, en résumé, le système de Troplong, qui n'est que la reproduction de la doctrine de Pothier ; on peut lui faire le grave reproche de ne tenir aucun compte des textes du Code, pour rechercher ses principes et ses exemples dans la législation romaine, en se préoccupant uniquement des opinions d'Ulpien et de Justinien et de celles de leurs commentateurs.

231. — L'autre système procède d'une toute autre façon. Faisant abstraction de ce qu'ont pu écrire et penser les anciens jurisconsultes, il se borne à mettre en parallèle les définitions données par le Code pour le mandat et le louage d'ouvrage, et à tirer de la comparaison des textes les différences qui en résultent entre les deux contrats. L'art. 1710 définit le louage d'ouvrage : « un contrat par lequel l'une « des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre « moyennant un prix convenu entre elles.» De l'art. 1984, il ressort que le mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige à faire quelque chose pour une autre personne au nom de celle-ci, et suivant le pouvoir qui lui a été conféré à cet effet. La comparaison de ces définitions donne immédiatement les caractères du mandat : 1° le mandataire représente juridiquement le mandant à l'effet de l'obliger envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui ; 2° le mandataire agit au nom du mandant(1).

(1) Pont, *Traité des petits contrats*, 2e édit., T. I, n° 826 et suiv.; Laurent, *Principes du Droit civil français*, 3e éd., T. XXVII, nos 333 et suiv.; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, 4e éd., § 410, T. IV, p. 634 ; Duvergier, *Du louage*, T. II, nos 267 et suiv.; Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. IV, p. 284 et suiv. ;

232. — Nous n'admettons dans leur ensemble ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes.

Le premier repose sur une base qui est en complète contradiction avec les art. 1984 et 1986 du Code civil ; la conséquence de ce système qui fait rentrer dans le mandat la convention par laquelle un ouvrier s'oblige à travailler gratuitement, nous semble suffire à elle seule pour démontrer l'inexactitude du principe d'où elle découle. Que dit en effet l'art. 1986 ? « Le mandat est gratuit s'il n'y a « convention contraire. » N'est-ce pas dire que la convention d'un salaire ne change pas la nature du contrat, et que le contrat qui est un mandat, étant gratuit, doit être encore un mandat, lorsqu'il est salarié. En définitive, ce système reconnaît deux espèces de mandats : le mandat qui doit être gratuit, et le mandat qui peut être gratuit, mais peut aussi être salarié. Où voit-on cette distinction écrite dans la loi ? L'art. 1986 est absolu ; il ne fait aucune différence entre les professions libérales et les professions illibérales ; il ne dit pas : pour les services illibéraux la gratuité est nécessaire, sinon le contrat est un louage, mais les services libéraux peuvent être salariés sans que la nature du contrat soit modifiée.

Cette seule chose fait donc bien voir que ce n'est pas la gratuité, ni la *qualité* des services rendus qui constituent la différence entre le louage et le mandat. Il ne faut pas la chercher davantage dans les sentiments de bienveillance qui peuvent animer les contractants et motiver la reconnaissance du maître de la chose. L'homme d'affaires que je charge de vendre ma maison n'agit pas plus dans un sentiment de bienveillance pour moi, que l'architecte qui

Boileux, *Comment. sur le Code civil*, T. VI, p. 147 et suiv.; Clamageran, *Du louage d'industrie, du mandat et de la commission*, nos 290 et suiv.

l'a construite; ce n'est pas pour me faire plaisir qu'il accepte; ce qu'il fait pour moi, il le ferait pour tout autre, et il n'a en vue que les bénéfices que cette opération peut lui procurer; et pourtant, il nous paraît bien difficile de nier que cet agent d'affaires soit un mandataire. L'art. 1992 ne reconnaît d'autre effet à l'existence d'un salaire que de rendre plus rigoureuse la responsabilité de celui qui le reçoit.

233. — Au lieu de chercher dans des considérations morales et philosophiques la différence entre le louage et le mandat, il paraît plus naturel de s'attacher à la nature de leur objet. L'un et l'autre de ces contrats renferment une obligation de faire quelque chose pour le compte d'autrui; c'est la nature de l'agissement qui varie et établit entre eux une différence bien marquée. Un auteur l'a bien caractérisée en disant : « Les commissionnaires » [ou d'une façon plus générale, les mandataires] « se meuvent, « déploient leur activité, dans la sphère des opérations « juridiques, des contrats; les ouvriers et autres em- « ployés, dans la sphère des opérations matérielles (1). » Le contrat de louage a pour objet des soins matériels à donner soit à une personne, soit à une chose. Avec le mandat, nous entrons dans un tout autre ordre d'idées. Ici, il ne s'agit plus des choses considérées sous le point de vue matériel, mais sous le point de vue des droits qui peuvent porter sur elles. De même que, dans le louage, le maître emploie l'ouvrier à conserver ou à tranformer les qualités physiques des choses qui lui appartiennent, de même, dans le mandat, le maître se sert de l'entremise du mandataire, pour conserver, modifier ses droits et en acquérir de nouveaux.

(1) Bravard-Veyrières, *Traité des bourses de commerce et des commissionnaires*, p. 215.

Le louage ne met donc juridiquement en rapports, du moins d'une façon nécessaire, que celui qui stipule les services et celui qui les promet. Le mandat au contraire, a pour effet direct et nécessaire de placer le mandataire en présence de tiers, pour qu'il serve d'intermédiaire entre eux et le mandant; c'est un contrat auxiliaire servant de moyen pour arriver à la conclusion d'autres contrats. Le mandat se résume donc en une délégation faite par une personne à une autre de ses droits et de ses pouvoirs, pour que celle-ci puisse les exercer comme elle-même et tenir sa place devant les tiers.

234. — Mais est-il indispensable, pour qu'il y ait mandat, que les tiers sachent que sous la personnalité du contractant se cache une autre personnalité; en d'autres termes, est-il de l'essence du mandat que le mandataire agisse au nom du mandant? Le second système que nous avons exposé l'exige d'une manière absolue; cependant nous croyons devoir nous en écarter sur ce point.

Le mandat ayant pour résultat de mettre le mandataire en rapport avec les tiers, ses effets sont susceptibles d'être examinés à un double point de vue: 1° entre les parties, 2° à l'égard des tiers. Que dans les rapports avec les tiers, il soit important de savoir au nom de qui le mandataire a traité, on le comprend; mais on comprend moins en quoi les rapports privés du mandant et du mandataire peuvent se trouver modifiés parce que les contrats auront été passés au nom de l'un plutôt qu'au nom de l'autre. Leurs obligations ne sont-elles pas exactement les mêmes de part et d'autre? L'agissement au nom du mandant est simplement l'une des manières dont le mandat peut être exécuté à l'égard des tiers, mais il n'influe en rien sur la nature du contrat passé entre le mandant et le mandataire ni sur la nature de leurs rapports. Il nous semble donc que la qualification du contrat ne doit pas dépendre de la

plus ou moins grande étendue des pouvoirs qui sont conférés à l'égard des tiers, des précautions prises par le mandant pour ne pas intervenir d'une manière ostensible dans les transactions passées par le mandataire, transactions auxquelles il veut paraître étranger, et qu'il importe peu, pour la nature du contrat primitivement passé entre les parties, quels effets il peut produire plus tard dans les rapports avec les tiers.

Pour soutenir qu'il est de l'essence du mandat que le mandataire agisse au nom du mandant, on s'appuie sur les termes de l'art. 1984 : « le pouvoir de faire quelque « chose pour le mandant *et en son nom*, » et sur les articles 1990 et 1997 qui supposent nécessairement que le mandataire agit au nom du mandant. La réponse à ces objections est facile. Il n'est pas étonnant que la définition de l'art. 1984 ne parle pas du mandataire agissant en son nom ; car, ainsi que nous l'avons dit, c'est la procuration qui est définie dans cet article, c'est-à-dire l'acte remis au mandataire comme preuve de son pouvoir et principalement pour en justifier envers les tiers. Lorsque le mandataire doit agir en son nom, l'acte par lequel on le charge de sa mission ne porte pas en général le nom de procuration, et voilà pourquoi, dans la définition de ce mot, il ne pouvait être question de cette hypothèse. Le Code eût-il même donné cette définition, d'une façon directe, pour le mandat, on ne saurait y voir une exclusion pour le cas, assez rare d'ailleurs en matière civile, où le contrat doit être passé au nom du mandataire (1); on peut en voir la preuve dans l'article 94 du Code de commerce relatif aux commissionnaires.

(1) Troplong, nº 8; Domenget, T. I, nº 4; Duranton, *Cours de Droit français*, T. XVIII, nº 198; Delamarre et Le Poitvin, *Traité théor. et prat. de Droit commercial*, T. II, p. 50, note 1 ; Demangeat *sur* Bravard-Veyrières, *Traité des bourses etc.*, p. 213, note 1.

Quant aux articles 1990 et 1997, ils ne peuvent fournir d'argument décisif contre notre opinion. Le Code a prévu le cas le plus usuel ; de plus, il était nécessaire de régler les rapports avec les tiers, quand le mandataire a traité en cette qualité ; il y a là une position toute spéciale n'ayant d'analogie avec aucune autre, et le doute était d'autant plus possible que notre ancien Droit n'avait pas suivi sur ce point la doctrine du Droit romain. Au contraire, le mandataire qui agit en son nom, se trouve dans la même position, envers les tiers, que tout autre contractant, et les règles ordinaires relatives à la capacité et aux effets des contrats lui sont applicables.

Nous pouvons citer aussi à l'appui de notre opinion les considérants d'un arrêt de la Cour de Cassation du 8 mai 1872 rendu dans une espèce où le mandataire avait pour instructions de s'obliger en son nom personnel. « Attendu, y est-il dit, que si le mandataire qui a traité « en son nom personnel pour le compte de son mandant « devient le débiteur direct et personnel des tiers envers « lesquels il s'oblige, il conserve sa qualité de manda- « taire à l'égard de son mandant, et peut exercer contre « lui les actions résultant du mandat (1). »

235. — M. Pont appelle *commission* le contrat qui intervient dans ces conditions, de sorte que, d'après lui, il y a une commission civile et une commission commerciale, de même qu'il y a un mandat civil et un mandat commercial (2). Il nous semble bien préférable de réserver le nom de commission pour les contrats auxquels s'applique l'art. 95 C. com., car cet article modifie d'une façon véritable les droits des parties. Aussi ce système ne nous semble-t-il avoir d'autre effet que d'amener la con-

(1) Dalloz pér., 1872, 1, 349.
(2) Pont, T. I, nº 827. — Sic : Bravard-Veyrières, p. 212.

fusion entre deux contrats qui doivent être distingués, puisque les droits qu'ils confèrent sont très différents. Cette terminologie n'est pas d'ailleurs celle de la loi, ainsi que le fait voir l'art. 94 C. com. En définitive, ce n'est qu'une pure question de mots, à laquelle les auteurs, qui considèrent de l'essence du mandat que le mandataire agisse au nom du mandant, attachent eux-mêmes peu d'importance, puisqu'ils appellent le prête-nom, un mandataire (1).

236. — Il en est tout autrement de la distinction entre le louage et le mandat. Entre ces deux contrats existent des différences nombreuses et importantes. Ainsi le mandant peut révoquer le mandat à toute époque, et le mandataire de son côté peut y renoncer, tandis que le louage ne peut être résolu par la volonté d'une seule des parties contractantes, ou du moins si le maître veut empêcher ou arrêter l'exécution, il est tenu d'indemniser l'ouvrier ou l'entrepreneur (art. 1794 C. civ.). Le mandat s'éteint par la mort de l'une des parties; le louage d'ouvrage n'est dissous que par la mort de l'ouvrier (art. 1795 C. civ.). La solidarité qui est de droit entre les comandants n'existe que dans le cas de stipulation expresse entre les colocateurs. D'autres différences existent encore relativement au caractère privilégié des salaires et à la preuve.

237. — Il semblerait donc qu'entre le système que nous soutenons, et celui de Troplong, il doive y avoir de grandes différences pratiques. Il en serait ainsi, si, comme le font certains auteurs (2), nous considérions comme

(1) Pont, T, I, nº 1079 ; Laurent, T. XXVIII, nºs 60 et suiv., 76 et suiv.; Aubry et Rau, T. IV, § 410, p. 635.

(2) Duvergier, T. II, nºs 268 et suiv.; Laurent, T. XXVII, nº 333; Taulier, T. VI, p. 284 et 297.

faisant l'objet de louages tous les services que nous ne classons pas dans le mandat.

Malgré les critiques qui se sont élevées contre cette division entre les différentes professions que Troplong a reproduite et longuement développée (1), elle nous paraît parfaitement fondée. Nous devons le dire tout d'abord, ce n'est pas au point de vue des personnes qui les exercent que nous examinons les différentes professions. Tel homme qui exerce le métier le plus humble, peut être beaucoup plus honorable, plus digne de respect et de considération, que tel autre qui remplit une des professions dites libérales ; mais si on fait abstraction des personnes, on ne peut méconnaître une certaine inégalité dans les professions, marquée par le but qu'elles poursuivent, et qui empêche qu'elles ne soient mises sur la même ligne.

Tout en reconnaissant donc que le médecin, l'avocat, le professeur ne sont pas des mandataires, nous ne saurions faire rentrer leurs services dans les trois espèces de louage d'ouvrage que réglemente notre Code ; nous dirons même que les règles ordinaires du louage sont inapplicables eu égard à la nature de ces services (2). Une personne charge un avocat de soutenir un procès ; sera-t-elle forcée pour reprendre son dossier, pour résou-

(1) Troplong, nos 210 et suiv.

(2) Il est à remarquer cependant que la nouvelle rédaction du projet de la loi fédérale Suisse sur les obligations et le droit commercial déclare, dans son article 356, les règles du louage de services applicables dans ce cas. « Les dispositions du pré-
« sent titre s'appliquent également aux contrats relatifs à des tra-
« vaux qui supposent des connaissances professionnelles, des
« talents artistiques ou une culture scientifique (professions
« libérales), et qui s'exécutent moyennant le paiement d'hono-
« raires convenus expressément ou tacitement. » (Ce projet de loi est de juillet 1879, et la nouvelle rédaction de février 1881).

dre le contrat, de payer à l'avocat des dommagès-intérêts, ou du moins, conformément à l'art. 1794 C. civ., une somme égale à celle qui lui aurait été due s'il avait terminé l'affaire ? Non évidemment ; si, lorsqu'il s'agit de simples intérêts matériels, le plus souvent sans grande importance, le maître ne peut résilier le contrat à la légère et sans indemniser l'entrepreneur du préjudice que cette résiliation lui fait éprouver, il n'en peut être de même dans des circonstances où des intérêts considérables, l'honneur ou la vie d'une personne peuvent se trouver en jeu. La mission de l'avocat est une mission de confiance ; si cette confiance n'existe plus, on doit pouvoir se dégager pour l'avenir. Il en est de même pour le médecin et le professeur.

238. — Les notaires sont aussi considérés comme les mandataires des personnes dont ils sont chargés de recevoir les conventions, et les partisans du système qui leur donne cette qualité peuvent se prévaloir de nombreux arrêts de la Cour de Cassation. L'arrêt du 15 novembre 1820, entre autres, porte dans ses considérants : « Attendu qu'on « ne peut méconnaître qu'un notaire qui est requis par « deux parties de rapporter un ou plusieurs actes dans « leur intérêt respectif, de les faire enregistrer, d'en garder « minute, ne soit un véritable mandataire pour les choses « qu'il est chargé de faire (1). » Cependant, malgré l'autorité incontestable qui s'attache aux décisions et à l'opinion de la Cour suprême, nous nous permettrons de méconnaître la justesse de la qualification ainsi donnée au notaire. En effet, si le notaire fait enregistrer les actes qu'il reçoit, ce n'est pas en vertu d'un mandat qui lui est donné, mais d'une disposition législative qui le lui impose d'une manière directe (2) ; la Cour de Cassation l'a elle-

(1) Journal du Palais, à sa date.
(2) Art. 29 de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement.

même reconnu (1). S'il donne le caractère d'authenticité aux conventions, s'il délivre des grosses revêtues de la formule exécutoire, ce n'est pas comme représentant des parties et en vertu des pouvoirs que celles-ci lui ont conférés, mais il agit comme officier public, et en vertu des pouvoirs qui lui ont été remis par la loi ou le chef de l'Etat dont il est le délégué (2). D'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Pont, la nature même des choses s'oppose à ce que le notaire puisse être considéré comme un mandataire. Le mandat, dit cet auteur (3), suppose l'absence de la partie et l'intervention d'une personne agissant pour celle-ci; or la partie doit être présente à l'acte soit en personne soit par fondé de pouvoirs, et il est interdit au notaire, sous peine de nullité de l'acte, de stipuler pour une personne absente.

On peut en voir une autre preuve dans ce fait que le notaire n'est pas obligé, comme le serait un mandataire, d'accomplir ce qui semblerait cependant devoir être considéré comme une suite et une dépendance de la mission dont il est chargé. Ainsi, celui qui a reçu une constitution d'hypothèque n'est pas tenu d'en requérir l'inscription(4). D'une manière générale, les notaires ne sont tenus que de ce qui rentre dans leurs fonctions d'officiers publics ; ils ne sont pas chargés de donner aux actes le complément et l'exécution dont ces actes sont susceptibles en dehors de leur étude (5). Sans doute ils peuvent en prendre

(1) Civ. cass. 18 mars 1850 (J. P. 1850, 1, 699), et 24 janv. 1853 (J. P. 1853, 1, 525).

(2) Art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat.

(3) Pont, T. I, nº 853.

(4) Aubry et Rau, T. III, § 270, p. 320.

(5) Paris, 4 août 1874 (J. Pal., 1873,883) ; Orléans, 18 janv. 1879 (J. Pal. 1879, 355).

l'obligation vis-à-vis de leurs clients, mais ils agissent alors comme des mandataires ordinaires et non plus comme officiers publics ; les règles du mandat leur sont dans ce cas applicables.

239. — Si les notaires, dans l'exercice de leurs fonctions, ne sont pas des mandataires, on ne saurait non plus les considérer comme louant leurs services (1). Entre le notaire et les parties, il intervient non pas un contrat de louage, mais un contrat d'une espèce spéciale, un contrat *innomé*.

Les conventions qui se forment entre les avocats et leurs clients, les médecins et leurs malades, les professeurs et leurs élèves, doivent aussi être considérées comme des contrats innomés (2), à moins que l'on n'admette, comme MM. Aubry et Rau, que les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne sauraient en eux-mêmes et directement former l'objet d'un contrat obligatoire (3).

240. — Des explications qui précèdent, découle la définition du mandat. Nous le définissons : Un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre à faire pour le compte de celle-ci, soit en son nom personnel, soit au nom de cette dernière, un ou plusieurs actes juridiques conformément aux pouvoirs qui lui sont transmis.

(1) Contra : Laurent, T. XXVII, n° 333.

(2) Pont, T. I, n° 825 ; Demangeat, *sur* Mourlon, *Répét. écrites sur le Code Civil*, T. III, p. 481, note 1.

(3) Aubry et Rau, T. IV, § 344, p. 314, et § 371 bis, p. 512.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU MANDAT.

241. — Nous ne reproduirons pas ici toutes les conditions de validité que nous avons énumérées en Droit romain, et qui, à l'exception de la gratuité, sont les mêmes dans notre Droit. Nous nous bornerons à examiner celles qui offrent un intérêt véritable.

§ 1. — INTENTION DE S'OBLIGER.

242. — Pour qu'il y ait mandat, il faut que les parties aient l'intention de s'obliger. Cette règle, commune à tous les contrats, est tellement évidente, qu'il semble inutile de l'exprimer. Mais s'il est facile, en principe, de reconnaître la différence qui existe entre le mandat et la simple recommandation, dans la pratique il est souvent difficile de distinguer où s'arrête le conseil, où commence le contrat. On peut en voir la preuve dans les nombreux arrêts qui ont eu à statuer sur la responsabilité des notaires. Une personne ayant des fonds disponibles s'adresse à un notaire, le priant de lui indiquer un placement ; le notaire conseille un prêt et désigne un emprunteur. Plus tard il se trouve que cet emprunteur est insolvable, que les garanties données sont sans valeur. Le notaire est-il responsable ? Non, s'il s'est borné à donner un conseil ; tant qu'il n'y a pas fraude de sa part, il n'est pas tenu des suites que peut avoir l'exécution d'un conseil auquel l'au-

tre personne était libre de ne pas se conformer. Mais cette indication de la personne de l'emprunteur n'est-elle pas la conséquence d'un mandat donné par le prêteur et accepté par le notaire? Si le notaire a agi comme mandataire, il est certainement responsable pour n'avoir pas pris tous les renseignements nécessaires.

C'est là, on le comprend, une question délicate, et d'autant plus difficile à résoudre que, pour obliger le notaire, il n'est pas besoin d'un mandat donné d'une façon expresse. La solution dépend donc avant tout des circonstances de la cause, et il n'est guère possible de donner une règle absolue. Si le notaire ne s'est pas renfermé dans ses fonctions, s'il a pris les devants pour engager le capitaliste à consentir le prêt, ou si, postérieurement au conseil par lui donné, il a fait des démarches pour amener la conclusion de l'emprunt, mettant les parties en présence et se constituant ainsi leur entremetteur (1), on peut certainement voir dans l'ensemble de ces agissements l'exécution d'un mandat tacite. Hors de là, le simple conseil ne saurait entraîner de responsabilité. Si le prêteur allègue l'existence d'un mandat, c'est à lui qu'en incombe la preuve (2), et à défaut de cette preuve le notaire ne saurait être condamné à indemniser le prêteur. Il est vrai que le notaire doit être le conseiller des parties, c'est-à-dire qu'il doit les éclairer sur la portée des actes, sur les clauses qu'il serait bon d'y introduire ; il est tenu aussi, en vertu des art. 1382 et 1383 C. civ., d'avertir chaque partie de tous les faits connus de lui qui peuvent la renseigner sur la solvabilité de l'autre ou sur la

(1) Civ. rej. 19 mars 1845 (J. P. 1845, 1, 388) ; Req. 11 juill. 1866 (J. P. 1866, 878) ; Metz, 5 mai 1854 (J. P. 1854, 2, 162).

(2) Req. 30 juin 1852 (J. P. 1852, 2, 266).

validité des garanties offertes par elle (1); mais aucune loi ne l'oblige, s'il n'en a pris l'engagement exprès ou tacite, d'aller s'assurer par lui-même de la réalité des dires de chacun des emprunteurs (2). On peut objecter aussi que les notaires sont plus capables que toute autre personne de renseigner les porteurs de fonds, les offres et les demandes se réunissant le plus souvent dans leur étude, ce qui, joint à leur caractère d'officiers publics, donne un grand poids à leurs conseils. Mais cette seule considération ne saurait suffire à mettre les notaires hors du droit commun. *Nemo ex consilio obligatur* (3).

§ 2. — OBJET LICITE.

243. — Le mandat pour être valable doit avoir un objet licite. La Cour de Turin a appliqué ce principe dans une affaire relative à un mandat donné pour faire la contrebande; elle a refusé au mandataire une action en indemnité contre le mandant (4). La Chambre des requêtes a même décidé que, lorsque l'objet principal du mandat est illicite, toute action en apurement de compte doit être refusée aux parties, même à l'égard des articles qui n'auraient pas un rapport direct avec cette opération illicite (5). Cette décision ne saurait évidemment être généralisée et posée comme un principe. En effet, un mandat qui comporte plusieurs opérations différentes, se décom-

(1) Req. 22 avril 1856 (J. P. 1856, 2, 449); Req. 16 août 1865 (J. P. 1865, 1162); Caen, 5 août 1854 (J. P. 1856, 1, 553); Rouen, 18 mars 1868 (J. P. 1869, 845).

(2) Contra : Paris, 14 janv. 1854 (J. P. 1856, 1, 552).

(3) Pont, T. I, nos 838 et suiv.; Troplong, nos 19 et suiv.; Domenget, T. I, nos 12 et suiv. — Cpr. Laurent, T. XXVII, nos 361 et suiv.

(4) Turin, 12 décembre 1807 (J. P. à sa date).

(5) Req. 7 nov. 1832 (J. P. à sa date).

pose en une série de mandats distincts les uns des autres; la nullité de l'un ne saurait donc avoir d'influence sur la validité des autres (1).

244. — Il est une opération illicite qui se pratique très fréquemment ; c'est le jeu de bourse, ou pari sur la hausse et la baisse des effets publics. Le mandat que donne une personne à un agent de change pour faire ces achats et ces ventes fictifs est donc nul, et par suite le client ne peut pas plus exiger le montant des bénéfices, que l'agent de change ne peut réclamer les avances qu'il a faites, c'est-à-dire le paiement des *différences* et sa commission. De nombreux arrêts ont confirmé cette doctrine (2). Pour remédier à cet inconvénient, les agents de change se font remettre une *couverture*, c'est-à-dire qu'ils réclament le dépôt de valeurs à titre de garantie pour le remboursement de leurs avances. Quelle est la validité de cette couverture ? Cette question revient à celle-ci : Peut-on garantir une dette de jeu ? La négative est évidente, surtout lorsqu'il s'agit de jeux de bourse. En effet, il n'existe entre le joueur et son mandataire aucune obligation valable ; or l'obligation principale étant nulle, n'ayant aucune existence légale, le nantissement qui en est l'accessoire ne peut être valable. L'agent de change ne peut donc exercer sur les titres qui lui ont été remis les droits d'un créancier gagiste, ni par conséquent les retenir contre le gré du propriétaire et les faire vendre sans son assentiment. La jurisprudence admet généralement cette solution lorsqu'il s'agit de titres (3) ;

(1) Laurent, T. XXVII, nº 402.

(2) V. notamment : Paris, 28 mars 1851, (J. P. 1851, 2, 204) ; Paris, 20 juill. 1851 (J. P. 1851, 2, 693); Bordeaux, 15 juin 1857 (J. P. 1858, 742).

(3) Paris, 11 mars 1851 (J. P. 1851, 2, 257) ; Bordeaux, 15 juin 1857 (J. P. 1858, 742) ; Bordeaux, 25 août 1858 (J. P. 1859, 528);

mais elle ne reconnaît pas au client de l'agent de change le droit de répéter les sommes déposées comme couverture, et les valeurs quelconques déposées au même titre, lorsque ces valeurs ont été remises en compte, c'est-à-dire comme *datio in solutum* (1). Elle considère la remise de ces sommes et de ces valeurs non pas comme un nantissement, mais comme un paiement anticipé. Nous adoptons cette opinion, mais pour d'autres motifs. En effet, sans qu'il soit besoin d'entrer dans la question de savoir si un paiement anticipé est ou n'est pas valable, il ne nous semble pas que l'art. 1967 C. civ. soit applicable à notre espèce. Il ne s'agit pas ici d'une somme remise par le perdant à celui qui a gagné, mais d'un mandat donné à l'effet d'engager une certaine somme dans une opération défendue par les lois pénales. Un pareil mandat étant nul, il semblerait que le mandant aurait le droit de réclamer les sommes et valeurs qu'il a remises pour l'accomplir. Cependant comme le mandataire en est devenu propriétaire, et qu'elles ne peuvent lui être réclamées que par une action personnelle, il pourra se retrancher derrière ce principe : *In pari causa melior est possidentis*. Le mandant aurait également perdu le droit de réclamer les titres remis en nantissement ou leur montant, s'il avait consenti à ce qu'ils fussent vendus par l'agent de change et employés par lui au paiement des différences (2).

Paris, 19 nov. 1864 (J. P. 1864, 1329) ; Paris, 13 juin 1868 (J. P. 1868, 828). — Aubry et Rau, T. IV, § 386, p. 581 ; Laurent, T. XXVII, nº 253 ; Pont, T. I, nº 655.

(1) Civ. rej. 26 août 1868 (D. P. 1868, 1, 439) ; Paris, 11 mars 1851 (J. P. 1851, 2, 257) ; Paris, 9 mars 1853 (J. P. 1853, 2, 535). — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Contra : Laurent, T. XXVII, nº 253 ; Mourlon, T. III, nº 1079 sexies.

(2) Civ. rej., 1er août 1859 (J. P. 1860, 294) ; Civ. rej., 24 juill.

245. — Les jeux de bourse étant prohibés par la loi et punis par le Code pénal (art. 421), aucun doute n'était possible quant à la nullité du mandat. Dans toute autre hypothèse, le jeu n'est pas un fait illicite puisqu'aucune peine n'est édictée contre ceux qui s'y livrent et qu'il est même reconnu par le Droit civil qui le range au nombre des contrats. Il semblerait donc que le mandat de jouer fût valable. La Cour d'Aix l'a admis en décidant que le mandataire chargé de jouer sur la hausse et la baisse des trois-six, pouvait réclamer du mandant les sommes qu'il avait payées par son ordre et pour son compte; car, disait cet arrêt, le mandant, bien qu'il n'ait fait le paiement du pari que par l'intermédiaire de son mandataire, ne pourrait répéter ce qui a été payé aux gagnants (art. 1967 C. civ.) en se prévalant contre eux de l'art. 1965; il ne peut donc exciper de ce même article contre son mandataire pour se soustraire au remboursement de la somme.

La Cour de Cassation a cassé avec raison cet arrêt (1). En effet, le jeu n'est véritablement un contrat reconnu par la loi, que s'il est de nature à exercer le corps et à développer l'adresse et les forces physiques. Hors de là, le jeu, lorsqu'il n'est pas modéré et considéré comme un amusement, est une chose immorale, puisqu'il a pour résultat d'enrichir celui que le hazard favorise des dépouilles du perdant, sans parler du déshonneur et du suicide qu'il amène souvent à sa suite. Aussi on peut voir avec quelle vigueur les législateurs l'ont flétri (2). Le mandat de jouer ayant pour fondement une cause contraire aux

1866 (J. P. 1867, 33); Paris, 19 janv. 1867 (J. P. 1867, 445); et les auteurs cités aux notes précédentes.

(1) Civ. cass. 26 févr. 1845 (J. P. 1845, 1, 463).

(2) V. Exposé des motifs par le Conseiller d'Etat Portalis; le rapport au Tribunat par le tribun Siméon; le discours du tribun

bonnes mœurs, il est donc nul (1). Notons en outre que si le mandataire pouvait répéter les sommes qu'il a payées, ce serait un moyen d'éluder l'art. 1965 qui refuse toute action pour le paiement d'une dette de jeu. C'est ce qu'a fait remarquer l'arrêt de cassation que nous venons de citer : « Attendu que, si l'action que la loi refu-
« se au joueur qui gagne contre le joueur qui a perdu
« pouvait être exercée par le mandataire qui lui a servi
« d'intermédiaire dans le jeu ou dans le pari que le légis-
« lateur a voulu décourager ou réprimer, et si le manda-
« taire était admis à se faire rembourser par le perdant,
« en cas de chance défavorable, du montant de ses pertes,
« sous le prétexte de paiements qu'il prétendrait avoir
« effectués à la décharge et en l'acquit de son commet-
« tant, la prohibition de la loi serait toujours éludée ou
« pourrait l'être toujours, etc. »

246. — Il faut observer que la nullité d'un mandat donné pour jouer n'est pas toujours opposable au mandataire. Aucun reproche ne peut en effet lui être adressé s'il a fait les achats ou les ventes, qu'il s'agisse d'effets publics ou de marchandises, dans la croyance que ces opérations étaient sérieuses (2).

247. — Si le mandat de jouer est nul, il en est autrement du mandat de payer, donné par le perdant à un tiers étranger au jeu. Le motif de cette différence est évi-

Duveyrier au Corps législatif. (Favard de Langlade, *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code civil*, 4e édit., T. I, p. 675 et suiv.)

(1) Mourlon, T. III, n° 1879 sexies; Aubry et Rau, T. IV, § 386, p. 574 ; Troplong, *Des contrats aléatoires*, nos 73 et 74 ; Pont, T. I, n° 650 ; Laurent, T. XXVII, n° 248.

(2) Troplong, *ibid.*, nos 66 et suiv.; Pont, T. I, n° 816 ; Aubry et Rau, T. IV, § 386, p. 581 ; Domenget, T. I, n° 52 ; Laurent, T. XXVII, n° 246, — Cass. 7 janv. 1857 (J. P. 1859, 213).

dent ; lorsque le mandataire s'est fait l'intermédiaire et le complice d'une action déshonnête, on ne doit pas le traiter plus favorablement que les parties elles-mêmes ni avoir plus d'égard à ses réclamations ; mais ici le mandataire n'est pas complice du jeu, et si le jeu est immoral, le paiement de la dette auquel il a donné naissance ne l'est pas. Le mandat donné pour faire ce paiement a donc une juste cause, un but permis, par conséquent il est valable (1).

248. — Aux termes de l'art. 742 C. pr., toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue. On peut se demander si la procuration donnée par le débiteur au créancier de vendre à l'amiable les immeubles composant son gage, est valable.

Si on prenait cet article à la lettre, la négative ne serait pas douteuse; mais il ne faut pas lui donner le sens absolu qu'il paraît avoir. Avant la loi de 1841 qui a introduit cette disposition, il était à peu près universellement admis par la jurisprudence, que par le contrat constitutif de l'hypothèque le créancier pouvait être autorisé, en cas de défaut de paiement à l'échéance, à faire vendre les immeubles hypothéqués sans formalités judiciaires. Ce mandat irrévocable donné au créancier portait le nom de *clause de voie parée*; et la validité de cette clause fut consacrée par la Cour de Cassation dans trois arrêts rendus le même jour et à une époque où la loi de 1841 était déjà en discussion (2).

C'est cette clause de *voie parée* qu'a voulu seulement

(1) V. les auteurs cités aux notes précédentes.
(2) Cass. 20 mai 1840 (J. P. 1840, 2, 372).

prohiber l'art. 742 ; on a craint que l'emprunteur ne soit trop à la merci du prêteur, et que celui-ci ne profite de l'urgence des besoins de l'emprunteur pour arracher son consentement à une convention irrévocable lui permettant d'acquérir à vil prix les immeubles affectés à sa créance. C'est donc une renonciation définitive aux formalités de la saisie immobilière que la loi de 1841 a voulu empêcher; mais il ne pouvait entrer dans l'esprit de cette loi de forcer le débiteur à passer par une foule de formalités très dispendieuses, et à dépenser en frais une grande partie de la valeur des immeubles. Si le débiteur peut au dernier moment donner au créancier le pouvoir de vendre à l'amiable, il est évident qu'il peut aussi le faire avant l'échéance par un mandat révocable à sa volonté (1).

Quant aux clauses de voie parée consenties avant la loi de 1841, elles demeurent valables. En effet, puisque cette clause était reconnue obligatoire sous l'ancienne législation, le créancier a un droit acquis qui ne pourrait lui être enlevé sans violer le principe de la non-rétroactivité des lois. Pour que la loi du 2 juin 1841 pût avoir un effet sur le passé, il faudrait que cette loi fût ou une loi interprétative ou une loi d'ordre public ; or cette loi n'est pas interprétative puisqu'elle édicte une prohibition nouvelle; et de ce que le législateur a cru prudent de mettre un terme à des conventions qui lui paraissaient dangereuses pour les débiteurs, il n'en ressort pas qu'elle soit d'ordre public, et c'est ce qu'il faudrait établir d'une manière certaine, pour toucher à des droits acquis (2).

(1) Domenget, T. I, nº 54; Aubry et Rau, T. VIII, § 777, p. 457. — Bordeaux, 29 nov. 1849 (J. P. 1851, 1, 71).

(2) Domenget, T. I, nº 56; Aubry et Rau, T. VIII, § 777, p. 457 et note 14. — Req. 13 juill. 1842 (J. P. 1842, 2, 88).

249. — Il est certains contrats qui, très valables en eux-mêmes lorsqu'on les considère à un point de vue général, sont néanmoins défendus par la loi entre certaines personnes, et cela dans un but de protection. Ainsi, aux termes des art. 450 et 1596 C. civ., les tuteurs ne peuvent se rendre acquéreurs des biens de leurs pupilles ; l'art. 1596 fait la même défense aux mandataires pour les biens qu'ils sont chargés de vendre, et aux administrateurs en ce qui concerne les biens des communes ou des établissements confiés à leurs soins. Le mandat donné par ces personnes pour accomplir les faits qui leur sont défendus, est-il valable ? Le doute n'est guère possible, attendu que la nullité prononcée par l'art. 1596 n'est pas une nullité d'ordre public et qu'elle peut être opposée seulement par la partie que la loi a voulu protéger. Le mandataire, pas plus que le mandant, ne peut donc s'en prévaloir ; et si le mandataire a droit au remboursement de ses dépenses, le mandant peut aussi exiger de lui la reddition de ses comptes (1). Toutefois, si le mandataire n'avait pas exécuté le mandat, la prohibition édictée par l'art. 1596 pourrait être considérée comme un motif légitime lui permettant d'y renoncer à toute époque, sans être passible de dommages-intérêts.

§ 3. — AFFAIRE SUSCEPTIBLE D'ÊTRE ACCOMPLIE PAR MANDATAIRE.

250. — En général, tout acte juridique peut être fait par procureur. Il y a fort peu d'exceptions à cette règle.

En Droit civil, nous trouvons le testament, qui doit être dicté par le testateur lui-même (art. 972), s'il est authen-

(1) Pont, n° 817. — Cpr. Pothier, *Du Mandat*, n° 11; Dalloz, v° *Mandat*, n° 44. — Contra : Domenget, T. I, n° 60.

tique; écrit et signé de sa main (art. 970), s'il est olographe; pour le testament mystique, l'obligation de la présence du testateur ressort des art. 976 et suiv.

Quant au mariage, il est généralement admis que l'officier de l'Etat civil ne peut déclarer unies des personnes qui comparaissent par procureur (1). Il est vrai que le Code ne dit pas en termes formels, comme il le faisait pour le divorce (art. 294 C. civ.), que les parties doivent se présenter ensemble et en personne devant l'officier de l'Etat civil; mais si la présence des parties était nécessaire pour rompre le mariage, il semble qu'à fortiori elle doit être exigée pour le contracter. D'ailleurs les termes de l'art. 75 qui exigent la lecture *aux parties* de toutes les pièces relatives à leur état, ainsi que du chap. VI du titre du mariage, montrent bien que la loi entend que les futurs époux soient présents; autrement on ne comprendrait pas cette formalité d'une lecture qui est destinée à éclairer les parties sur leurs droits et leurs devoirs réciproques; faite devant un mandataire, elle serait illusoire. La loi du 10 juillet 1850 apporte une nouvelle preuve à l'appui de cette thèse : « Il interpellera *les futurs époux*, « ainsi que les personnes qui autorisent le mariage si « elles sont présentes, etc. »

La nécessité de la présence des parties s'explique facilement dans un acte aussi grave que le mariage; c'est un moyen de constater la liberté du consentement, et qui s'accorde parfaitement avec les précautions prises par la

(1) Delvincourt, T. I, p. 137; Duranton, T. I, p. 87; Marcadé, sur l'art. 36; Demolombe, T. III, nº 210 ; Aubry et Rau, T. IV, § 411, note 12, p. 640, et T. V, § 466, note 9, p. 109. — Contra: Merlin, *Répert.*, vº *Mariage*, sect. 4 § 1, art. 1, quest. 4; Toullier, T. II, nº 574; Allemand, *Traité du mariage*, T. I, nºs 365 et suiv.

loi, publicité, présence d'un officier public et de quatre témoins, pour garantir la parfaite liberté des contractants; ne serait-ce pas rendre vaines toutes ces garanties, que de laisser la faculté d'arracher à huis-clos une procuration sous l'empire d'une pression que personne ne pourrait constater. Il nous semble donc que l'officier de l'Etat civil a le droit et même le devoir de refuser de marier les futurs époux qui ne se présentent pas en personne (1).

Si le mariage avait été célébré, pourrait-on en demander la nullité pour ce seul fait de l'absence des parties, si d'ailleurs on n'allègue ni l'erreur, ni la contrainte, ni la révocation du mandat? La plupart des auteurs admettent la négative en se basant sur ce que la loi a pris soin d'indiquer, dans les art. 180 et suiv., les causes qui peuvent motiver l'annulation du mariage, et que cette nomenclature est limitative (2). Cette solution ne nous semble pas admissible. En effet, le mariage est, comme tout autre acte de l'Etat civil, soumis aux dispositions de l'art. 36 C. civ.; dès que l'on admet que les parties sont obligées de comparaître en personne, il faut admettre aussi qu'un mandataire ne peut les représenter juridiquement; par suite, le consentement donné par ce mandataire n'a aucune valeur légale et doit être considéré comme nul et non avenu, et dès lors, l'officier de l'Etat civil ne peut pas plus déclarer les parties absentes unies au nom de la loi, que si elles s'étaient bornées à lui adresser leur consentement mutuel par la voie de la poste (3).

(1) Aubry et Rau, T. V, § 466, note 9, p. 109; Delvincourt, T. I, p. 137; Demolombe, T. III, nº 210; Demante, T. I, nº 240 bis.

(2) Pont, T. I, nº 811; Demolombe, T. III, nº 210; Aubry et Rau, T. V, § 467, texte et note 23, p. 116.

(3) En ce sens : Bastia, 2 avril 1849 (J. P. 1849, 2, 110).

251. — On peut se demander si l'art. 477, qui exige pour l'émancipation la déclaration du père ou de la mère devant le juge de paix, permet que cette déclaration soit faite par un mandataire. Aucune disposition législative n'exigeant la présence du père et de la mère, l'affirmative doit être admise (1).

La même solution doit être donnée pour le contrat d'adoption (art. 353 C. civ.). L'adoptant et l'adopté sont libres de se faire représenter par un mandataire (2).

Enfin on a soulevé la question de savoir si, dans l'hypothèse prévue par l'art. 454 C. civ., le subrogé-tuteur doit à peine de nullité assister en personne à l'inventaire des biens du mineur. Proudhon (3) pense que le subrogé-tuteur ne peut se faire représenter par un fondé de pouvoirs, parce que ses fonctions ne sont pas de nature à être sous-délégués, et que l'art. 451 paraît exiger sa présence. Cet article veut que l'inventaire soit fait en présence d'un contradicteur, et ce contradicteur est naturellement le subrogé-tuteur, mais on ne peut voir dans ses termes rien qui implique une exception à la règle générale d'après laquelle dans tout acte on peut se faire représenter par un procureur (4).

252. — Dans le Code de procédure quelques articles exigent également la présence réelle des parties.

(1) Bioche, *Dictionnaire de procédure*, v° *Mineur*, n° 70; Merlin, *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, sect. 6 § 1, n° 2. — Contra : Malleville, sur l'art. 477, T. I, p. 181.

(2) Delvincourt, T. I, p. 261; Duranton, T. III, n° 297, note 2; Aubry et Rau, T. VI, § 557, p. 122; Demolombe, T. VI, n° 88.

(3) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, T. I, n° 165; De Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, T. II, n° 201.

(4) Toullier, T. XIII, n° 13; Troplong, *Du contrat de mariage*, T. II, n° 1298; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, T. I, n° 767; Demolombe, T. VII, n° 555; Aubry et Rau, T. I, § 112, note 3, p. 435.

L'art. 121 ordonne que le serment soit prêté par la partie en personne et a abrogé par conséquent l'ancienne coutume, admise dans certains ressorts, du serment par procureur.

L'art. 333 veut que dans un interrogatoire sur faits et articles, la partie réponde en personne et sans assistance de conseil.

Les motifs qui ont dicté ces deux articles se comprennent facilement. La nature du serment s'oppose à ce qu'il puisse être prêté par procureur. Ce n'est pas jurer que de charger un étranger de jurer pour soi. De même l'interrogatoire destiné à éclairer les juges et à provoquer l'aveu de la partie interrogée, ne pourrait avoir de résultat s'il était adressé à un procureur.

L'obligation imposée par l'art. 901 au débiteur qui veut faire cession de biens, de réitérer sa cession en personne en audience publique, est moins rationnelle, et n'est qu'un reste des formalités humiliantes édictées par l'Ordonnance de 1510 (art. 70).

Enfin, aux termes de l'art. 876, les époux qui veulent intenter une action en séparation de corps, doivent comparaître en personne devant le président du tribunal civil sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils. La loi a voulu qu'avant d'en venir aux dernières extrémités, toutes les voies amiables aient été employées ; que le président exhorte les parties, dans leur propre intérêt, et pour ne pas amener le désordre dans leur famille ni causer de scandale, à ne pas faire par des enquêtes et les débats d'un procès entrer le public dans le secret de leurs dissentiments ; elle a voulu surtout empêcher que des époux dans un moment passager d'aigreur et de vivacité, ne s'engagent étourdiment dans une instance judiciaire. Ces tentatives de rapprochement seraient illusoires si les époux pouvaient envoyer des mandataires à leur place.

253. — Toute demande en justice est précédée d'une procédure analogue qui se passe devant le juge de paix ; c'est la tentative de conciliation. Cette procédure préparatoire n'existait pas dans notre ancien Droit français ; cependant son origine est déjà ancienne, puisqu'on la voit exigée dans les *Ordonnances de la ville et cité de Metz et pays Messin* pour l'administration de la justice, ordonnances rédigées en 1564 *par les sieurs Maistre Eschevin, Conseil et Treize de la Justice de ceste ville et cité de Metz* (1). Elle fut adoptée par l'Assemblée constituante. (Loi du 23 août 1790).

La loi du 6 mars 1791 permettait de se faire représenter par un fondé de pouvoirs, mais l'art. 16 défendait de prendre pour mandataires, des avoués, greffiers, huissiers et hommes de loi. Ce même article exigeait en outre que le mandataire fût muni d'une procuration expresse portant pouvoir de transiger. Le Code a accordé la même faculté sans renouveler toutes ces restrictions, de sorte que toute personne, notaire, avoué, huissier (2), peut être chargée de représenter les parties devant le juge de paix, et la procuration est valable, même quand elle interdit au mandataire d'accepter une transaction.

Les parties peuvent-elles cependant se dispenser tou-

(1) Bourdot de Richebourg, *Nouv. cout. gén.*, T. II, p. 373.

(2) A l'égard des huissiers, il y a controverse. L'art. 18 de la loi du 25 mai 1838 leur défend d'assister les parties comme conseils et de les représenter dans les causes portées devant les justices de paix. Mais la tentative de conciliation n'étant pas un acte de juridiction contentieuse, il ne nous semble pas que cette prohibition puisse s'y appliquer, les incapacités étant de droit étroit. — Sic : Colmet d'Aage sur Boitard, *Leçons de procédure civile*, T. I, n° 113. — Contra : Bioche, v° *Conciliation*, n° 110 ; Rodière, *Traité de compétence et de procédure*, T. I, p. 250; Delzers, *Cours de procédure civile*, T. I, p. 179 ; Bonnier, *Eléments de procédure*, sur l'art. 53.

jours de se présenter en personne ? La négative ressort d'une façon évidente du texte de l'art. 53 : « Les parties « comparaîtront en personne; en cas d'empêchement, par « un fondé de pouvoirs. » Le texte dit formellement que ce n'est qu'en cas d'empêchement et par conséquent qu'autant qu'elle justifie d'un empêchement suffisant, que la partie peut être admise à envoyer un mandataire à sa place. Les termes employés dans cet article sont d'autant plus à remarquer, que dans d'autres cas, où les législateurs ont entendu laisser cette faculté entière, ils se sont exprimés d'une tout autre façon (art. 9 et 421 C. pr.).

Cette règle est d'ailleurs très rationnelle. On comprend bien qu'il serait impossible d'exiger dans tous les cas que les parties se présentent en personne devant le juge de paix; ce serait empêcher les malades ou les absents de recourir à la justice. Mais autoriser quelqu'un, que rien n'empêche de comparaître, à envoyer un procureur chargé uniquement de déclarer qu'il ne veut pas se concilier, quelles que soient les raisons que fasse valoir le juge de paix, et les concessions que fasse l'adversaire, n'est-ce pas rendre complètement inutile la formalité de la conciliation et méconnaître le but qu'a poursuivi le législateur. Il est cependant universellement admis dans la pratique que le mandataire soit reçu sans justifier d'aucun empêchement de la part du maître (1).

254. — Quant aux demandes en justice elles-mêmes, on connaît le principe que *nul en France ne plaide par procureur* ; nous avons dit dans quel sens il faut l'entendre et nous n'y reviendrons pas. Cet axiôme ne saurait d'ailleurs être considéré comme étant d'ordre public, de sorte que la nullité résultant de sa violation ne pourrait

(1) Boitard, T. I, n° 113 ; Bioche, v° *Conciliation*, n° 108.

être suppléée d'office par le juge si elle n'avait été opposée par les parties, ni être proposée pour la première fois devant la Cour de Cassation (1).

Le ministère des avoués est obligatoire devant les tribunaux civils de première instance et les cours d'appel.

Devant les juges de paix, les parties peuvent comparaître en personne ou par fondés de pouvoirs (art. 9 C. pr.). D'après le décret du 17 octobre 1790, toute personne attachée à quelque titre que ce soit à des fonctions relatives à l'ordre judiciaire, ne pouvait être choisie comme mandataire. Cette prohibition n'existe plus qu'à l'égard des huissiers (art. 18, l. 25 mai 1838).

Devant les tribunaux de commerce il n'existe pas non plus d'avoués ; les parties sont libres ou de se présenter elles-mêmes ou de se faire représenter par des procureurs ; le Code de procédure se montre donc moins rigoureux que l'Ordonnance d'avril 1667 qui ne dispensait les parties de comparaître en personne que dans les cas de maladie, d'absence ou de légitime empêchement.

255. — Devant les juridictions criminelles, la présence de l'accusé est exigée dans le plus grand nombre des cas.

Devant les Cours d'assises, l'accusé ne peut jamais être représenté ; s'il n'est pas présent, il est jugé par contumace.

En matière correctionnelle, le prévenu peut se faire représenter seulement dans le cas où le délit ne doit pas entraîner la peine de l'emprisonnement (art. 185 C. instr. cr.). Lorsque le délit est punissable de l'emprisonnement, il doit se présenter en personne, du moins pour le jugement de la prévention ; car il est libre de faire demander

(1) Aubry et Rau, T. VIII, § 748, p. 135. — Cpr. Dalloz, v° *Mandat*, n° 50.

une remise de cause (1) ou même de faire présenter des exceptions préjudicielles telles qu'une exception d'incompétence, par son avocat ou son avoué (2).

En matière de simple police, comme il s'agit de peines de peu de gravité, l'art. 152 C. instr. cr. autorise dans tous les cas à comparaître par procureur.

§ 4. — CAPACITÉ DES PARTIES.

256. — Le Code est muet sur la capacité nécessaire pour donner un mandat, mais ce silence s'explique facilement, et le tribun Tarrible l'a fait observer dans son rapport au Tribunat : « Le contrat n'ayant d'autre objet « que celui de confier au mandataire la gestion d'une « affaire dont tout l'intérêt se rapporte au commettant ; « il est évident que celui-là seul qui a la capacité de « traiter cette affaire peut en confier l'exécution à un « autre, et qu'ainsi le pouvoir donné par le mandat est « nécessairement circonscrit dans celui qu'aurait le com- « mettant lui-même s'il traitait ou agissait en personne. « Les auteurs du projet de loi ont donc regardé comme « superflu d'exprimer relativement aux personnes qui « pourraient donner le mandat, un principe qui dérivait « de la nature de ce contrat (3). » C'est là une chose évidente et qui se passe de commentaire ; s'il vous est interdit de faire une chose par vous-même, vous ne pouvez la faire faire par une autre personne ; sinon, il serait trop facile d'éluder la loi. Ainsi les mineurs, les interdits, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, les faillis, ne peuvent donner le mandat d'aliéner un immeuble ; une

(1) Cass. 15 mars 1845 (J. P. 1848, 2, 486).

(2) Cass. 29 août 1840 (J. P. 1841, 1, 68); Bourges, 23 mai 1861 (J. Min. pub. T. IV, p. 149).

(3) Favard de Langlade, *Motifs*, *rapports*, *etc.*, T. I, p. 691.

femme mariée sous le régime dotal ne peut pas donner le mandat d'hypothéquer ou d'aliéner ses immeubles dotaux.

257. — Cependant cette règle, toute simple qu'elle soit, n'a pas toujours été observée par la jurisprudence relativement aux mandats émanant de femmes mariées. Les art. 217 et 233 C. civ., statuant d'une manière générale, et l'art. 1538 C. civ., dans le cas spécial de séparation de biens, déclarent que la femme, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, et cette autorisation doit désigner spécialement l'acte auquel elle est relative; une autorisation générale, même donnée par contrat de mariage, est nulle et n'a de valeur que pour les actes d'administration. Il ressort de ces articles que la femme ne peut donner un mandat général d'aliéner, d'hypothéquer, de donner, d'acquérir pour son compte, même avec l'autorisation de son mari. Si des arrêts ont décidé le contraire (1), c'est qu'ils ont pris la question sous un faux point de vue, et se sont placés sur le terrain des art. 1987 et 1988 C. civ. Or, ces articles n'ont rien à voir dans notre espèce. Sans doute le mandat d'aliéner, d'hypothéquer, lorsqu'il émane de toute autre personne que d'une femme mariée, n'a pas besoin, pour être valable, d'indiquer spécialement les actes d'aliénation ou d'hypothèque à consentir; mais pour cela il faut que le mandant ait lui-même capacité de les accomplir. Les art. 1987 et 1988 n'ont pas pour effet de régler la capacité du mandant; au contraire, ils la supposent. La femme

(1) Poitiers, 25 fév. 1823 (J. P. à sa date); Paris, 16 janv. 1838 (J. P. 1838, 1, 173).

mariée est une incapable, et elle ne peut transmettre des pouvoirs qu'elle n'a pas.

La nullité du mandat donné par la femme dans ces conditions est indépendante de la personne du mandataire, et il n'est pas plus valable, donné au mari, que s'il l'était à toute autre personne. En vain prétendrait-on que le mari en accomplissant chacun des actes du mandat accorde par son concours l'autorisation spéciale qui seule faisait défaut, puisque la volonté de la femme était manifestée par la procuration ; en effet, le mari n'intervient pas dans l'acte en qualité de mari, mais en qualité de mandataire ; sa personnalité disparaît donc par suite des principes les plus élémentaires du mandat ; et admettrait-on même que le mari agit à la fois comme mari et comme mandataire, cela n'aurait pas pour effet de valider la procuration, puisqu'elle est nulle *ab initio* ; les actes passés par lui seraient donc nuls comme faits sans pouvoir valable.

En se plaçant en dehors de toute question de textes, on ne peut en outre méconnaître combien il pourrait être dangereux d'accorder au mari le droit d'agir ainsi en vertu d'une procuration générale. Les art. 217, 223 et 1538 ont été établis dans un but de protection pour la femme, but conforme à la pensée qui a inspiré le législateur dans tout ce qui a trait aux rapports pécuniaires des deux époux. Si la loi a voulu que par une autorisation générale le mari ne puisse abdiquer les droits qu'il a comme chef de la famille, il est évident aussi que, en toute occasion, elle a veillé à ce que le mari n'abuse pas de son empire sur sa femme pour disposer à son gré des intérêts et de la fortune de celle-ci. Si la femme avait ainsi, au moyen d'une procuration générale, la faculté de se dessaisir complètement de tous ses droits et de les remettre à son mari, ne serait-ce pas aboutir au résultat que la loi

a toujours voulu éviter. Il ne suffit donc pas que le mari donne son autorisation, il faut de plus que la femme soit consultée sur la nécessité d'accomplir chaque acte en particulier, et qu'elle donne son consentement en connaissance de cause (1).

258. — Mais inversement le mari peut très bien donner à sa femme un pouvoir général de vendre, d'hypothéquer, pourvu qu'il s'agisse soit des biens à lui appartenant, soit des biens de la communauté. A l'égard de ces biens, la femme se trouve exactement dans les mêmes conditions que tout autre mandataire; elle représente dans la limite de ses pouvoirs, son mari, c'est-à-dire une personne ayant capacité pleine et entière de disposer. Une pareille procuration ne pourrait cependant être donnée par le contrat de mariage; car cette clause, irrévocable, aurait pour effet de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef de la communauté (art. 1388).

259. — Pour donner un mandat, il n'est pas nécessaire d'être une personne capable dans le sens absolu du mot; il suffit d'avoir la capacité suffisante pour accomplir l'acte qui fait l'objet du mandat. Un mineur émancipé, une femme séparée de biens, peuvent donc donner un mandat valable pour l'administration de leurs biens.

260. — A quel moment faut-il considérer la capacité du mandant pour apprécier la validité du mandat : est-ce au moment où le mandat est donné, ou au moment de son accomplissement par le mandataire ?

(1) Pont, T. I, n° 906; Demolombe, T. IV, n^os^ 207 et 210; Aubry et Rau, T. V, § 472, note 67, p. 154; Laurent, T. XXVII, n^os^ 396, 413 et suiv. — V. Req. 18 mars 1840 et le rapport de Troplong (J. P. 1840, 1, 424); Civ. cass. 18 juin 1844 (J. P. 1844, 2, 349); Req. 4 mai 1868 (J. P. 1869, 515). — Contra : Chambéry, 18 févr. 1861 (J. P. 1861, 642).

Supposons d'abord que le mandant, incapable au moment où il a donné le mandat, soit devenu capable lors de son exécution ; l'acte accompli par le mandataire est nul. En effet, pour apprécier la validité d'un contrat, on doit se reporter au moment où il a été conclu; à cette époque le mandant n'était pas capable, il n'a donc pu transmettre des pouvoirs suffisants au mandataire; sa capacité postérieure ne peut avoir sur eux une influence rétroactive et les rendre valables (1).

Si le mandant, capable au moment où il a donné le mandat, est devenu incapable au moment de l'exécution, la solution sera la même, et l'acte accompli par le mandataire devra être considéré comme nul (2); en effet, ainsi que nous le verrons, le mandataire n'est pas en réalité partie au contrat, il ne fait que tenir la place du mandant qu'il représente, et c'est le mandant qui est censé contracter par sa bouche. Le mandataire, quelle que soit sa capacité personnelle, emprunte la capacité du mandant. Au moment où il a contracté, il était donc lui aussi incapable et par suite l'acte est nul. Nous verrons cependant que la loi prend en considération la bonne foi du mandataire et des tiers avec lesquels il a contracté, et qu'elle maintient les contrats passés dans l'ignorance des faits qui ont motivé l'incapacité du mandant, mort, interdiction, etc. Au con-

(1) Pont, T. I, nº 962.

(2) Il existe cependant une exception à ce principe relativement aux pouvoirs conférés par une femme mineure à son mari par contrat de mariage. Ainsi une femme mineure qui se marie sous le régime dotal, peut, conformément à l'art. 1398 C. civ., déclarer aliénables ses immeubles dotaux et donner à son mari le pouvoir de les vendre sans remplir les formalités nécessaires pour l'aliénation des biens de mineurs. Le mari peut user de cette faculté, même pendant la minorité de sa femme. (Rodière et Pont, T. I, nº 41 ; Aubry et Rau, T. V, § 502, note 26, p. 243. — Req. 12 janv. 1847 (S. V. 1847, 1, 241).

traire, lorsque le mandat est nul *ab initio*, il n'est tenu aucun compte de la bonne foi du mandataire, qui reste responsable des actes qu'il a faits en cette qualité (1); car dans ce cas il n'y a jamais eu de contrat.

261. — Examinons maintenant quelle est la capacité exigée du mandataire.

La capacité du mandataire intéresse deux classes de personnes : 1° le mandant ; 2° les tiers avec lesquels il se trouve en rapports. A ces deux points de vue, les incapacités ordinaires, résultant de l'âge ou du sexe, produisent des effets tout-à-fait différents.

A l'égard des tiers, il importe peu que le mandataire soit un mineur ou une femme mariée, puisque sa personnalité est complètement effacée et remplacée par celle du mandant. Tout acte passé par un mandataire mineur dans la limite de ses pouvoirs est donc complètement valable, et par suite les tiers ne peuvent refuser de contracter avec lui. « Le « mandant, disait le tribun Tarrible, ne peut être soumis « dans le choix de son mandataire, à d'autre règle que « celle de sa confiance. Il est absolument indifférent à la « tierce personne avec laquelle on doit traiter, que le man- « dataire ait ou n'ait pas la capacité de contracter ; tout ce « qui importe à cette personne, c'est d'observer si les in- « tentions du commettant manifestées dans le mandat se « raccordent avec ses propres vues, et de veiller à ce « qu'elles soient ponctuellement exécutées. Que le man- « dat ait été donné à un mineur ou à un majeur, à une « femme mariée ou à un homme jouissant de la plénitude « de ses droits civils, la personne du mandataire dispa- « raît comme un échafaudage devenu inutile après la

(1) Laurent, T. XXVIII, n° 111, et T. XXVII, n° 400 ; Pont, T. I, n^os^ 962 et 1174. — Req. 14 janv. 1862 (J. P. 1862, 129) et 13 nov. 1866 (J. P. 1867, 35).

« construction de l'édifice, et la transaction, relativement « au commettant seul intéressé, a toute la solidité dont « elle est susceptible (1). »

Ces mots du rapporteur, et la nature du rôle que joue le mandataire à l'égard des tiers, font donc bien voir qu'il ne faut pas prendre dans un sens restrictif les termes de l'art. 1990, et de ce que cet article ne parle que des mineurs émancipés, en conclure que le mandant n'a pas le droit de donner sa confiance à un mineur non émancipé (2). Cet article a une tout autre portée ; il a été fait pour régler les rapports entre le mandant et les personnes qui ont dans une certaine limite le pouvoir de s'obliger.

262. — Une femme mariée peut donc valablement recevoir une procuration même sans l'autorisation de son mari. Les législateurs ont prévu l'objection qu'on pourrait tirer de l'atteinte portée aux droits du mari, et pour les sauvegarder, ils ont édicté que le mandant n'aurait d'action contre la femme non autorisée que d'après les règles établies au titre *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*.

Si la femme n'a pas besoin de l'autorisation du mari pour accepter un mandat, peut-elle le faire malgré l'opposition formelle de celui-ci ? Bien que ses intérêts matériels soient sauvegardés, le mari peut avoir un intérêt moral à ce que sa femme ne soit pas mêlée à des opérations qu'il désapprouve. L'art. 1990 est muet sur ce point; mais si l'on se reporte au discours du Conseiller d'Etat Berlier, on peut voir que, dans l'opinion de ce jurisconsulte du moins, il est hors de doute que le mari n'ait le droit de

(1) Favard de Langlade, *Motifs*, *rapports*, *etc.*, T. I, p. 692.

(2) Duranton, T. XVIII, n° 212 ; Troplong, n° 332 ; Domenget, n° 228 ; P. Pont, T. I, n° 965 ; Aubry et Rau, T. IV, § 411, texte et note 10, p. 639 ; Laurent, T. XXVII, n^os 397 et suiv.

s'opposer à l'exécution des engagements pris par sa femme et de réclamer la nullité du mandat (1). Le tribun Tarrible paraît être d'un avis contraire. L'art. 1990, dit en substance ce rapporteur, n'a pas entendu relâcher la sévérité du précepte *que la femme doit obéissance à son mari* ; et les auteurs du projet de loi ont pensé que les femmes en général le respecteraient assez pour ne pas accepter un mandat contre la volonté de leurs maris ; mais ils ont prévu aussi que l'absence du mari, son insouciance, et même l'*indiscipline domestique*, pourraient porter la femme à exécuter un mandat sans le consentement du mari ; l'art. 1990 règle ce cas, le mandat produit son effet quant au mandant et aux tiers, mais les obligations personnelles contractées par la femme à l'occasion du mandat sont nulles (2).

Le mari ne pourrait donc demander la nullité du mandat, pour défaut d'autorisation, en vertu de l'art. 217 C. civ., puisque cette autorisation n'est pas nécessaire; il pourrait simplement s'appuyer sur l'art. 213 C. civ., qui impose à la femme l'obligation d'obéir au mari; mais cet article consacre un devoir moral dont l'inobservation n'a aucune sanction dans le Code civil (3).

263. — Si la capacité du mandataire n'est pas à considérer pour les tiers, parce qu'elle n'a aucune influence sur la validité des opérations traitées par son entremise, il en est tout autrement dans les rapports du mandant et du mandataire. Entre eux, c'est un contrat qui est intervenu, contrat qui engendre des obligations et une res-

(1) Favard de Langlade, *Motifs*, *rapports etc.*, T., I, p. 688 ; Malleville, T. IV, sur l'art 1990.

(2) Favard de Langlade, *op. cit.*, p. 692.

(3) Laurent, T. XXVII, nº 399. — Contra : Dalloz, vº *Mandat*, nº 64.

ponsabilité assez rigoureuse. Les mandataires qui n'ont pas la capacité légale, mineurs, femmes mariées non autorisées, peuvent donc opposer au mandant les exceptions résultant de leur incapacité.

264. — Il existe quelques restrictions à la faculté illimitée qui appartient en général au mandant pour le choix de ses mandataires.

Le testateur qui nomme des exécuteurs testamentaires ne peut donner cette charge qu'à des personnes capables de s'obliger et d'engager la pleine propriété de leurs biens. En effet, les exécuteurs testamentaires sont des mandataires imposés aux héritiers, et la moindre chose que ceux-ci soient en droit d'exiger, c'est que ces mandataires puissent répondre des fautes qu'ils commettent. Ainsi un mineur, même émancipé, une femme mariée non autorisée de son mari, ne peuvent être exécuteurs testamentaires. Pour une femme mariée, l'autorisation du mari ne pourrait être toujours suppléée par l'autorisation de justice. L'autorisation de la justice ne serait suffisante que si la femme était séparée de biens, ou si elle était mariée sous le régime dotal et avait des immeubles paraphernaux (1).

265. — On peut citer aussi les cas suivants d'incapacités relatives :

Un notaire ne peut stipuler comme mandataire d'une des parties dans les actes qu'il reçoit; en effet, tout acte notarié auquel est intéressé le notaire qui l'a reçu, est nul comme acte authentique (2).

Il ressort de l'art. 412 C. civ. qu'un membre d'un con-

(1) Aubry et Rau, T. VII, § 711, p. 447; Demolombe, T. XXII, nos 25 et 27; Mourlon, T. II, no 866.

(2) Aubry et Rau, T. VII, § 755, p. 202. — Grenoble, 8 juill. 1858 (J. P. 1860, 66); Civ. cass. 11 juill. 1859 (J. P. 1859, 775).

seil de famille ne peut pas recevoir le mandat de représenter un autre des membres à la réunion de ce conseil.

Aux termes de l'art. 27 C. com. (modifié par la loi du 6 mai 1863), l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration. Cette disposition a pour but d'empêcher que les commanditaires ne mettent en nom une personne insolvable qui serait le seul gérant responsable, pour pouvoir se livrer sans risques, en vertu de sa procuration, à des spéculations effrénées. Cette prohibition n'a aucun caractère d'ordre public; elle est faite seulement dans un but de protection pour les tiers; aussi les actes accomplis par le commanditaire en vertu d'un pareil mandat, ne sont pas nuls; ils ont pour seul effet de l'obliger solidairement avec les associés en nom collectif pour les engagements qui en résultent (art. 28 C. com.).

266. — Enfin, dans quelques cas déterminés, certaines conditions sont exigées en la personne du mandataire. Il en est ainsi pour agir devant les tribunaux civils, les cours d'appel, et la Cour de Cassation.

Devant le tribunal correctionnel, dans les cas où le prévenu a le droit de se faire représenter, l'art. 185 C. instr. cr. semble exiger que ce soit par un avoué. Telle est l'opinion de quelques auteurs (1). Nous ne pensons pas cependant que cet article ait voulu exclure tout autre mandataire (2).

267. — Nous avons vu que la validité des actes accomplis par le mandataire ne doit pas se régler d'après sa ca-

(1) Legraverend, *Traité de la législation criminelle*, T. II, p. 389; Boitard, *Leçons de droit criminel*, nº 703.

(2) Carnot, *De l'Instruction criminelle*, T. II, sur l'art. 185, nº 4; Faustin-Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, T. VII, p. 674.

pacité personnelle, de telle sorte qu'un mineur incapable de vendre pour son compte, peut faire valablement des ventes pour le compte d'autrui ; ce principe doit-il être étendu aux actes qui, à raison de circonstances spéciales, sont défendues par la loi à certaines personnes ? Oui, en général; ainsi, il est certain qu'un mandataire incapable d'acheter pour son compte les biens qu'il est chargé de vendre, peut accepter le mandat de les acheter pour une autre personne (1). Une exception doit cependant être faite à l'égard du tuteur. En effet le tuteur, lorsqu'il a des intérêts personnels en opposition avec ceux du mineur, ne peut représenter celui-ci; le subrogé-tuteur doit le remplacer (art. 420). S'il en est ainsi quant à ses intérêts personnels, à plus forte raison il doit lui être interdit de se charger d'intérêts contraires à ceux de son pupille (2).

268. — Jusqu'ici nous avons considéré la capacité du mandataire dans l'hypothèse la plus générale, celle où il agit au nom du mandant. Si le mandataire doit traiter en son propre nom, il doit être personnellement capable d'accomplir l'acte, puisqu'à l'égard des tiers, il est considéré comme le seul et véritable contractant.

---

(1) Duranton, T. XVIII, nº 207 ; Aubry et Rau, T. IV, § 411, texte et note 14, p. 640.

(2) Duranton, T. XVIII, nº 194; Domenget, T. I, nº 66.

CHAPITRE III.

FORMATION, FORMES ET PREUVE DU MANDAT.

§ 1. — FORMATION DU CONTRAT.

269. — En commençant par donner la définition de la procuration avant celle du contrat lui-même, les législateurs ont peut-être eu tort au point de vue doctrinal, ainsi qu'on leur en a souvent fait le reproche, mais on ne peut nier qu'ils n'aient suivi l'ordre des opérations telles qu'elles se passent dans la pratique. Tout contrat suppose une offre et une acceptation. Or, généralement, l'offre vient du mandant, et elle se produit souvent sous la forme d'une procuration ou pouvoir d'agir pour lui. C'est alors par l'acceptation de la personne à qui ce pouvoir est donné, que le contrat se trouve parfait.

Lorsque l'offre et l'acceptation se font simultanément, le contrat est immédiatement formé et se trouve dès lors obligatoire pour les parties. Le plus souvent, il n'en est pas ainsi ; le mandant, du lieu où il réside, charge une personne demeurant sur une place éloignée d'agir en son nom ; il faudra donc un temps plus ou moins long pour que la réponse du mandataire arrive au mandant. A quel moment le mandat sera-t-il censé formé : au moment de l'acceptation ? ou seulement à la réception de la notification de cette acceptation par le mandant ?

Cette question est importante. Supposons en effet une

personne donnant l'ordre à une autre de vendre tel immeuble, puis se ravisant et révoquant ce mandat avant toute réponse du mandataire. Si le mandataire a vendu avant la nouvelle de la révocation, la validité de cette vente dépendra de la solution qui sera donnée à la question que nous avons posée.

Le Code ne résolvant pas cette question pour le mandat, on est réduit à chercher les solutions qu'il donne pour les autres contrats. D'après l'art. 932 C. civ., la donation n'est obligatoire pour le donateur que du jour de la notification de l'acte d'acceptation. Une semblable solution ne peut convenir à notre espèce, car les circonstances sont tout-à-fait différentes. La donation n'est définitive que du jour où l'acceptation a été notifiée, parce que c'est le donateur qui est obligé par le contrat, et qu'il ne peut être tenu qu'autant qu'il sait que ses offres sont acceptées. Le mandant ne se trouve pas dans une position semblable, car il n'est pas tenu directement par le contrat ; il importe peu donc, pour la validité de ce contrat, que l'acceptation du mandataire, seul obligé, soit venue à sa connaissance. Bien que nous considérions le mandat salarié comme un contrat synallagmatique, la même règle lui est applicable, si le salaire proposé par le mandant ou admis par l'usage est agréé par le mandataire. En effet, même dans ce cas, l'obligation principale est du côté du mandataire ; celle du mandant étant subordonnée à l'exécution, on ne comprendrait pas pourquoi il serait nécessaire que l'acceptation fût connue de lui, avant qu'aucun acte puisse être fait valablement. Cette solution est d'ailleurs basée sur la volonté présumée du mandant qui, en donnant un mandat, a voulu que l'acte fût accompli dans le plus bref délai, et cette volonté est censée subsister tant qu'il n'y a pas eu de révocation. Il ne pourrait donc se plaindre de l'empres-

sement mis par le mandataire à exécuter ses ordres. Cette solution est aussi indispensable à la célérité des opérations confiées aux mandataires (1).

Au lieu de venir du mandant, l'initiative peut être prise par le mandataire qui fait l'offre de ses services pour telle opération. Il est évident que dans cette hypothèse, le contrat ne sera pas parfait par la seule acceptation du mandant, mais seulement par la notification de cette acceptation. Le mandataire ne peut agir avant de savoir si ses offres sont acceptées (2).

270. — Il est également important de savoir en quel lieu le mandat est censé formé, d'abord au point de vue des règles par lesquelles il doit être régi, ensuite au point de vue de la compétence quand le mandat est commercial (art. 420 C. pr.). En général, un contrat est réputé formé au lieu où s'est accompli le dernier acte qui lui a donné sa complète perfection. En appliquant cette règle au mandat, il en résulte que, de quelque part que soient venues les offres, le mandat est toujours contracté au domicile du mandataire (3).

(1) Troplong, nº 109 ; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, T. II, nº 95 ; Delamarre et Le Poitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, 1861, T. II, nº 37.

(2) Troplong, nº 112 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 58.

(3) Massé, *eod. loc.* — Cpr. Troplong, nº 110. — Sur ce point le Code Allemand nous paraît donner des règles bien différentes de celles qui sont généralement admises dans notre Droit. D'après ce Code, celui qui a pris l'initiative d'une proposition entre absents, reste engagé jusqu'à l'époque où il peut compter sur l'arrivée de la réponse partie en temps utile. Il ne peut donc se départir du contrat que si la réponse n'arrive pas dans les délais (art. 319 C. com.). Il en résulte qu'entre absents l'époque de la conclusion du contrat est marquée par l'envoi de l'acceptation : « Ist ein unter Abwesenden verhandelter Vertrag zu

§ 2. — FORMES DU MANDAT.

271. — Le mandat est un contrat consensuel, et par conséquent aucune condition de forme n'est exigée pour sa validité ; peu importe donc qu'il soit verbal ou rédigé par écrit. Il est vrai que, dans certains cas, il est nécessaire que la procuration, c'est-à-dire la preuve des pouvoirs conférés au mandataire, soit dressée en la forme authentique, mais cela n'influe en rien sur la nature du contrat lui-même et n'en fait pas un contrat solennel ; ce qui le démontre suffisamment, c'est qu'il suffit que l'acte constate le pouvoir donné sans qu'il soit besoin d'exprimer l'acceptation par le mandataire.

272. — Si le mandat peut être verbal, peut-il aussi être tacite ? Quant à l'acceptation, l'art. 1985 a eu soin de dire qu'elle peut être tacite, et certainement c'était un soin superflu. Dès que le mandat est un contrat consensuel, du moment où il suffit qu'un consentement soit donné, il importe peu sous quelle forme il se produise, et l'acceptation du mandat ne peut mieux trouver sa preuve que dans l'exécution qu'en a faite volontairement le mandataire.

En ce qui concerne le consentement du mandant, l'art.

« Stande gekommen, so gilt der Zeitpunkt, in welchem die Er-
« klärung der Annahme behufs der Absendung abgegeben ist,
« als der Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages (art. 321). »
Donc le lieu où il est réputé formé est celui où l'acceptation est donnée. Le Code Autrichien (mêmes articles) est la copie du Code Allemand, et le projet Suisse de la loi des obligations (projet de juillet 1879, nouvelle rédaction de févr. 1881, art. 3 et 8) donne une décision à peu près semblable. Toutefois il ajoute : « lors-
« qu'une déclaration d'acceptation n'est pas nécessaire, les effets
« du contrat commencent à dater de la réception de l'offre non
« refusée. » C'est conforme à ce que nous disons au texte.

1985 est muet. Quelques jurisconsultes, de la comparaison des deux dispositions de cet article, ont conclu que le Code a abrogé le mandat tacite (1). Ce système s'appuie en outre sur l'art. 1372 C. civ. D'après cet article, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires « lorsque volontaire-« ment on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire « *connaisse* la gestion, soit qu'il l'ignore. » Et, ajoute cet article, le *negotiorum gestor* « se soumet à toutes les obli-« gations qui résulteraient d'un mandat *exprès* que lui « aurait donné le propriétaire. »

Cette doctrine est généralement repoussée (2). En effet, l'argument *a contrario* qui est tiré de l'art. 1985 n'est rien moins que probant. Ce mode d'argumentation, qui serait peut-être suffisant s'il s'agissait de restrictions apportées à une disposition d'exception, n'a aucune force quand il s'agit de faire une dérogation à un principe général. On peut y répondre en disant que si la loi parle du consentement tacite seulement de la part du mandataire, c'est parce que, dans la pratique, il se présente beaucoup plus souvent de sa part que de celle du mandant. D'ailleurs, la comparaison des deux alinéas de cet article n'est même pas possible, parce qu'ils envisagent chacun un point de vue particulier, l'un s'occupant de la preuve, l'autre de la forme du consentement. L'historique de la rédaction de

(1) Toullier, T. XI, nº 25 ; Proudhon, *Traité de l'usufruit*, T. III, nº 1327. — MM. Duranton (T. XVIII, nº 218), et Delamarre et Le Poitvin (T. II, nº 46) admettent aussi que le Code a voulu abolir le mandat tacite, mais ils reconnaissent que, dans la pratique, on n'a pas cessé d'admettre un certain nombre de ces mandats.

(2) Troplong, nºs 71, 121 et suiv.; Mourlon, T. III, nº 1082; Pont, T. I, nº 845 ; Aubry et Rau, T. IV, § 411, texte et note 1, p. 636 ; Larombière, *Des obligations*, T. V, art. 1372 et 1373, nºs 12 et 13 ; Laurent, T. XXVII, nºs 378 et suiv.

cet article le fait bien voir. En effet, le projet présenté au Tribunat exigeait d'une manière absolue que le mandat fût toujours écrit; le Tribunat fit alors cette observation « qu'il pourrait y avoir un mandat dont l'objet serait au « dessous de la valeur de 150 francs, et dans ce cas, « comme pour toutes les autres conventions, la preuve « testimoniale devrait en être admise (1). » C'est alors qu'il proposa d'ajouter à la rédaction les mots : « il peut « aussi être donné verbalement, mais la preuve testimo- « niale n'en est reçue que conformément au titre *des Con- « trats ou des Obligations conventionnelles en général.* » Il en résulte que, loin de vouloir mettre le mandat en dehors des règles ordinaires, on a entendu le soumettre au droit commun, et de plus, que les législateurs se sont préoccupés simplement de la question de preuve, et non de la manière dont le consentement pouvait se produire. On ne peut donc pas plus voir dans l'art. 1985 l'abolition du mandat tacite, que dans les articles 1582 ou 1714 C. civ. la nullité d'une vente verbale ou d'un louage tacite.

273. — Puisqu'il ne ressort pas nécessairement des termes de l'art. 1985 une dérogation aux principes ordinaires, il faut donc admettre que pour le mandat, de même que pour tout autre contrat consensuel, un consentement tacite a autant de valeur qu'un consentement exprès. Mais quels sont les faits dont on peut inférer ce consentement ? C'est un point sur lequel l'accord est loin d'exister.

Notre ancien Droit avait suivi sur ce point la doctrine du Droit romain : *Semper qui non prohibet aliquem pro*

(1) Favard de Langlade, *Motifs, rapports, etc.*, T. II, p. 634; Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. XV, p. 226.

se intervenire mandare creditur (1). « Toutes les fois que « je fais, au vu et au su de quelqu'un, quelqu'une de ses « affaires, il est censé, par cela seul, intervenir entre « nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de « cette affaire (2). »

Ce système est encore suivi de nos jours, bien qu'il semble contraire au texte de l'art. 1372 C. civ. cité plus haut. Aussi entend-on les mots : *soit que le propriétaire connaisse la gestion*, en ce sens que le propriétaire n'en a eu connaissance que postérieurement à l'immixtion du gérant dans ses affaires, ou que, bien qu'en ayant eu connaissance *ab initio*, il a été dans l'impossibilité de faire savoir sa volonté (3).

274. — Ce système nous paraît trop ouvertement contraire à l'art. 1372 pour être admis. Les termes de cet article sont clairs et formels, et il nous semble que, en y faisant tous les sous-entendus que le système précédent est obligé d'y apporter, on corrige la loi et on ne l'observe pas. Il suffit de lire le rapport fait au Tribunat par le tribun Bertrand de Greuille, pour voir ce qu'il entendait par un quasi-contrat. « Ainsi ce fait étant isolé de tout consentement, « de toute convention *antécédente*, ne peut former un « contrat proprement dit; mais il engendre ce qu'on a « toujours appelé en droit un quasi-contrat (4). » Peut-on dire que quand une personne se permet de s'ingérer dans mes affaires, même à mon vu et su, il y a eu con-

(1) Dig. L, XVII, *De reg. juris*, 60, f. Ulpien.

(2) Pothier, *Du mandat*, n° 28. Ed. Dupin, T. IV, p. 222, et *Traité du quasi-contrat de gestion d'affaires*, n° 180, T. IV, p. 301.

(3) Troplong, n°s 130 et suiv.; Mourlon, T. II, n° 1667; Laurent, T. XXVII, n° 384.

(4) Favard de Langlade, *op. cit*, T. I, p. 515; Locré, T. XIII, p. 35.

vention antécédente, condition constitutive du contrat d'après le législateur ?

L'art. 1372 a donc aboli la maxime : *sola patientia inducit mandatum* ; il a voulu arrêter le zèle indiscret de ces gens officieux « qu'on rencontre partout toujours « prêts à se mêler des affaires d'autrui, très souvent pour « les gâter (1); » il a voulu empêcher que le premier venu ne puisse, sans autorisation, s'immiscer dans les affaires d'une personne pour ensuite se mettre à couvert derrière une prétendue connaissance que le maître aurait eue de ses agissements (2).

275. — La simple inaction, ou le défaut de protestation de la part du maître ne suffisent donc plus pour être considérés comme un mandat tacite. Il faut que des faits, c'est-à-dire des agissements de la part de celui-ci, ou la situation spéciale dans laquelle il se trouve avec le gérant, rendent plausible l'existence d'un mandat, c'est-à-dire d'un consentement ou d'un ordre préalable.

276. — Les faits d'où on peut inférer un mandat tacite sont innombrables ; il appartient aux juges d'apprécier

(1) Consul Cambacérès au Conseil d'Etat (Locré, T. XIII, p. 18).

(2) Aubry et Rau, T. IV, § 411, texte et note 2, p. 637 ; Pont, T. I, nº 846 ; Domenget, T. I, nº 116. — Toutefois nous ne croyons pas exacte la doctrine de ces deux premiers auteurs au point de vue du Droit romain. Troplong nous paraît dans le vrai lorsqu'il dit qu'en Droit romain le quasi-contrat de gestion d'affaires ne se transformait pas pour l'avenir en contrat de mandat à partir de la connaissance, acquise par le maître, de la gestion. Les termes suivants d'un fragment de Paul ne peuvent laisser de doutes sur ce point : *Sed et quum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed unus contractus ; nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu, si nova voluntate aliud quoque adgredi cœperit, alius contractus est.* (Dig. III, V, *De neg. gest.*, 16, f. Paul. — V. égal. le fragment précédent).

la portée des circonstances et des faits de la cause ; leur décision sur ce point est souveraine et ne peut donner ouverture à cassation (1).

Il est cependant un cas de mandat tacite consacré par la loi. Aux termes de l'art. 556 C. pr., la remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaut pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement. Cet article devait gêner les partisans du système qui veut que le Code ait totalement aboli le mandat tacite ; aussi qualifient-ils ce mandat, de mandat *exprès* (2). L'erreur est évidente ; la remise d'une pièce n'est pas par elle-même un mandat ; c'est simplement un acte faisant supposer de la part du maître un ordre d'agir ; il y a donc consentement non exprimé, et, par suite, mandat tacite.

De même pour un avoué, la remise d'un dossier équivaut à mandat de représenter la partie en justice ; la remise d'une assignation vaut pouvoir de défendre sur la demande. Cette présomption est d'ailleurs spéciale à l'avoué agissant devant un tribunal civil ou une cour d'appel, elle est attachée à son caractère d'officier ministériel. Elle n'existerait pas plus à son égard qu'à l'égard d'un agréé ou de toute autre personne, s'il s'agissait d'une action portée devant un tribunal de commerce (art. 627 C. com.).

Nous citerons encore les cas suivants de mandat tacite :

Un huissier a pouvoir pour recevoir paiement du débiteur contre lequel il est porteur d'un titre exécutoire ; il en est de même pour le paiement d'une lettre de change ou d'un effet de commerce qu'il est chargé de protester (3) ; le motif en est que dans ces différents cas, il ne peut instrumenter qu'à défaut de paiement. Aurait-il les

(1) Req. 14 janv. 1856 (J. P. 1857, 737).
(2) Proudhon, T. III, n° 1328.
(3) Aubry et Rau, T. IV, § 317, p. 153.

mêmes droits s'il était chargé d'assigner le débiteur en paiement d'un billet sous seing privé ? Le même motif n'existant pas dans cette hypothèse, il ne nous semble pas que l'on puisse présumer d'une manière certaine l'intention de la part du créancier de charger l'huissier de toucher le montant de la créance (1).

La même solution doit être donnée en ce qui concerne l'avoué ou l'agréé qui est chargé de former une demande en paiement. En remettant les pièces du procès le maître a eu en vue la condamnation du débiteur, et non un paiement qu'il ne pouvait espérer obtenir à l'amiable, puisque l'action en justice avait été jugée nécessaire. A plus forte raison, l'avoué ni l'agréé ne peuvent-ils recevoir le paiement après la condamnation ; car avec la terminaison du procès leurs pouvoirs se trouvent expirés (2).

Les notaires peuvent aussi être considérés, dans certaines circonstances, comme ayant le mandat tacite de recevoir les paiements et d'en donner quittance ; ce mandat peut ressortir des termes des contrats par eux reçus. Il est souvent stipulé dans les actes notariés que le paiement sera effectué en l'étude du notaire. Cette clause emporte-t-elle pour le notaire le pouvoir de toucher lui-même les sommes dues ? Il en est de cette clause comme de celle d'élection de domicile; elles ont un but déterminé, qui est, pour la première, de permettre au débiteur de se libérer sans être tenu de transporter les espèces jusqu'au domicile, peut-être éloigné, du créancier, et pour la seconde, de fixer la compétence du tribunal de ce lieu en cas de contesta-

(1) Duranton, T. XII, nº 50 et T. XVIII, nº 222; Aubry et Rau, T. IV, § 317, note 6, p. 153. — Contra: Massé, T. V, nº 196; Larombière, T. III, sur l'art. 1239.

(2) Massé, T. V, nº 197; Duranton, T. XII, nº 49 et T. XVIII, nº 222.

tion ; mais elles n'indiquent nullement que ce doive être le notaire qui reçoive le paiement ; ces clauses à elles seules ne l'investissent donc pas d'un mandat tacite (1).

La possession d'une expédition d'un acte notarié contenant constitution d'hypothèque suppose le mandat d'en requérir l'inscription. Le conservateur ne peut donc se dispenser de l'opérer ni exiger une autre preuve de l'existence du mandat (2).

277. — Le mandat tacite peut aussi résulter, avons-nous dit, des rapports existant entre le maître et celui qui agit pour son compte. Le mandat est supposé dans ce cas, soit à raison des fonctions que celui-ci remplit habituellement près du maître, et l'étendue en est réglée par les pouvoirs qu'il est d'usage de conférer dans de telles fonctions, soit à raison de la communauté d'intérêts ou des rapports intimes et journaliers que les parties ont entre elles.

Ainsi un domestique est présumé avoir reçu mandat de son maître pour acheter les diverses denrées et marchandises nécessaires à la consommation et à l'entretien journaliers ; il faut toutefois restreindre ce principe au cas où les achats sont faits au comptant. Pour les achats à

(1) Pont, T. I, nos 855 et 856 ; Aubry et Rau, T. IV, § 317 texte et note 7, p. 153 ; Duranton, T. XII, no 49 bis ; Larombière, T. III, sur l'art. 1239, no 10. — Civ. cass. 23 nov. 1830 (J. P. à sa date) et 21 nov. 1836 (J. P. 1837, 1, 87); Lyon, 16 févr. 1860 (J. P. 1861, 1043) ; Rennes, 11 avril 1867 (J. P. 1869, 225). Mais il a été jugé que la stipulation que l'obligation serait payée dans l'étude du notaire, pouvait servir de commencement de preuve à l'effet d'établir l'existence du mandat. Metz, 23 févr. 1864 (J. P. 1864, 1151). Du reste, la preuve de ce mandat peut résulter des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi l'obligation. Douai, 29 nov. 1862 (J. P. 1864, 1151).

(2) Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, T. III, no 673 ; Duranton, T. XX, no 88; Aubry et Rau, T. III, § 270, p. 321.

crédit, le maître ne peut être réputé avoir donné à une personne, dont on a trop souvent lieu de suspecter la probité, des pouvoirs dont les conséquences seraient pour lui pleines de dangers. Les marchands ne doivent donc s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils accordent sans l'autorisation du maître, des crédits illimités au domestique. Aussi n'auraient-ils pas de recours contre lui, surtout s'il était prouvé, comme cela s'est présenté devant la Cour de Paris (1), que le maître avait remis l'argent nécessaire au domestique qui l'avait détourné à son profit (2).

C'est en vertu du même principe que les clercs des notaires sont considérés comme leurs mandataires tacites relativement aux affaires dont ils sont chargés. Ainsi la Cour de Nancy (3) a décidé que le premier clerc oblige et supplée le notaire dans tous les actes où la présence de cet officier public n'est pas la condition essentielle de leur validité, et qu'ainsi on pouvait valablement payer entre ses mains les sommes qui devaient être versées à l'étude. Il n'est guère possible en cette matière de donner des règles générales, il faut s'attacher surtout aux habitudes particulières de chacun. Ce que nous disons des clercs de notaires s'applique d'ailleurs aux clercs de tous les autres officiers ministériels.

278. — C'est surtout dans le commerce que se présente souvent le mandat tacite. Les grands négociants et banquiers ne peuvent veiller qu'à la direction de leur maison; ils sont donc obligés d'avoir de nombreux employés et commis pour faire les paiements, opérer les encaisse-

(1) Paris, 13 nov. 1838 et 28 avril 1838 (Dalloz, *Répertoire*, v° *Mandat*, n° 170.

(2) Troplong, n° 134 ; Pont, T. I, n° 850 ; Laurent, T. XXVII, n° 390.

(3) Nancy, 5 août 1871 (D. P. 1872, 2, 77). — Aubry et Rau, T. IV, § 317, p. 153 ; Dalloz, v° *Notaire*, n° 107.

ments, etc. Il n'est pas jusqu'au moindre marchand qui ne soit forcé d'avoir des employés pour faire les ventes ou recouvrer le montant des factures. Il est important pour ceux qui se trouvent en rapport avec ces commis ou employés, de connaître l'étendue de leurs pouvoirs, car de là dépend la validité des actes passés avec eux ; et pourtant il est souvent difficile d'être renseigné sur ce point d'une manière exacte.

Aussi certaines législations étrangères exigent-elles, du moins lorsqu'il s'agit d'un mandat donnant pouvoir d'obliger le maître de l'établissement pour des affaires importantes, que la procuration soit rédigée par écrit et rendue publique. D'après le Code Allemand, par exemple, la *Procura*, c'est-à-dire le mandat par lequel le chef d'une maison confère le pouvoir de signer par procuration et de faire tous les actes judiciaires et extra-judiciaires que comporte l'exercice du commerce, doit être portée à la connaissance du Tribunal de commerce par le mandant en personne ou donnée par acte authentique afin d'être inscrite sur le registre du commerce (1). Le *Procurist* (2)

(1) Le registre du commerce (*Handelsregister*) est destiné à recevoir toutes les énonciations relatives à la constitution, à la modification et à l'extinction des sociétés (art. 176 et 198 C. All.). Ce registre est tenu près de chaque tribunal de commerce. Il est public et chacun peut s'en faire délivrer une copie légalisée. En outre, les inscriptions faites sur ce registre sont immédiatement publiées en entier, par les soins du tribunal, dans une ou plusieurs feuilles publiques (art. 12 à 14. C. comm. All.). La tenue de ce registre est également exigée par les Codes d'Espagne (art. 22 à 31),— de Portugal (art. 209 à 217),— de Suisse (art. 870 à 873 du projet), — d'Autriche (art. 12 à 14).

(2) Le Code Allemand reconnaît également le *Handlungsbevollmächitgter* : ce fondé de pouvoirs est chargé de gérer un certain nombre d'affaires ou même l'ensemble d'un commerce, mais il ne peut tirer des lettres de change, faire des emprunts, poursuivre

doit ensuite donner un modèle de sa signature tracée en présence même du tribunal, ou lui faire parvenir cette signature légalisée. L'extinction des pouvoirs est déclarée dans les même formes, inscrite sur les registres du commerce et publiée dans les journaux (art. 45). Des règles analogues sont édictées par les art. 41 et suiv. du Code Autrichien; — 174 du Code Espagnol; — 142 du Code Portugais; — 430 et 433 du projet de loi fédérale de la Suisse (1).

Ces dispositions, qui peuvent être très utiles surtout aux négociants qui ont à traiter avec les fondés de pouvoirs, n'existent pas dans notre Droit; et même dans les législations étrangères cette publicité n'est et ne peut être donnée qu'aux procurations qui confèrent des pouvoirs d'une grande importance et s'appliquent à la direction d'une maison de commerce ou d'une succursale. Pour connaître l'étendue du mandat des commis et autres mandataires, on est donc obligé de s'en rapporter à la nature de leurs fonctions, et on ne doit les considérer comme mandataires que pour les actes qui s'y rattachent nécessairement et directement. Ainsi, un employé chargé de la vente n'est pas censé avoir mandat pour en toucher le montant, si un autre commis est préposé aux encaissements; le commis qui remplit les fonctions de caissier peut recevoir les paiements et en donner quittance, mais

en justice sans pouvoir spécial (art. 47). Enfin il y a les *Handlungsgehülfen*, ou commis, qui ne peuvent, à moins d'un mandat spécial, faire d'opérations pour le maître (art. 57 et suiv.).

(1) V. égal. les art. 435 et suiv. du Code Russe. — La législation du Brésil sur cette matière (art. 74 et suiv.) est la même que celle du Portugal; celle du Pérou (art. 117 et suiv.) et de Buenos-Ayres (art. 133 et suiv.) est semblable à celle du Code Espagnol. — Les art. 62 et 63 du Code de Wurtemberg, et l'art. 7 du Code Badois contenaient des dispositions analogues.

il ne peut obliger son patron par des achats ou des ventes (1). Il est inutile de multiplier les exemples, car la nature et l'étendue des pouvoirs dépendent des usages de chaque espèce de commerce, de chaque place, et surtout des habitudes de chaque maison.

279. — Il est une espèce d'employés sur l'étendue des pouvoirs desquels la jurisprudence a eu souvent à se prononcer. Nous voulons parler des commis spéciaux que certaines maisons envoient dans les différentes localités pour proposer leurs produits, et qui sont appelés *commis-voyageurs*. La question de faits, d'usages, est pour beaucoup dans les décisions rendues à ce sujet, et c'est ce qui explique la diversité même de ces décisions. Il y a cependant une question de principe, celle de savoir s'il faut un mandat exprès au commis-voyageur pour obliger, par ses marchés, la maison qui l'emploie, ou si, même à défaut de ce mandat, il a le pouvoir de conclure définitivement les marchés sans qu'il soit besoin de la ratification du commettant. La jurisprudence a varié sur cette question, mais elle semble se fixer dans le sens du premier de ces deux systèmes (2).

280. — Le capitaine est aussi le mandataire tacite et le représentant des propriétaires pour tout ce qui concerne le navire. Ainsi, si le propriétaire est absent et ne se fait pas représenter au lieu de l'armement par un fondé de

(1) V. Code de comm. Allemand, art. 47, 50 et 51; Code Espagnol, art. 192, 193, 194; Code Portugais, art. 159, 160.

(2) Req. 19 déc. 1821 (J. P. à sa date); Montpellier, 24 déc. 1841 (J. P. 1841, 2, 722); Bordeaux, 4 avril 1842 (J. P. 1842, 2, 138); Bordeaux, 8 avril 1845 (J. P. 1848, 2, 290); Aix, 12 avril 1872 (D. P. 1873, 5, 314). — Contra : Paris, 28 janv. 1828 (J. P. à sa date); Rouen, 12 mars 1847 (J. P. 1848, 2, 290); Limoges, 22 janv. 1848 (J. P. 1848, 2, 290).

pouvoirs, le capitaine a un mandat tacite pour contracter tous les engagements que peut exiger cet armement.

281. — Comme exemples de mandats tacites résultant de la communauté d'intérêts ou des rapports intimes et journaliers existant entre les parties, nous citerons les cas suivants :

Le mari est réputé mandataire tacite de sa femme pour l'administration des biens paraphernaux (art. 1578 C. civ.); il est également considéré comme son mandataire tacite à l'effet de la représenter en conciliation, même quand il s'agit d'une action immobilière (1).

De son côté, la femme est censée avoir reçu mandat de son mari pour tout ce qui concerne les dépenses du ménage, achats de marchandises et de vêtements, et pour le règlement des dettes qui les concernent. En faisant ces achats elle ne s'oblige donc pas personnellement, elle oblige seulement son mari, de sorte que les créanciers n'ont pas d'action sur ses biens personnels (art. 1420 C. civ.). Du reste cette présomption de mandat est restreinte aux dépenses ordinaires et en rapport avec l'état de fortune des époux; le mari ne saurait être tenu par des dépenses excessives ou des fournitures de pure fantaisie (2). Les marchands n'auraient également aucune action contre le mari, s'ils avaient laissé grossir les mémoires sans l'en avertir, et à plus forte raison s'ils avaient favorisé par fraude les dépenses exagérées de la femme.

A la différence des domestiques, la femme est donc réputée avoir mandat d'acheter à crédit, mais il est évident que ce mandat tacite n'existe pas à l'encontre de la

(1) Pont, nº 849. — Req. 10 mars 1814 (J. P. à sa date).

(2) Aubry et Rau, T. V, § 509, p. 341; Laurent, T. XXVII, nº 386. — Riom, 21 nov. 1846 (J. P. 1847, 1, 501); Paris, 9 juin 1857 (J. P. 1857, 827).

volonté formelle du mari. Pour être efficace, cette défense devrait être notifiée directement aux fournisseurs. Insérée sous forme d'avertissement dans les journaux de la localité, elle serait certainement opposable aux marchands qui en auraient eu connaissance; mais comme personne n'est obligé de lire intégralement les journaux, cette insertion n'aurait pas pour effet de constituer en état de présomption de fraude les marchands qui ne s'y seraient pas conformés; ce serait donc au mari à prouver la mauvaise foi du marchand (1).

L'existence de ce mandat n'est pas soumise à la condition de communauté de domicile de la part des époux. Il continue de subsister soit dans le cas de séparation volontaire, soit lorsque le mari refuse de recevoir la femme au domicile conjugal (2). Mais il cesse lorsque la femme a quitté le domicile contre le gré de son mari; et la Cour de Besançon a même décidé qu'il en était ainsi, bien que la séparation fût volontaire, lorsque le mari a donné à sa femme une pension pour subvenir à ses besoins (3).

Dans le commerce, la règle que la femme est mandataire tacite de son mari, a été poussée beaucoup plus loin. Lorsque, de notoriété publique, la femme gère le commerce de son mari, qu'elle signe la correspondance, souscrit les billets, achète les marchandises, au vu et au su de celui-ci et sans opposition de sa part, elle est considérée

(1) Aubry et Rau, T. V, § 509, p. 341; Rodière et Pont, T. II, nº 796; Marcadé, sur l'art. 1428, nº 2. — Le mari qui a fait cette défense n'est pas tenu, même quand il a la jouissance des biens de la femme. Lyon, 1er août 1867 (J. P. 1869, 526).

(2) Aubry et Rau, T. V, § 509, p. 340; Rodière et Pont, T. II, nº 793; Marcadé, sur l'art. 1420, nº 2. — Req. 13 févr. 1844 (J. P. 1844, 1, 686); Pau, 19 juill. 1823 joint à Civ. rej. 14 fév. 1826 (J. P. à cette date).

(3) Besançon, 25 juill. 1866 (J. P. 1867, 224).

comme ayant un pouvoir tacite à l'effet de remplir ces fonctions et par suite elle l'oblige par tous les engagements qui résultent de leur exercice (1).

282. — Les associés, lorsque le contrat de société ou une convention postérieure n'a pas désigné d'administrateur, sont censés s'être donné réciproquement mandat d'administrer dans l'intérêt commun. Ce que chacun fait est donc valable et obligatoire pour les autres, s'ils ne se sont pas formellement opposés à l'exécution de l'acte (art. 1859-1°). Ce mandat tacite est d'ailleurs restreint aux seuls actes d'administration, et chaque associé ne peut, sans le consentement des autres, aliéner, engager ou même modifier les choses de la société.

Dans les sociétés commerciales en nom collectif, le même mandat tacite existe entre les associés, à moins de clause contraire. Chacun d'eux a le droit d'obliger la société et d'user de la signature sociale pour les actes ordinaires du commerce, achats et ventes de marchandises, souscription et endossement de lettres de change, etc. Le droit de transiger est même compris dans leurs pouvoirs (2). Mais ce mandat ne s'étend pas aux innovations à faire aux immeubles. Dans les sociétés en commandite, ce mandat n'existe que pour les associés commandités, et il n'appartient pas plus aux commanditaires qu'aux associés d'une société anonyme.

Mais le mandat tacite n'existe que dans le cas de société proprement dite; on ne peut le supposer entre com-

(1) Toullier, T. XII, n° 261; Duranton, T. XVIII, n° 219; Pont, T. I, n° 849; Aubry et Rau, T. IV, § 411, note 1, p. 637; Laurent, T. XXVII, n° 387. — V. entre autres arrêts : Nîmes, 11 août 1851 (J. P. 1852, 1, 225); Paris, 4 juin 1869 (D. P. 1870, 2, 62).

(2) Pardessus, *Cours de droit commercial*, T. IV, n° 1014; Molinier, *Traité de droit commercial*, T. I, n° 306; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, T. I, n° 198.

munistes ou propriétaires par indivis d'une même chose, même pour les actes d'administration (1).

283. — Enfin, entre créanciers et débiteurs solidaires, la loi présume un mandat tacite pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite des droits résultant de la créance. C'est sur l'existence de ce mandat tacite que sont basées en matière de solidarité les règles relatives à l'interruption de la prescription, à la mise en demeure, à la demande d'intérêts en justice, etc.

284. — La question de savoir s'il y a un mandat dans les différents cas que nous avons examinés, est loin d'être sans importance. Elle influe sur la validité même des actes accomplis, si ces actes ne se rapportent pas à l'administration de choses auxquelles le maître avait un intérêt préexistant. Lorsqu'il y a gestion d'affaires proprement dite, la validité des actes accomplis ne dépend plus, il est vrai, du bon vouloir du maître; elle est prononcée par l'art. 1375 lorsque les actes lui sont utiles. Cependant, il est important de savoir, même dans cette hypothèse, s'il y a eu mandat ou simple gestion d'affaires. En effet, outre les différences qui existent, au point de vue de la preuve, entre un contrat et un quasi-contrat, le Code n'assimile pas complètement la gestion d'affaires au mandat. Ainsi l'art. 1373 dispose que le gérant d'affaires est obligé de continuer sa gestion jusqu'à ce que l'héritier puisse en prendre la direction, si le maître vient à mourir avant que l'affaire soit consommée, et d'après l'article 1375, le gérant d'affaires ne peut réclamer de ses dépenses que celles qui ont été nécessaires ou utiles.

Une autre différence résulte aussi implicitement des

(1) Aubry et Rau, T. II, § 221, p. 405. — Civ. cass. 22 nov. 1852 (J. P. 1853, 1, 238).

termes de cet article : en effet, il n'oblige le maître à rembourser que les dépenses, mais sans parler des intérêts. La majorité des auteurs admet cependant que l'art. 2001 C. civ. doit être appliqué par analogie. Sans doute la loi aurait dû reconnaître au gérant d'affaires dont les services sont gratuits, ce droit qu'il accorde à un mandataire salarié; mais elle ne l'a pas fait, et on doit s'incliner devant ses dispositions. Quant à appliquer par analogie l'art. 2001, on ne peut le faire sans violer les principes; car cet article consacre une exception, et les exceptions sont de droit étroit (1).

Enfin, la solidarité qui existe entre les mandants au profit des mandataires n'existe pas dans le cas de gestion d'affaires (2).

285. — Nous avons vu que le mandat se compose de deux éléments : la procuration donnée par le mandant, et l'acceptation du mandataire; il convient d'examiner sous quelles formes elles peuvent se produire.

286. — 1° *Formes de la procuration*. « Le mandat, « dit l'art. 1985, peut être donné ou par acte public, ou « par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement. » En règle générale, le mandant a le choix entre ces différentes formes; mais il

(1) Domenget, T. II, n° 1337; Laurent, T. XXVIII, n^os^ 18 et suiv. — Lyon, 13 janv. 1849 (J. P. 1849, 1, 406) et 29 janv. 1870 (J. P. 1870, 601). — Les arrêts de la Chambre des Requêtes des 7 nov. 1864 (J. P. 1865, 142) et 6 nov. 1865 (J. P. 1866, 133) ne sont pas contraires; ils statuent sur des espèces où il y avait ratification ou mandat tacite. — Contra : Troplong, n° 620; Pont, T. I, n° 1098; Duranton, T. XIII, n° 674; Marcadé, sur l'art. 1375, n° 2 ; Aubry et Rau, T. IV, § 441 texte et note 12, p. 724. — Pau, 30 nov. 1869 (J. P. 1870, 435).

(2) Aubry et Rau, T. IV, § 441, p. 725; Domenget, T. II, n° 1341; Troplong, n° 694.

ne faut pas l'oublier, la procuration n'est pas faite pour les seuls rapports de mandant à mandataire, elle est destinée à être communiquée aux tiers dont elle fait la garantie en établissant la limite des pouvoirs donnés au mandataire. Ces tiers peuvent donc ne pas se contenter d'une procuration verbale, réclamer la production d'un écrit, et même, dans les cas importants, exiger pour plus de sûreté que la procuration soit authentique. C'est ainsi que la jurisprudence reconnaît au débiteur le droit de forcer le procureur qui lui demande le paiement de sa dette, à présenter la preuve authentique de ses pouvoirs (1).

287. — Dans certains cas la loi elle-même oblige le mandant à recourir à la forme authentique. Ainsi l'art. 36 C. civ. exige que celui qui se présente à la place des parties intéressées devant l'officier de l'Etat civil, soit muni d'une procuration notariée. Même nécessité pour former opposition à un mariage (art. 66 C. civ.), et pour accepter une donation (art. 933 C. civ.). La loi du 21 juin 1843 a aussi exigé dans son art. 2 l'authenticité des procurations données pour consentir les donations entre-vifs, les donations entre époux pendant le mariage, les révocations de donations ou de testaments, les reconnaissances d'enfants naturels; et pour ces procurations, de même que pour les actes que nous venons d'énumérer, la présence du notaire en second ou des deux témoins est nécessaire, à peine de nullité, du moins au moment de la lecture et de la signature de l'acte.

Tels sont, en matière civile, les cas où le Code l'exige d'une manière expresse. Cependant il est généralement admis, et la jurisprudence après avoir été contraire est à peu près fixée en ce sens, que pour représenter une par-

(1) Orléans, 19 nov. 1859 (J. P. 1860, 751).

tie dans un acte pour lequel la loi exige la forme authentique, l'authenticité de la procuration est aussi nécessaire. Bien que l'on puisse dire que la nécessité d'une procuration notariée est une exception, et que par suite elle ne peut être étendue hors des cas prévus, cette solution nous paraît cependant devoir être admise. En effet, lorsque la loi a exigé qu'un acte fût rédigé en la forme authentique, c'est qu'elle a voulu, à raison de la gravité de cet acte, qu'il ne pût y avoir aucun doute sur la volonté des parties. Or, la volonté du mandant, où se trouve-t-elle exprimée? dans la procuration, et c'est de cette procuration que l'acte tire toute sa force; il en résulte donc que, suivant l'esprit de la loi, cette procuration doit aussi être notariée.

Le procureur doit donc être muni d'une procuration authentique pour faire devant le juge de paix une déclaration d'émancipation à la place du père ou de la mère, pour représenter les parties dans un contrat d'adoption (1) ou dans un contrat de mariage (2), ou pour consentir une hypothèque (3). Mais l'acceptation de l'hypo-

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 557, p. 122.

(2) Pont, T. I, nº 865; Aubry et Rau, T. V, § 502, p. 233; Req. 6 avril 1858 (J. P. 1859, 612); Toulouse, 2 juin 1857 (J. P. 1857, 1164); Nîmes, 12 nov. 1863 (J. P. 1864, 158).

(3) Grosse, *Commentaire sur la loi de la transcription*, nº 269; Laurent, T. XXVII, nº 445; Mourlon, *Traité de la transcription*, nº 1006; Domenget, T. I, nº 98; Pont, T. I, nº 865, et *Traité des privilèges et hypothèques*, nºs 470 et 657; Aubry et Rau, T. III, § 266, texte et note 49, p. 274, et T. IV, § 411, p. 639. — Contra : Troplong, *Des privilèges et hypothèques*, T. II, nº 510, et *Mandat*, nº 104; Duranton, T. XIX, nº 357 bis; Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 190. — La Cour de Cassation avait d'abord décidé le contraire par ses arrêts des 3 juin 1811, 27 mai 1819 et 5 juill. 1827 (J. P. à leurs dates); elle a depuis consacré le principe énoncé au texte par ses arrêts des 7 févr. 1854

thèque, lorsqu'elle est faite par acte séparé, pouvant être constatée par un acte sous seing privé, une procuration donnée pour faire cette acceptation n'aurait pas besoin d'être notariée. Une procuration authentique serait aussi nécessaire pour consentir une radiation d'hypothèque (art. 2158 C. civ.). Enfin, aux termes de l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844, la cession des brevets d'invention ne pouvant se faire que par acte notarié, la procuration pour l'opérer devrait également être passée par devant notaire (1).

288. — Dans ces différents cas, le défaut d'authenticité dans la procuration aurait pour conséquence la nullité complète du contrat pour lequel elle aurait été donnée, car pour ces actes l'authenticité n'est pas seulement un mode de preuve, mais une condition de forme essentielle à leur validité. Nous ferons cependant exception pour la procuration donnée pour consentir une radiation d'hypothèque. Le conservateur devrait se refuser à radier l'inscription si la main-levée était donnée par un mandataire porteur de pouvoirs sous seing privé ; mais si la radiation était effectuée, elle ne saurait être annulée pour ce seul motif (2).

289. — Dans le Code de procédure, nous trouvons aussi certains cas où une procuration authentique est exigée. Il en est ainsi en vertu des art. 216, 218 et 227 dans les instances de faux incident civil ; en vertu de l'art. 353 pour faire un désaveu, des art. 370 et 384 pour faire une demande en renvoi ou une récusation, de l'art. 511 pour signer une requête de prise à partie.

290. — Lorsque la procuration est notariée, il n'est

(J. P. 1854, 1, 152), 12 nov. 1855 (J. P. 1856, 2, 213) et 19 janv. 1864 (J. P. 1864 908).

(1) Req. 27 avril 1869 (J. P. 1869, 1088).

(2) Aubry et Rau, T. III, § 281, texte et note 15, p. 389.

pas indispensable qu'elle soit dressée en minute ; l'art. 20 de la loi du 25 ventôse an XI permet de la délivrer en brevet. Cependant il peut y avoir doute dans certains cas ; en effet, d'après l'art. 933, une *expédition* de la procuration doit être annexée à la minute de l'acte de donation. La loi du 21 juin 1843 semble aussi exiger les mêmes formes pour la procuration que pour l'acte en vue duquel elle est donnée. Toutefois, les termes de l'art. 933 ne sont pas assez explicites pour qu'on puisse y voir une dérogation au principe général édicté par la loi de ventôse. L'art. 933 a simplement statué sur l'hypothèse où la procuration serait dressée en minute, mais il n'a pas voulu dire que la forme en brevet était interdite. Si telle avait été la pensée des législateurs, ils s'en seraient expliqués formellement comme dans l'art. 932, et cette déclaration formelle aurait été d'autant plus nécessaire, qu'il s'agissait de faire une exception à un principe déjà consacré (1). Quant à la loi du 21 juin 1863, les législateurs se sont seulement occupés de la nécessité de la présence du second notaire ou des deux témoins (2).

291. — Hors les cas que nous venons d'indiquer, le mandant est libre de donner une procuration sous seing privé ; et il peut la dresser sous forme d'acte ou simplement sous forme missive. Il est bien évident que la signature du mandant suffit pour donner à cette pièce toute sa validité ; car la procuration est son œuvre exclusive, et le mandataire n'y contracte aucune espèce d'obligation.

(1) En effet la loi sur le notariat est du 25 ventôse an XI (16 mars 1803), et le titre des donations et successions n'a été décrété que le 14 floréal de la même année (3 mai 1803).

(2) Aubry et Rau, T. VII, § 659, texte et note 7, p. 79 ; Pont, T. I, n° 864 ; Demolombe, T. III, n° 161. — Contra : Duranton, T. VIII, n° 431 ; Troplong, *Des donations*, T. III, n° 1113; Mourlon, *Répét. sur le Code civil*, n° 660; Marcadé, sur l'art. 938.

On ne saurait donc comprendre pour quel motif elle devrait porter la signature du mandataire et être rédigée en double expédition.

292. — Mais lorsque la procuration et l'acceptation sont contenues dans le même acte, il est nécessaire que la signature des deux contractants y soit apposée : celle du mandant puisqu'il délègue ses pouvoirs, et celle du mandataire puisqu'il s'oblige à accomplir la mission qui lui est proposée; faudra-t-il, dans ce cas, que l'acte soit rédigé en double expédition et qu'il soit fait mention de cette formalité ? Cela revient à dire : le mandat est-il un contrat synallagmatique, ou un contrat unilatéral ? La question ne présente aucune difficulté lorsqu'un salaire n'a pas été promis par le mandant; en effet le mandataire seul s'oblige directement par le contrat; quant au mandant, il peut, il est vrai, être tenu de rembourser certaines dépenses au mandataire, mais cette obligation n'existe pas par le fait même du contrat; il n'est tenu à rien dans le principe, et ce n'est que plus tard et par suite d'évènements qui pourront se produire et qui, peut-être, ne se réaliseront pas, qu'il se trouvera obligé.

293. — Si un salaire a été stipulé, le contrat cesse d'être unilatéral. En effet le mandant est tenu de payer le salaire, non comme une conséquence forcée des actes du mandataire, mais en vertu d'une clause formelle du contrat. On objecte que le mandant ne doit le salaire qu'à raison des services rendus et qu'il n'en est pas redevable directement en vertu du contrat, parce qu'il peut éviter de le payer, en révoquant le mandat. Ce droit absolu de révocation accordé au mandant est aussi présenté comme une objection à notre système. Ces objections ne nous semblent pas convaincantes. De ce que le mandant ne doit pas le salaire pour des services qui n'ont pas été rendus,

on ne peut pas en conclure que ce n'est pas en vertu du contrat qu'il est tenu ; il en résulte seulement que le paiement du salaire est subordonné, dans l'intention des parties, à la prestation de ces services ; dans le louage de services également, le maître n'est pas obligé de payer l'ouvrier ou le domestique, si celui-ci pour un motif quelconque ne fait pas le travail promis. Il est vrai que dans ce dernier cas, le maître ne peut résilier le contrat sans indemniser celui qui a loué ses services ; le droit de révocation de la part du mandant est donc une exception spéciale à ce contrat, exception parfaitement explicable d'ailleurs, et qui, dans une certaine mesure du moins, trouve sa réciprocité dans le droit de renonciation accordé au mandataire. Vouloir prétendre que le mandant n'est pas obligé en vertu du contrat à payer le salaire parce qu'il a le droit de se soustraire à cette obligation en révoquant le mandat, n'est donc pas plus juste que de soutenir que le mandataire ne contracte pas d'obligations en vertu du même contrat, parce qu'il a le droit d'y renoncer. D'après l'art. 1102 C. civ. « le contrat est *synallagma-* « *tique* ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent « réciproquement les uns envers les autres. » Le mandat salarié rentre donc bien dans les termes de cet article ; le mandataire s'oblige à accomplir le mandat, le mandant de son côté s'engage à lui payer une certaine somme pour prix de ses services.

Exiger que l'acte qui constate le contrat soit rédigé en double original est en outre conforme à l'esprit de la loi. S'il en était autrement, le mandataire se trouverait à la merci du mandant, qui n'aurait qu'à retenir l'acte pour enlever au mandataire le droit de réclamer le paiement de son salaire (1).

(1) Laurent, T. XXVII, nos 340, 446, et T. XXVIII, no 5 ; Bra-

294. — Lorsqu'un mandat est donné pour contracter un emprunt, est-il nécessaire qu'il soit écrit en entier de la main du mandant, sinon, qu'il porte la formalité du *bon* ou *approuvé* ? La négative est universellement admise par la doctrine et par la jurisprudence(1). La procuration n'est ni une promesse ni un billet par lequel une des parties s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent. Or les dispositions de l'art. 1326 C. civ. consacrant des règles spéciales et dérogatoires au droit commun, doivent être strictement renfermées dans les termes de cet article. On ne saurait même voir d'analogie entre l'hypothèse prévue par cet article, et l'acte donnant pouvoir d'emprunter, d'autant plus qu'un pareil mandat pouvant être illimité, il serait souvent impossible, en fait, de remplir cette formalité.

295. — Dans des cas assez nombreux, une procuration écrite est nécessaire. Il en est ainsi notamment pour représenter les parties dans un acte notarié, l'art. 13 de la loi du 25 ventôse an XI obligeant les notaires à annexer à la minute les procurations des contractants. Mais la production d'une procuration écrite n'est exigée que comme moyen de preuve ; aussi l'inobservation de cette formalité n'influerait-elle en rien sur la validité de l'acte, elle entraînerait seulement contre le notaire contrevenant une amende de cent francs.

296. — Il est généralement admis que pour accepter une succession sous bénéfice d'inventaire ou pour y re-

vard-Veyrières, *Traité des bourses de commerce*, p. 230. — Contra : Duranton, T. XVIII, nos 217 et 272 ; Mourlon, T. III, no 1091 ; Pont, T. I, no 882 ; Aubry et Rau, T. IV, § 341, p. 286, et T. VIII, § 756, p. 226.

(1) Laurent, T. XXVII, no 447 ; Pont, T. I, no 863; Marcadé, sur l'art 1326, no 1. — Req. 6 févr. 1861 (J. P. 1862, 321).

noncer, le procureur n'a pas besoin d'être porteur d'une procuration authentique. En effet, si les art. 784 et 793 C. civ. exigent une déclaration au greffe, c'est dans un simple but de publicité (1). Un mandat écrit ne devrait même pas être considéré comme indispensable, en ce sens que si le greffier rédige l'acte et que le mandataire le signe au nom de l'héritier sans justifier d'une procuration écrite, les tiers ne pourront pas l'attaquer sous le seul prétexte que le mandataire n'avait qu'un pouvoir verbal, alors que l'existence du mandat verbal n'est pas contestée (2). Une semblable hypothèse, bien que possible, se présentera d'ailleurs très rarement ; car le greffier a le droit et même le devoir d'exiger de celui qui se présente pour autrui, la justification de ses pouvoirs, ce qui ne peut être fait qu'au moyen d'une procuration écrite, et d'annexer cette procuration au registre (3).

297. — 2°. *Formes de l'acceptation.* L'acceptation, de même que la procuration, peut être authentique, ou sous seing privé ; mais, à la différence de la procuration,

(1) Duranton, T. VI, n° 472; Demolombe, T. XV, n° 14 ; Pont, T. I, n° 866 ; Aubry et Rau, T. VI, § 602, note 10, p. 399. — Contra : Chabot, *Commentaire sur la loi des successions*, art. 784, n° 4.

(2) Pont, T. I, n° 867. — Contra : Aubry et Rau, T. VI, § 612, note 10, p. 399 et § 613, note 9, p. 411 ; Duranton, T. VI, n° 472 et T. VII, n° 17 ; Demolombe, T. XV, n° 14.

(3) La Cour de Cassation a décidé que la déclaration d'appel en matière correctionnelle exigée par l'art. 203 C. inst. cr., ne peut être faite valablement par un mandataire verbal (Cr. cass. 19 fév. 1836 — D. P. 1836,1,180), à moins que ce ne soit par un avoué; et que pour représenter quelqu'un devant le tribunal de police il faut un pouvoir écrit (Cr. cass. 2 juill. 1859. — J. P. 1860, 503). Toutefois, si le ministère public ne s'est pas opposé à ce que le mandataire verbal soit admis, le jugement ne peut être attaqué (Cr. cass. 29 nov. 1878.— J. P. 1879, 1120). — V. aussi les art. 2185, 4° C. civ., art. 707 C. pr.

aucune forme spéciale n'est jamais exigée ; en effet, l'acceptation n'intéresse que le mandant. Le plus généralement elle n'est pas formellement exprimée, et elle résulte du fait de l'exécution par le mandataire.

Il n'est même pas besoin que le mandataire ait commencé à mettre le mandat à exécution, pour qu'il soit considéré comme acceptant. L'acceptation peut résulter de son silence en recevant la procuration des mains du mandant. Lorsque le mandat a été donné par correspondance, il faut user d'une plus grande circonspection, car le défaut de réponse peut provenir d'un oubli ou d'un empêchement, mais là encore, en combinant le défaut de réponse avec les autres circonstances de la cause, par exemple la profession du mandataire, les habitudes résultant de relations antérieures, on peut en tirer une preuve suffisante de l'acceptation. Ces circonstances spéciales obligent en effet le mandataire à exprimer son refus; s'il ne l'a pas fait, il est tenu comme acceptant, à moins qu'il ne prouve les motifs qui l'ont empêché d'en avertir le mandant (1).

§ 3. — PREUVE DU MANDAT.

298. — Nous avons maintenant à examiner comment se prouvent le mandat et l'acceptation.

Lorsque le mandat et l'acceptation sont constatés par écrit, il n'y a aucune difficulté. Nous devons noter sur ce point une exception introduite par l'art. 1985. En général, une lettre ne peut servir que de commencement de preuve par écrit ; en matière de mandat elle fait preuve

(1) Domenget, T. I, nº 125 ; Troplong, nºs 148 et suiv.; Duranton, T. XVIII, nº 224 ; Pont, T. I, nºs 869 et 870 ; Laurent, T. XXVII, nº 393.

complète. Cette dérogation était nécessaire, si l'on songe que, dans le plus grand nombre des cas, ce contrat se fait par correspondance.

Il se peut que la procuration soit seule écrite et que l'acceptation soit verbale, ou résulte tacitement des faits que nous avons indiqués. Lorsque ces faits sont reconnus, il est évident que chacune des parties a le droit de s'en prévaloir à l'égard de l'autre, pour prouver l'existence du contrat et par suite réclamer l'application des conséquences juridiques qui en découlent. Mais si les actes d'exécution sont contestés par la partie à laquelle on les oppose, l'autre partie peut-elle les prouver par témoins ? Le mandataire le peut, car la procuration est pour lui, sinon une preuve complète, du moins un commencement de preuve par écrit. Quant au mandant qui, pour forcer le mandataire à accomplir le mandat ou réclamer de lui des dommages-intérêts pour exécution incomplète ou mauvaise, viendrait se prévaloir des faits contestés, sa demande d'en faire la preuve par témoins devrait être repoussée. Demander à prouver par témoins des faits matériels pour en tirer ensuite la preuve d'une convention, ce serait en définitive, vouloir prouver par témoins l'existence de la convention elle-même ; et ce genre de preuve n'est admis que pour les contrats dont la valeur est inférieure à 150 francs. L'art. 1985, 2e alinéa, n'a nullement modifié ce principe, car il s'occupe de la question de forme et non de la question de preuve (1).

299. — Lorsque le mandat est verbal, la preuve n'en est admissible, aux termes de l'art. 1985, que conformément au titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles*

(1) Laurent, T. XXVII, nº 456. — Cpr. Pont, T. I, nº 877 ; Troplong, nº 146.

nelles en général. Il faut donc appliquer les principes du droit commun, c'est-à-dire que, lorsque l'objet du mandat est d'une valeur indéterminée ou supérieure à 150 francs, la preuve testimoniale n'en est pas admise, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit (1). Les faits pouvant constituer ce commencement de preuve sont laissés à l'appréciation des juges. C'est ainsi qu'on a considéré une procuration en blanc comme un commencement de preuve par écrit au profit du détenteur (2). Chacune des parties peut aussi avoir recours au serment, ou se baser sur l'aveu de l'adversaire.

300. — Lorsque le mandat est tacite, la preuve s'en trouve naturellement dans les faits eux-mêmes, mais il faut que ces faits soient constants, constatés par écrit, ou non déniés par l'autre partie; la notoriété publique ne serait pas suffisante et ne pourrait être considérée comme une preuve (3); et de même que l'on ne peut prouver par témoins le mandat exprès, de même en cas de méconnaissance on ne peut prouver par témoins l'existence des faits dont on prétend faire découler le mandat. Il est vrai que la preuve testimoniale est admissible, en général, pour prouver des faits matériels, des actes d'exécution, mais il n'en est ainsi qu'autant que ces faits ne sont pas présentés comme la conséquence d'un contrat antérieurement passé (4). Or, précisément, dans l'espèce il s'agirait de prouver par témoins des faits dont l'existence équivaudrait à un contrat qui, aux termes de l'art. 1341, doit être

(1) V. not. Civ. cass. 1 août 1870 (J. P. 1870, 998); Req. 4 mai 1874 (D. P. 1874, 1, 489).

(2) Req. 4 août 1835 (J. P. à sa date).— Cpr. Req. 9 févr. 1880 (J. P. 1880, 477).

(3) Civ. cass. 29 déc. 1875 (J. P. 1876, 1038).

(4) Aubry et Rau, T. VIII, § 762, p. 303.

prouvé par écrit. Celui qui, ayant agi pour autrui, veut réclamer ses déboursés, est évidemment admis à prouver par témoins l'existence de la gestion, mais il ne peut le faire qu'en qualité de *negotiorum gestor*, et sans pouvoir exciper d'une convention (1).

301. — Ce que nous avons dit de la preuve du mandat entre les parties s'applique aussi dans les rapports de ces parties avec les tiers. Lorsqu'on contracte avec une personne qui agit comme mandataire d'une autre, on doit, si l'on est prudent, exiger la preuve de la qualité qu'elle se donne, et il a même été jugé (2) que le débiteur qui paie sa dette entre les mains d'un mandataire a le droit d'obliger celui-ci, non seulement à justifier de sa qualité par une procuration authentique, mais même à lui remettre cette procuration lorsqu'elle est en brevet, pour que la preuve du mandat lui reste toujours entre les mains, et qu'il puisse ainsi opposer sa libération à l'encontre d'une demande nouvelle provenant du créancier. Si le tiers qui s'est trouvé en rapports avec le mandataire ou celui qui s'est présenté comme tel, a négligé cette précaution, il est donc en faute, et nous ne saurions trouver aucun motif valable pour qu'on se départisse en sa faveur des principes édictés par le Code en matière de preuve, alors que rien ne l'obligeait à traiter avec le mandataire, et qu'il ne doit par conséquent s'en prendre qu'à lui-même s'il l'a fait à la légère. Ainsi, toutes les fois qu'un tiers agit contre le mandant en exécution d'un acte passé par le mandataire et que le mandat est méconnu par son adversaire, il ne peut, à défaut de titre ou de commencement de preuve par

(1) Domenget, T. I, nos 124 et 125 ; Troplong, no 142 ; Pont, T. I, nos 873 et suiv. ; Laurent, T. XXVII, nos 454 et suiv.

(2) Orléans, 19 nov. 1859 (J. P. 1860, 751).

écrit, prouver par témoins, par des présomptions, ou par la notoriété publique, l'existence d'un mandat dont la valeur dépasse 150 francs (1). Notons toutefois que le tiers peut se prévaloir des circonstances de la cause, non méconnues par l'adversaire, pour prouver l'existence d'un mandat tacite. En un mot, ce que nous avons dit ci-dessus du mandat tacite s'applique également dans les rapports du mandant avec les tiers.

302.— Il faut observer que jusqu'ici nous n'avons eu en vue que le mandat civil. En matière commerciale, la preuve par témoins étant reçue quel que soit le chiffre des intérêts en jeu, il en ressort par là même que ce mode de preuve peut être employé pour tout mandat verbal ou tacite d'une valeur de plus de 150 francs.

(1) Domenget, T. I, nº 110 ; Pont, T. I, nº 876 ; Aubry et Rau, T. IV, § 411, p. 638 ; Laurent, T. XXVII, nº 453.— Req. 7 déc. 1868 (J. P. 1869, 394) ; Civ. cass. 1er août 1870 (J. P.1870, 998); Civ. cass. 29 déc. 1875 (J. P.1876, 1038). — Contra : Troplong, nº 145 ; Taulier, *Théorie du Code civil*, T. VI, p. 516.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES DE MANDATS AU POINT DE VUE DE L'ÉTENDUE.

§ 1. — Division.

303. — L'art. 1987 distingue deux espèces de mandats: « Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines « affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires « du mandant. » Malgré cette définition donnée par le Code, on est loin d'être d'accord sur ce qu'il faut entendre précisément par un mandat *spécial* et par un mandat *général*.

Quelques auteurs prennent au pied de la lettre les termes de l'art. 1987 et disent : Pour qu'un mandat soit général, il faut qu'il embrasse *toutes* les affaires du mandant, avec pouvoir de faire *tous* les actes juridiques que peut accomplir un mandataire, de sorte qu'un mandat qui ne s'applique qu'à quelques affaires déterminées ou qui, même embrassant la totalité des affaires du mandant, limite à certains actes juridiques les pouvoirs qu'il confère au mandataire, est un mandat spécial (1). Dans ce système, on considère comme un mandat spécial, le mandat conçu en termes généraux dont parle l'art. 1988, quand même il serait relatif à la totalité des affaires du mandant (2).

(1) Duranton, T. XVIII, nº 227 ; Aubry et Rau, T. IV, § 412, p. 640 ; Laurent, T. XXVII, nº 406.

(2) Aubry et Rau, *eod. loc.*, note 2, p. 641. — et les considérants de l'arrêt de Chambéry du 18 févr. 1861 (J. P. 1861, 642).

304. — Un mandat général, tel qu'il est défini dans ce système, n'est guère possible dans la pratique, et c'est ce que fait remarquer un professeur américain : « It is difficult to conceive of the existence of such an agency « practically, inasmuch as it would be to make such an « agent the complete master, not merely *dux facti*, but « *dominus rerum*, the complete disposer of all the rights « and property of the principal. It is very certain that the « law will not from any general expressions, however bro- « ad, infer the existence of any such unusual agency (1). » Aussi, dans un autre système, on soutient que le Code n'a pas voulu dire qu'un mandat est spécial parce que, de la totalité des affaires du mandant, il en a été réservé une ou deux, et par suite on reconnaît deux espèces de procurations spéciales : l'une qui a trait à une ou deux affaires précises à conduire jusqu'au bout avec tous leurs détails, l'autre à un acte isolé d'une certaine affaire mais pas aux autres (2).

305. — Il nous semble que ces systèmes ne répondent pas au sens de la loi. On veut généralement voir dans l'art. 1987 un article à part et sans aucune liaison avec les suivants. A notre avis cet article ne doit pas être séparé de l'art. 1988.

Le mandat spécial de l'art. 1987 est le mandat *unius rei* des Romains, « a special agency properly exists when there « is a delegation of authority to do a *single* act (3); » il y a donc mandat spécial lorsque l'acte est déterminé quant à sa nature, et que de plus il est donné limitativement pour

— Cpr. Le Code de commerce de Russie, art. 474 et suiv. (Anth. de S^{t}-Joseph, *Concordance des codes de commerce*, p. 27).

(1) Joseph Story, *Commentaries on the law of Agency*, 8th edit. Boston 1874, § 21, p. 18.

(2) Troplong, n^{os} 273 et suiv. — Cpr. Pont, T. I, n^{o} 894.

(3) Story, *op. cit.*, § 17, p. 16.

tel ou tels cas prévus. Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que le mandat ne comporte qu'un seul acte ou des actes d'une seule espèce, il suffit qu'ils soient tous limitativement spécifiés. Dans ce cas il y a en réalité, non pas un seul mandat, mais une série de mandats contenus dans le même contrat.

Un mandat est général, lorsque le nombre des cas pour lesquels il est donné, les circonstances dans lesquelles il doit servir, ne sont pas indiqués, quelle que soit d'ailleurs l'étendue des pouvoirs, qu'ils soient limités à un genre d'actes ou d'agissements, ou qu'ils comprennent l'ensemble des opérations nécessitées par l'administration d'une branche de commerce ou d'un domaine.

L'étendue du pouvoir spécial étant toujours et nécessairement fixée par le contrat, les législateurs n'avaient pas à s'en occuper. Pour le mandat général il en était autrement; car ce mandat pouvant ne pas indiquer la nature des actes à accomplir, il appartenait à la loi d'en fixer les limites; c'est ce qu'elle a fait dans l'art. 1988. Il était d'autant plus nécessaire qu'elle se prononçât, qu'il y avait une controverse dans notre ancien Droit entre les commentateurs sur les pouvoirs que conférait une procuration générale suivant qu'elle était *cum libera*, ou *simpliciter*. [V. n° 75].

Cette liaison des deux articles 1987 et 1988 ressort d'ailleurs clairement des discours prononcés au Conseil d'Etat et au Tribunat (1). Nous distinguons donc les mandats : en mandat spécial et en mandat général, ce dernier se subdivisant en mandat conçu en termes généraux ou mandat d'administration, et en mandat exprès.

306. — Pour montrer que tel est bien le système de la

(1) Favard de Langlade, *Motifs, rapports, etc.*, T. I, p. 688 et 690; Locré, T. XV, p. 234 et 246.

loi, il nous suffira de rappeler une chose : c'est que toutes les fois que le Code parle d'un mandat spécial, il entend un mandat indiquant nominativement l'affaire pour laquelle il est donné, et ce mandat serait insuffisant, MM. Aubry et Rau le reconnaissent eux-mêmes, « si, tout en « déterminant la nature de l'acte à passer, il laissait au « mandataire la liberté de faire usage de son pouvoir tou« tes les fois que l'occasion s'en présenterait (1). » S'il en est ainsi, pourquoi parler un autre langage que celui du Code, et traiter de mandat spécial, ainsi que le font journellement les auteurs et les arrêts, un mandat simplement exprès. Cela ne peut servir qu'à produire de la confusion.

Lorsqu'on parle d'un mandat spécial on peut se demander alors de quelle espèce de mandat spécial il s'agit. Aussi, la voyons-nous exister souvent, cette confusion, dans les considérants des arrêts, et le motif en est qu'on n'est pas fixé d'une manière suffisante sur le sens des mots. C'est ainsi que les arrêts de la Cour de Cassation des 19 mai 1840 et 15 février 1853 (2) déclarent qu'un mandat donné par une femme à son mari pour emprunter, hypothéquer, céder ses reprises, est un *pouvoir général* qui n'embrasse dès lors que les *actes d'administration* aux termes de l'art. 1988, tandis qu'on peut lire dans d'autres arrêts de la même Cour (3) qu'un mandat pour emprunter est *spécial* et non général, bien que le nombre des emprunts ne soit pas limité. Nous ne critiquons pas les décisions quant au fond, tout au contraire; mais la forme laisse à désirer, car il semble étrange qu'un mandat soit général lorsqu'il est donné entre certaines personnes, et que le même man-

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 412, p. 641. — Cpr. Pont, T. I, nº 904.

(2) J. P. 1840, 2, 480, et 1853, 1, 513.

(3) Civ. rej. 6 déc. 1858 (J. P. 1859, 506) et Req. 6 févr. 1861 (J. P. 1862, 321).

dat soit considéré comme spécial quand il intervient entre d'autres personnes. La confusion entre le mandat spécial et le mandat exprès se rencontre surtout dans un arrêt de Chambéry du 18 février 1861 (1), et elle eut pour résultat de faire rendre à la Cour une décision manifestement contraire à la loi, décision qui devait être, et fut en effet, cassée par la Cour suprême (2).

307. — Nous avons à examiner quelle est l'étendue d'un mandat conçu en termes généraux, pour quels actes un mandat exprès est nécessaire, enfin dans quels cas la loi exige un mandat spécial.

§ 2. — ÉTENDUE DU MANDAT CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX.

308. — Le projet de l'article 1988, tel qu'il était présenté au Tribunat, sans reproduire l'ancienne différence entre la procuration générale *simpliciter* et la procuration *cum libera*, faisait cependant une distinction au point de vue de l'étendue des pouvoirs accordés au mandataire, suivant la manière dont le mandat était conçu. Voici quelle était cette distinction : « Ou le mandat accorde « simplement au mandataire le pouvoir de faire tout ce « qui lui semblera convenable aux intérêts du mandant, « et alors le mandat n'embrasse que les actes de simple « administration, — ou il exprime que le mandataire « pourra faire tout ce que le mandant lui-même serait « habile à faire, et, dans ce cas, le mandat embrasse les « actes de propriété comme ceux d'administration (3). » Par suite des observations du Tribunat sur l'inconvénient qu'il y aurait à faire dépendre l'étendue du mandat de

(1) J. P. 1861, 642.

(2) Civ. cass. 1er févr. 1864 (J. P. 1864, 749).

(3) Favard de Langlade, *Motifs, etc.*, T. II, p. 635; Locré, T. XV, p. 220.

l'usage de certains mots sacramentels, et sur la nécessits d'exiger une clause expresse pour autoriser l'aliénation ou l'hypothèque, la rédaction fut modifiée en ce sens que, quels que soient les termes employés par le mandant, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

309. — Il est bien impossible de donner une nomenclature de tous les faits qui peuvent être qualifiés d'actes d'administration. On peut dire, d'une manière générale, que les actes d'administration sont ceux qui ont pour objet la conservation des droits du mandant, l'entretien et l'amélioration de ses biens, sans porter aucune atteinte à ses droits de propriété. Le mandataire général peut donc:

310. — 1° Passer des baux d'une durée ordinaire, c'est-à-dire des baux de neuf années au maximum. Cette limitation que le Code consacre pour les administrateurs légaux, doit être appliquée aux mandataires conventionnels. C'est un point qui n'est pas contesté. Mais par identité de motifs, on doit décider aussi que si le bail avait été passé pour plus de neuf années, le mandant ne pourrait en demander la nullité que pour ce qui dépasse cette période. Cependant dans certains cas un bail de plus de neuf ans devrait être considéré comme valable; il en serait ainsi d'un bail de terrains incultes donné pour les défricher et les mettre en culture; car en pareil cas le preneur ne peut passer qu'un bail à long terme pour pouvoir s'indemniser des frais faits sans profit dans les premières années. Cette décision, tirée de Pothier, doit être suivie, étant tout-à-fait dans l'intérêt du propriétaire (1).

Le mandataire peut aussi congédier les fermiers ou loca-

(1) Pothier, *Du mandat*, n° 148. Ed. Dupin, T. IV, p. 284.— Sic : Pont, T. I, n° 923; Troplong, n° 280.

taires, et quand ils ne remplissent pas leurs obligations faire prononcer en justice la résiliation des baux.

309. — 2° Passer les conventions relatives à l'entretien des immeubles et des choses mobilières, et traiter à cet effet avec les entrepreneurs et ouvriers ; mais il doit veiller à l'entretien seulement et ne pas faire des dépenses voluptuaires ou exagérées. Comme conséquence de cette obligation, il peut se trouver, lorsqu'il n'a pas de fonds disponibles, dans la nécessité de faire des emprunts pour subvenir à ces dépenses ; toutefois ces emprunts ne lui sont permis que dans le cas d'absolue nécessité, dans la limite de l'indispensable et aux conditions les moins onéreuses pour le mandant ; il devrait même, si la chose était possible, prendre l'autorisation de ce dernier. Pour faciliter cet emprunt et comme conséquence de cette faculté d'emprunter, peut-il consentir une hypothèque au prêteur ? C'est en vain qu'on prétendrait que, puisque le principal, c'est-à-dire l'emprunt, est permis au mandataire, l'accessoire qui constitue même le moyen d'y parvenir, doit lui être également accordé ; l'hypothèque est un acte de propriété qui est interdit expressément au mandataire par l'art. 1988 (1). D'ailleurs, pour que le doute pût naître, il faudrait que la procuration générale du mandataire fût authentique ; ce qui se présente rarement dans la pratique.

312. — 3° Recevoir ce qui est dû au mandant ; il peut toucher non seulement les intérêts, mais aussi les capitaux actuellement exigibles et en donner bonne et valable décharge. Par suite, il a la capacité nécessaire pour donner main-levée des inscriptions hypothécaires qui garantissaient le paiement. Ses pouvoirs sont toujours limités à la

(1) Pont, T. I, n° 925 ; Troplong, n° 286 ; Laurent, T. XXVII, n° 426. — Contra : Pothier, n° 160. Ed. Dupin, T. IV, p. 290 ; Domenget, T. I, n° 170.

faculté de recevoir le paiement tel qu'il est réglé par le contrat; il ne pourrait recevoir un paiement d'une autre nature, et à plus forte raison, consentir une novation (1).

313. — 4° Faire l'emploi des sommes recueillies selon les instructions qu'il a reçues; à défaut d'instructions spéciales, il doit consulter le mandant, et dans le cas d'impossibilité, employer les capitaux à l'entretien des choses dont il a l'administration, au paiement des dettes, au rachat des rentes, et pour le surplus se conformer aux habitudes du mandant s'il les connaît; sinon acheter des immeubles, des rentes sur l'Etat ou des valeurs industrielles d'une solidité reconnue.

314. — 5° Payer les créanciers. C'est essentiellement un acte de bonne administration que de payer des dettes, pour lesquelles les créanciers pourraient saisir les biens du mandant; car une saisie, outre l'espèce de déshonneur qui y est attaché, occasionne des frais qui augmenteraient d'autant le montant de ces dettes. Il s'agit uniquement, bien entendu, des dettes dont les créanciers pourraient obtenir le paiement forcé à défaut de libération volontaire, c'est-à-dire des dettes civiles actuellement exigibles. Le mandataire n'a donc pas qualité pour éteindre des obligations naturelles ou rembourser des dettes à terme, sauf cependant en ce dernier cas, si elles portaient intérêt et s'il avait entre les mains des capitaux improductifs appartenant au mandant.

Le mandataire n'a pas plus le droit, en faisant qu'en recevant un paiement, de s'écarter du contrat, quand bien même une novation ou une *datio in solutum* seraient plus avantageuses au mandant. S'il le faisait et qu'il y eût avantage évident, le mandant serait, il est vrai, tenu d'accepter l'opération, mais en vertu de l'art. 1375 C. civ.; les

(1) Pont, T. I, nos 913, 914. — Cpr. Troplong, n° 288.

règles de la gestion d'affaires seraient applicables (1).

315. — 6° Vendre les fruits, les récoltes, le croît des animaux, etc. Bien que l'art. 1988 C. civ. exige un mandat exprès, il est évident que les aliénations dont nous venons de parler rentrent dans les attributions d'un administrateur ; car ce sont là des choses dont la nature est d'être vendues, et vendues à certaines époques, sous peine de détérioration ou de perte.

Quant aux meubles incorporels, l'aliénation en est interdite, car ils ne sont pas sujets à dépérissement. Une restriction est nécessaire cependant ; cette défense ne s'applique pas en effet aux billets ou meubles incorporels qui sont employés comme paiement dans les usages ordinaires. Il en est ainsi des billets de la Banque de France et des effets de commerce qui peuvent être remis au même titre que des espèces pour le paiement des dettes du mandant (2).

316. — 7° Intenter les actions personnelles et mobilières et y répondre. Le mandataire général peut poursuivre les débiteurs et leur faire tous commandements, sommations et assignations ; c'est la conséquence du droit qui lui est accordé d'exiger ce qui est dû au mandant. Réciproquement, il peut défendre aux actions par lesquelles les créanciers du mandant poursuivent leur paiement ; mais il ne peut intenter d'actions immobilières.

Dans l'exercice des actions qu'il peut poursuivre au nom du mandant, le mandataire ne jouit pas de droits aussi étendus que le mandant aurait lui-même. En effet, il n'a que des droits d'administrateur, et dès lors il ne peut compromettre, proroger les juridictions, acquiescer aux jugements, ni transiger (art. 467 C. civ.). Ne pou-

(1) Laurent, T. XXVII, n° 421. — Contra : Pont, T. I, n° 918.
(2) Laurent, T. XXVII, n° 425.

vant transiger, il lui est également interdit de déférer le serment à son adversaire (1). Quant à lui, le plus souvent le serment ne peut pas lui être déféré, puisque, aux termes de l'art. 1359 C. civ., le serment ne peut l'être que sur un fait personnel à la partie qui doit le prêter. Il est possible cependant que la contestation porte sur un fait personnel au mandataire et qu'il soit mis en demeure de prêter le serment sur ce point. Son serment, s'il le prête, profitera au mandant, mais son refus ne pourrait nuire aux intérêts de celui-ci (2).

317. — 8° Faire tous les actes conservatoires des droits du mandant. Le mandataire général peut donc faire pratiquer des saisies-arrêts et des saisies mobilières. Quant aux saisies immobilières, l'art. 556 C. pr. exige que pour y procéder l'huissier soit muni d'un pouvoir spécial; on pourrait en conclure que le mandataire, s'il n'a pas lui-même l'autorisation formelle de la faire pratiquer, ne peut délivrer ce pouvoir spécial. Quelques auteurs le décident en ce sens (3) en se basant sur les frais considérables qu'entraîne une pareille saisie. Cette argumentation ne peut empêcher que la saisie immobilière ne soit souvent indispensable pour sauvegarder les droits du mandant, et qu'il ne soit dès lors d'une bonne administration d'y avoir recours. Elle rentre donc dans les pouvoirs du mandataire général (4).

(1) Duranton, T. XVIII, n° 230; Domenget, T. I, n° 177; Aubry et Rau, T. VIII, § 753, p. 185; Laurent, T. XXVII, n°s 429 et 430. — Contra : Troplong, n° 294; Pont, T. I, n° 916; Pothier, n° 156. Edit. Dupin, T. IV, p. 287; Dalloz, *Rép.* v° *Mandat*, n° 81.

(2) Aubry et Rau, T. VIII, § 753, p. 186; Pont, T. I, n° 919.

(3) Troplong, n° 290. — Cpr. Pothier, n° 151. Edit. Dupin, T. IV, p. 285.

(4) Domenget, T. I, n° 175; Laurent, T. XXVII, n° 422. — Cpr. Paris, 25 mai 1831; voir cep. Colmar, 5 mars 1832 (J. P. à leurs dates).

Le mandataire peut aussi requérir des inscriptions ou des renouvellements d'hypothèques, faire tous les actes interruptifs de prescription, et intenter toutes actions possessoires contre les tiers qui viendraient porter atteinte à la propriété du mandant.

318. — Un mandataire général ne pourrait accepter, même sous bénéfice d'inventaire, une succession échue au mandant, ni y renoncer. Cependant Pothier, qui admet bien qu'une procuration générale n'emporte pas le pouvoir d'accepter une succession, reconnaît au mandataire le droit d'y renoncer lorsqu'il est poursuivi par les créanciers héréditaires et que le maître est trop éloigné pour pouvoir être consulté (1). Mais les termes de l'art. 1998 s'opposent à ce que cette faculté puisse être accordée au mandataire général. La renonciation à une succession n'est jamais un acte d'administration, elle constitue un abandon de droits qui ne peut être fait sans un mandat exprès (2).

319. — A l'égard des legs soit universels soit particuliers, Pothier pense également que le mandataire peut en demander la délivrance (3). Quand aux legs particuliers nous admettons sans peine son opinion ; le mandataire les réclame comme toute autre dette due au mandant. Pour les legs universels ou à titre universel, soit qu'on reconnaisse que le légataire est tenu des dettes *ultra vires bonorum*, soit même qu'on reconnaisse qu'il n'en est tenu que *intra vires successionis*, nous pensons que le mandataire n'a le droit de former aucune demande sans une autorisation spéciale (4). En effet, l'acceptation peut amener des procès, des contestations d'intérêts avec les autres héritiers, et

(1) Pothier, nº 163. Ed. Dupin, T. IV, p. 292.

(2) Pont, T. I, nº 933; Aubry et Rau, T. IV, § 412, p. 642 ; Laurent, T. XXVII, nº 431.

(3) Pothier, nº 161. Ed. Dupin, T. IV, p. 291.

(4) Pont, T, I, nº 934.

le mandant ne peut être censé avoir, par un simple mandat d'administration, voulu laisser au mandataire la faculté de l'entraîner dans ces difficultés. En outre cette faculté supposerait dans le mandataire le droit de provoquer un partage, d'assister à la liquidation, choses qui ne peuvent être considérées comme des actes d'administration.

§ 3. — ACTES POUR LESQUELS UN POUVOIR EXPRÈS EST NÉCESSAIRE.

320. — Un mandat exprès est nécessaire pour tous les actes autres que les actes de simple administration, et notamment :

1° Pour les actes ayant pour résultat direct de porter atteinte aux droits de propriété du mandant. Telle est l'aliénation des immeubles, soit à titre gratuit soit à titre onéreux, la constitution d'hypothèques ou de servitudes. Il en est ainsi de l'aliénation soit volontaire soit même forcée ; dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, par exemple, le mandataire ne peut accepter à l'amiable une indemnité sans une autorisation expresse. Un pouvoir conçu en termes généraux est aussi insuffisant pour que le mandataire acquiesce à la demande formée par un propriétaire en vertu de la loi du 29 avril 1845 pour la conduite sur le terrain du mandant des eaux nécessaires à l'irrigation de propriétés éloignées. L'art. 1988 est formel (1).

Pour la vente des meubles, un pouvoir exprès n'est nécessaire que si cette aliénation n'a pas le caractère d'un acte d'administration [V. n° 315] ; mais une donation de meubles, de quelque nature qu'ils soient, ne peut être faite qu'en vertu d'un pouvoir exprès ; il faut en excepter

(1) Pont, T. I, n° 927. — La Cour de Montpellier a cependant décidé le contraire par arrêt du 22 mai 1871, joint à Req. 4 juin 1872 (J. P. 1872, 721).

toutefois les donations manuelles de peu d'importance et à titre de gratification.

321. — 2° Pour les actes emportant renonciation à des droits, par exemple pour renoncer à une succession ou à la communauté (1), pour transiger, pour acquiescer à un jugement.

322. — 3° Pour les conventions ayant pour objet de soustraire les parties aux formes protectrices de la loi; tels sont les compromis, les prorogations de juridictions.

323. — 4° Pour les actes dont le résultat possible est de créer des engagements illimités ou d'occasionner dans la suite, soit des embarras, soit des pertes d'argent; par exemple pour accepter une succession même sous bénéfice d'inventaire, un legs universel ou à titre universel, pour emprunter.

324. — 5° Enfin dans les cas où la loi l'exige expressément. Il en est ainsi pour l'acceptation des donations (art. 933 C. civ.). Antérieurement au Code, l'art. 5 de l'Ordonnance de 1731 permettait que les donations fussent acceptées par un procureur général.

§ 4. — CAS DANS LESQUELS IL FAUT UN MANDAT SPÉCIAL.

325. — Nous avons vu qu'il ne faut pas confondre le mandat spécial avec le mandat exprès. Le mandat exprès est général en ce sens qu'il habilite le procureur à faire tel acte dans toutes les occasions qui se présenteront, sans spécifier le cas dans lequel seul l'usage en est permis. Ainsi une procuration à l'effet d'accepter une donation n'a pas besoin d'être spéciale; d'après l'art. 933 C. civ., il suffit qu'elle contienne pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou pourraient être faites. Un pouvoir

(1) Domenget, T. I, n° 188; Laurent, T. XXVII, n° 431. — V. cep. en sens contraire: Nîmes, 19 avril 1839 (J. P. 1839, 1, 529).

pareil, bien qu'exprès, ne suffit pas toujours, et dans certains cas déterminés la procuration doit être spéciale, c'est-à-dire indiquer le cas pour lequel elle est donnée.

326. — La spécialité est exigée tantôt d'une manière absolue à raison même de la nature de l'acte, tantôt d'une manière relative et dans les rapports entre certaines personnes seulement.

327. — Dans le code civil, un mandat spécial est nécessaire : pour représenter les parties intéressées devant l'officier de l'Etat civil (art. 36), pour faire opposition au mariage (art. 66), pour représenter les parents au conseil de famille (art. 412), pour faire un aveu judiciaire (art. 1356 C. civ. et 352 C. pr.) avec cette double restriction toutefois, à savoir qu'un aveu fait par un mandataire sans pouvoir spécial est opposable néanmoins au mandant, s'il porte sur des faits personnels au mandataire accomplis dans l'exercice et les limites de sa gestion (1), et que la nullité d'un aveu passé par un officier ministériel n'existe pas de plein droit, mais doit être demandée par une procédure spéciale.

Bien que le Code ne le dise pas expressément, un mandat spécial doit aussi être exigé de la personne qui se présente devant le juge de paix ou le notaire pour reconnaître au nom d'une autre un enfant naturel, pour représenter les parties dans un contrat d'adoption, ou pour faire au nom du père la déclaration d'émancipation de son enfant. Le mandat doit de toute nécessité spécifier le nom de l'enfant qui doit être reconnu, adopté ou émancipé.

On admet également, pour un motif facile à comprendre, que le mandataire chargé par le mari de demander la nullité du second mariage de sa femme, dans l'hypothèse de l'art. 139 C. civ., doit en justifier par un mandat spécial.

(1) Aubry et Rau, T. VIII, § 751, p. 171.

328. — Dans le Code de procédure nous trouvons également la spécialité de la procuration obligatoire : pour parapher les pièces faisant l'objet d'une instance en vérification d'écriture (art 198) ; pour faire la déclaration exigée par l'art. 216 de la part du défendeur à une instance de faux incident; pour la déclaration d'inscription de faux au greffe (art. 218); pour représenter les parties à la confection du procès-verbal de la pièce arguée de faux (art. 227); pour récuser des experts (art. 309) ; pour autoriser un avoué à faire des offres, un aveu, donner un consentement dans le cours d'une instance (art. 352); pour faire un désaveu (art. 353); pour proposer une demande en renvoi (art. 370) ou une récusation (art. 384) ; pour représenter une partie devant le tribunal de commerce (art. 424)(1); pour signer une requête de prise à partie (art. 511); pour affirmer un compte (art. 534) ; pour autoriser l'huissier à procéder à une saisie immobilière et à une contrainte par corps (art. 556); dans le cas de saisie-arrêt, pour la déclaration et l'affirmation de la dette du tiers saisi (art. 572).

329. — Le Code d'instruction criminelle, dans l'art. 31, exige que les dénonciations soient rédigées et signées par les dénonciateurs ou leurs fondés de procuration spéciale.

(1) La cour de Paris a jugé, par un arrêt du 6 mars 1880 (J. P. 1881, 197), que le tribunal peut exiger que la signature du mandant soit légalisée, lorsque le mandat est donné sous seing privé. Tel est l'usage à Paris, lorsque les parties ne se font pas représenter par un agréé. — Le Code de commerce de Belgique exige également un mandat spécial de la part de celui qui se présente pour agir au nom d'autrui devant le tribunal de commerce. Mais à la différence de notre Code, il limite les personnes qui peuvent être choisies comme mandataires. Ce sont : les avocats, les avoués, les personnes que le tribunal agrée spécialement dans chaque cause (art. 61 et 62, L. 18 juin 1869).

Pour représenter une personne devant le tribunal de simple police, une procuration spéciale est nécessaire (art. 152). Il en est de même pour représenter un prévenu devant le tribunal correctionnel, lorsque le mandataire n'est pas un avoué. Enfin la déclaration d'appel d'un jugement correctionnel doit être faite au greffe par un fondé de pouvoir spécial (art. 204); il nous semble donc que c'est contrairement aux termes précis de la loi, que la Cour de Cassation a décidé qu'il suffisait d'un mandat donnant, d'une manière générale, le pouvoir d'appeler de tout jugement (1). Un pouvoir spécial n'est pas exigé des avoués, même quand ils n'ont pas représenté les parties en première instance (2).

330. — Dans certains cas, la nécessité d'une procuration spéciale n'existe que d'une manière relative, c'est-à-dire entre certaines personnes seulement. Il en est ainsi pour les mandats donnés par une femme mariée, même à son mari, pour vendre, emprunter, hypothéquer, etc., en vertu des art. 223 et 1538 C. civ.; nous en avons donné les motifs [n° 257].

(1) Cr. rej. 28 janv. 1813 (J. P. à sa date).

(2) Cr. rej. 23 janv. 1813 (J. P. à sa date); Cr. cass. 11 mars 1848 (J. P. 1848, 1, 719).

CHAPITRE V.

DES EFFETS DU MANDAT ENTRE LES PARTIES.

SECTION I.

OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

§ 1er — ACCOMPLIR LE MANDAT.

331. — I. En acceptant le mandat, le mandataire prend l'engagement d'accomplir les actes qu'il comporte; et le défaut d'exécution peut le rendre passible de dommages-intérêts envers le mandant. Toutefois, comme le mandataire rend généralement un service gratuit, nous verrons qu'il peut renoncer au mandat, tant que les choses sont entières; et c'est cette faculté appartenant au mandataire qui a fait ajouter à l'art. 1991 ce correctif : « tant qu'il en demeure chargé. »

332. — II. Le mandataire ne doit pas s'en tenir à un commencement d'exécution; il doit conduire jusqu'au bout l'affaire dont il s'est chargé. Nôtons en outre, que par suite de cette exécution partielle, il a perdu le droit de renoncer au mandat. En effet cette exécution, bien mieux qu'une promesse, marque l'intention bien arrêtée du mandataire de se charger du mandat; et surtout, il ne peut compromettre les intérêts du mandant en abandon-

nant son affaire inachevée. Nous exceptons les cas où des motifs graves le forceraient à se démettre de ses fonctions.

333. — III. Le mandataire, en principe, doit agir par lui-même; le mandat est en effet, du moins le plus souvent, un contrat fait *intuitu personæ* (art. 1237). Le mandat est chose de confiance; si le mandant a donné sa procuration à telle personne plutôt qu'à telle autre, c'est qu'il voulait probablement s'assurer le concours de ses lumières et de son expérience, et quand le mandataire a promis ce concours qui lui était demandé, il ne peut pas manquer à son engagement, se décharger sur un autre des obligations qu'il a prises, transmettre les pouvoirs confiés à sa bonne foi à une personne à laquelle le maître n'aurait peut-être jamais voulu confier le soin de ses intérêts (1).

334. — Il ne faut pas cependant pousser ce principe à l'extrême ; et bien que MM. Delamarre et Lepoitvin avancent que « la loi romaine ne prévoit même pas le cas « d'une substitution » (2), il nous semble que les textes ne peuvent laisser douter que le fait de se substituer un tiers dans l'exécution du mandat, ne fût parfaitement autorisé à Rome. [V. nº 80].

On a prétendu que cette faculté accordée par le Droit romain au mandataire, lui avait été refusée dans notre ancien Droit, du moins par Pothier (3) ; mais Pothier n'a jamais été aussi loin qu'on a voulu le dire. Il pose, il est vrai, en tête du paragraphe, ce principe qui paraît être général dans ses termes : « Il est évident que le manda-

(1) Story, § 13, p. 12.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 194.

(3) Troplong, nº 447 ; Domenget, T. I, nº 314 ; Pont, T. I, nº 1016 ; Aubry et Rau, T. IV, § 413, note 14, p. 645.

« taire en ce cas » (c'est-à-dire lorsqu'il a fait, non par lui-même, mais par un substitué, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de se substituer une autre personne pour la faire), « a excédé les bornes « du mandat, et que ce qui a été fait n'oblige pas le man- « dant, s'il ne juge pas à propos de le ratifier (1).» Mais la suite du paragraphe montre bien qu'il parle dans l'hypothèse où le mandant a défendu *expressément* la substitution. En effet, il dit immédiatement après : « La seule « question, qui peut faire difficulté, est de savoir si, « lorsque la procuration ne permet expressément, ni ne « défend expressément au mandataire de substituer une « autre personne, pour faire à sa place l'affaire dont il est « chargé, ce pouvoir doit être présumé lui être accordé « par la procuration. » C'est alors qu'il résout la question par une distinction très rationnelle en tenant compte de l'intention présumée du mandant. L'affaire est-elle difficile, exige-t-elle de la prudence, de l'habileté, alors le maître a donné le mandat en prévision des talents du mandataire, et on ne peut supposer qu'il lui ait donné la permission de substituer une autre personne à sa place; il y a défense tacite de substituer. Mais si l'affaire n'exige ni habileté, ni connaissances spéciales, peu importe au mandant par qui elle soit faite, et il est présumé avoir laissé au mandataire le pouvoir de substituer.

Pothier n'a donc pas complètement abandonné le Droit romain ; il a peut-être renfermé la faculté de substituer dans des bornes plus étroites, et il n'a fait, jusqu'à un certain point, que suivre l'opinion de Cujas, lequel avait cru voir dans un texte du Digeste, que, pour les affaires

(1) Pothier, nº 99. Ed. Dupin, T. IV, p. 258.

importantes, le mandataire ne devait pas laisser à un autre le soin d'accomplir le mandat (1).

335. — Nous avons maintenant à examiner si, dans notre législation, le mandataire a le droit de se substituer quelqu'un dans sa gestion, et, dans le cas d'affirmative, si ce droit est absolu ou s'il est restreint dans les limites tracées par Pothier.

336. — Quelques auteurs (2) se montrent encore plus rigoristes que Pothier, et refusent en toute circonstance au mandataire la faculté d'employer une autre personne à la gestion dont il était chargé ; ils croient trouver un appui à leur doctrine dans l'art. 1994 qui rend le mandataire responsable des agissements de celui qu'il s'est substitué. C'était la doctrine de Casaregis : « Industria « et fides mandatarii censetur semper electa, ideo alie- « num substituere non potest (3) ; » et ce semble être aussi la doctrine actuelle du Droit des Etats-Unis : « One, « who has a bare power or authority from another to do « an act, must execute it himself, and cannot delegate « his authority to another... The reason is plain : for, « there is an exclusive personal trust and confidence re- « posed in the particular party. And hence is derived the « maxim of the common law : *Delegata potestas non po-* « *test delegari*... It seems also to be the general rule of « the Scottish law (4). »

Les auteurs qui soutiennent ce système sont obligés

(1) Cujas, *Comment. in lib. III, Pauli ad Edict. ad leg. 11 et 13 de pactis.*

(2) Troplong, nº 450 ; Domenget, T. I, nºs 312 et suiv.; Bédarride, *Des Commissionnaires*, nº 42 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 194.

(3) Casaregis, *Discursus legales de commercio*, Florence, 1729, Disc. 36, nº 5.

(4) Story, § 13, p. 12. — D'après l'art. 403 du projet de loi

eux-mêmes, après avoir posé une règle aussi générale, de faire certaines réserves, réserves qui leur étaient commandées par l'intérêt du mandant. Supposons en effet que le mandataire se trouve malade, ou dans l'impossibilité d'agir au moment nécessaire, et qu'il soit si urgent de terminer l'affaire que les délais nécessaires pour en donner avis au mandant suffisent pour tout compromettre; « alors, » dit Troplong, « le mandat reçoit de la nécessité « une interprétation plus large. On suppose qu'il renfer- « me implicitement la condition qu'en cas de péril en la « demeure, le mandataire est autorisé à se donner un « remplaçant (1).» Il ne reconnaît ce droit au mandataire qu'autant qu'à l'empêchement du mandataire se joint l'impossibilité d'avertir en temps utile le mandant. Lorsque les circonstances sont telles que l'affaire ne doive pas souffrir du retard, le mandataire doit s'arrêter et s'abstenir.

337. — Nous ne saurions admettre une doctrine aussi absolue. D'abord, ainsi que Pothier le faisait remarquer si judicieusement, il n'est pas toujours vrai de dire que le mandat est donné *intuitu personæ* ; car, dans les affaires de peu de gravité, qu'importe au mandant par qui elles soient faites. En outre, la discussion de l'art. 1994 C. civ. au Conseil d'Etat, met en pleine évidence que, bien loin de méconnaître les droits du mandataire à se substituer un tiers, on les lui a reconnus d'une manière formelle.

Le consul Cambacérès trouvait nécessaire de défendre

fédéral de la Suisse : « Le mandataire est tenu d'exécuter per- « sonnellement le mandat, à moins qu'il ne soit autorisé à le « transmettre à un tiers, ou qu'il n'y soit contraint par les cir- « constances. »

(1) Troplong, nº 467 ; Domenget, T. II, nº 326. — V. cep. Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 195 ; Bédarride, nº 42.

expressément au mandataire de substituer lorsqu'il n'y avait pas été autorisé par le mandant. Cette proposition fut aussitôt combattue par Treilhard, Tronchet et Berlier. Treilhard répondit qu'on pourrait permettre au mandataire de substituer tant que cette faculté ne lui aurait pas été *refusée* par le mandant. Le consul Cambacérès ayant répliqué qu'il lui paraissait plus naturel de faire résulter la défense du silence du mandant, parce que celui-ci répugne souvent à l'exprimer, Treilhard objecta les inconvénients qu'occasionnerait cette prohibition, par exemple lorsque le mandataire se trouve malade ou empêché d'agir, et il conclut en disant qu'il lui paraissait convenable au contraire de forcer le mandant à exprimer clairement sa volonté lorsqu'il veut borner sa confiance à un mandataire immédiat. Berlier appuya cette conclusion en faisant observer que le mandat est gratuit de sa nature, et qu'en matière de bons offices, il ne faut pas faire la loi trop dure à celui qui les rend, que la responsabilité édictée par l'art. 1994 constituait une garantie suffisante pour le mandant. Cambacérès se rendit à ces observations (1).

Le discours du tribun Tarrible est aussi formel sur ce point : « Comme dans presque toutes les affaires qui font « l'objet d'une procuration, le mandataire est obligé de « substituer d'autres personnes pour l'exécution de quel- « que partie du mandat, il a paru convenable aux auteurs « du projet de généraliser cette faculté, et de tolérer dans « tous les cas qu'un mandataire se substitue une autre « personne dans la gestion, lors même qu'il n'en a pas « reçu le pouvoir (2). »

338. — Il ne faut donc pas dire avec M. Bédarride,

(1) Favard de Langlade, *Motifs*, *rapports*, *etc.*, T. II, p. 636; Locré, T. XV, p. 224.

(2) Favard de Langlade, T. I, p. 693; Locré, T. XV, p. 253.

« que le silence de la procuration sur la faculté de se « substituer, est pour le mandataire civil, la négation « absolue du droit (1), » en d'autres termes, que le mandataire commet une faute en déléguant ses pouvoirs à un tiers, dans le silence du mandat (2).

Il convient d'abord de bien se fixer sur le sens de ce mot *substituer*, car malheureusement ce mot se trouve employé pour exprimer deux cas bien différents. Il est évident que le mandataire, sans un pouvoir formel, ne peut pas se substituer, en ce sens qu'il ne peut se décharger complètement du mandat pour le transmettre à une autre personne, de telle sorte que celle-ci se trouve seule mandataire, seule responsable vis-à-vis du mandant; mais il peut se substituer en ce sens que, tout en restant mandataire responsable, il peut, à ses risques et périls, charger un tiers d'accomplir à sa place tout ou partie du mandat (3).

(1) Bédarride, nº 42.

(2) Troplong, nº 447; Domenget, T. I, nº 312. — La Chambre des Requêtes a décidé conformément à notre système que l'exécuteur testamentaire n'est pas tenu d'agir en personne et qu'il peut faire remplir par un fondé de pouvoir spécial, tous les devoirs qui lui sont imposés par le testament. Req. 26 mai 1829 (J. P. à sa date). Une exception à ce principe existe dans la loi du 24 juill. 1867; l'art. 22 est ainsi conçu : « Les sociétés « anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires « à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les asso- « ciés. — Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un direc- « teur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un man- « dataire étranger à la société et dont ils sont responsables en- « vers elle. »

(3) Aubry et Rau, T. IV, § 413 texte et note 14, p. 645; Duranton, T. XVIII, nº 250; Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, sur l'art. 1994, T. IV, p. 100; Pont, T. I, nº 1017; Laurent, T. XXVII, nºs 482 et suiv.

339. — Nous n'irons pas cependant jusqu'à dire qu'il faut une défense expressément formulée de la part du mandant, pour enlever au mandataire cette faculté; il importe surtout de s'attacher à l'intention des parties, de rechercher si véritablement le mandant avait un intérêt à ce que l'opération fût faite par le mandataire en personne; car ce serait alors le cas d'appliquer l'art. 1237, aux termes duquel « l'obligation de faire ne peut être acquittée « par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce der- « nier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui- « même. » C'est donc la décision de Pothier sur ce point qui doit être suivie de nos jours; et les tribunaux sont juges souverains pour apprécier si, des circonstances de la cause, ne résulte pas la preuve qu'il avait été tacitement convenu que le mandataire aurait seul le droit d'agir. Le mandataire qui ne tiendrait aucun compte de cette prohibition tacite, excéderait alors véritablement les bornes de son mandat de même que si la prohibition était expresse, et il engagerait par suite sa responsabilité.

340.— Enfin le mandant peut donner expressément au mandataire le pouvoir de se substituer un tiers dans l'accomplissement du mandat, et il peut même indiquer la personne à laquelle le mandataire devra remettre ses pouvoirs en cas d'empêchement.

Il y a même des cas où le pouvoir de substituer sera nécessairement sous-entendu; c'est lorsque la loi exige dans l'agent certaines qualités spéciales qui ne se rencontrent pas dans le mandataire; pour exécuter le mandat, le mandataire est donc forcé de le transmettre à une personne remplissant ces conditions. Il en est ainsi pour les mandats d'agir en justice, d'acheter des rentes sur l'Etat ou autres effets publics.

Le pouvoir de substituer résulte aussi implicitement de la remise d'une procuration en blanc.

Ces différentes hypothèses ont une grande importance au point de vue de la responsabilité du mandataire, ainsi que nous le verrons plus loin.

341. — IV. Le mandataire doit accomplir le mandat tel qu'il lui est donné.

Cette obligation s'applique d'abord au mode d'exécution, lorsque plusieurs mandataires ont été nommés, soit par le même acte, soit par des actes séparés avec clause que les premiers ne sont pas révoqués. Pour savoir de quelle manière les comandataires doivent agir, il faut donc se reporter à l'acte de constitution. Le mandant peut leur enjoindre de gérer conjointement, de telle sorte qu'un seul ne puisse agir sans le concours des autres, ou limiter leurs fonctions à des actes distincts et déterminés. Dans le premier cas, tout acte fait contrairement à cette disposition n'est pas obligatoire pour le mandant, et si l'un des mandataires refuse son concours, les autres, pour couvrir leur responsabilité, n'ont qu'à lui faire sommation d'avoir à exécuter le mandat. Dans le second cas, il y a autant de contrats séparés que de mandataires. Il faut cependant faire cette observation que, lorsque les mandats ont été donnés par actes séparés, les mandataires nommés les premiers ne sont pas obligés par les clauses insérées dans les mandats postérieurs, s'ils n'y ont pas adhéré d'une façon expresse. Autrement, elles sont pour eux *res inter alios acta*.

Il arrive souvent que l'acte est muet sur la manière dont les mandataires devront agir; il faut rechercher dans ce cas l'intention présumée du mandant. Lorsque les actes à accomplir ne présentent aucun caractère spécial de difficulté ou d'importance, le mandant doit être censé avoir

consenti à ce que chacun des mandataires puisse agir seul : le Code le décide ainsi pour les exécuteurs testamentaires (art. 1033); dans le cas contraire, s'il s'agit par exemple d'une transaction sur une affaire importante ou embrouillée, il est à présumer que le mandant n'a choisi plusieurs mandataires que pour avoir le concours de leurs lumières et de leur science (1).

342. — En second lieu, cette prescription s'applique à la nature des opérations à accomplir, et la volonté du mandant doit être observée aussi bien en ce qui concerne les qualités substantielles des actes, ou qualités *intrinsèques*, que relativement à la manière de les exécuter, ou qualités *extrinsèques* (2).

Le mandataire doit donc se conformer à toutes les conditions de lieu, de prix, de provenance, de valeur. Il ne peut acheter plus cher que ne le permet son mandat; acheter des choses de qualité différente quand même les conditions seraient beaucoup plus avantageuses. Nous répéterons donc le principe du Droit romain, que le mandataire ne peut rendre la condition du mandant ni meilleure, ni pire. Il doit s'en tenir strictement à ce qui lui est commandé; c'est à celui pour le compte de qui l'opération est faite, à la régler comme il l'entend; il est le maître de ses affaires, et le mandataire ne peut substituer sa propre volonté à celle du mandant.

Mais, comme en Droit romain aussi, il faut entendre dans ses justes limites ce principe que le mandataire ne peut rendre meilleure la condition du mandant, c'est-à-dire en ce sens qu'il ne peut faire une chose différente de celle qui lui est ordonnée, sous le prétexte qu'elle serait plus

(1) Pont, T. I, nº 1035; Domenget, T. I, nºs 347 et suiv.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 230; Casaregis, Disc. 119, nº 4.

avantageuse au mandant; il ne faut pas le pousser plus loin, et il est à peine besoin de dire que, si tout en étant rigoureusement conforme aux prescriptions du mandat relatives à la nature des choses, à leur provenance et à leur valeur, l'opération a moins coûté ou plus rapporté au mandant, celui-ci, bien loin de pouvoir s'en plaindre, ne doit que des remerciements à son mandataire pour avoir sagement géré ses intérêts.

343. — Le mandataire doit en outre, lorsque le mandat est formel sur ce point, en suivre exactement les indications au point de vue du mode d'exécution, observer l'ordre des opérations, l'époque à laquelle elles devront être accomplies. Si le mandant a fixé une époque, à partir de laquelle le mandat ne pourra plus être exécuté, que cette époque soit indiquée d'une manière expresse, ou qu'elle ressorte de l'usage auquel est destiné l'objet du mandat, l'exécution tardive doit rester pour le compte du mandataire. Si, d'un autre côté, le mandataire devance l'époque fixée pour l'exécution, le mandant conserve ses droits de révocation jusqu'à cette époque, et s'il en use, il n'est pas obligé par les conséquences de l'opération (1).

344. — Lorsque le mandat comprend plusieurs opérations, le mandataire n'est pas astreint à suivre dans l'exécution un ordre quelconque, si ces opérations sont distinctes et n'ont aucun lien entre elles, soit par leur nature, soit dans l'intention du mandant; il en est autrement lorsque l'une des opérations est la conséquence de l'autre, ou que, du moins dans l'intention du mandant, l'une ne doit être exécutée que si l'autre a pu être régulièrement accomplie. Ainsi une personne donne le mandat de recouvrer une créance, puis avec l'argent en provenant, d'ache-

(1) Civ. rej. 14 janv. 1880 (J. P. 1880, 739).

ter certaines marchandises; le mandataire est en faute s'il commence par acheter les marchandises, et si, pour une cause quelconque, il ne peut ensuite recouvrer la créance, il est responsable envers le mandant, qui peut-être n'ordonnait l'achat que pour faire l'emploi de ces sommes.

345.— Le mandataire, avons-nous dit, doit aussi observer le mode d'exécution fixé par le contrat. Par exemple, si le mandant a ordonné que les expéditions soient faites par chemin de fer, le mandataire ne peut les faire par mer, sans engager sa responsabilité. A défaut de mode fixé, il doit se conformer à sa manière d'agir habituelle dans ses rapports avec le mandant, ou enfin, aux usages.

346. — Si le mandat est muet sur les actes à faire, sur la manière d'agir, ce qui a lieu lorsque le mandat est conçu en termes généraux, ou lorsque la procuration donne le pouvoir d'agir au mieux des intérêts du mandant, le mandataire jouit d'une plus grande liberté d'action; il est alors juge de l'opportunité des actes et de la conduite à tenir; et tant qu'il reste dans les limites du mandat, le mandant ne peut critiquer ses actes s'il n'y a pas faute ou fraude de sa part, et simplement pour le motif qu'il aurait préféré que telle chose fût faite au lieu de telle autre, ou qu'en agissant d'une autre manière les dépenses eussent été moins considérables et le profit plus grand. S'il a négligé de donner des instructions plus précises, c'est qu'il s'en est rapporté au mandataire auquel il a laissé le choix des actes et des moyens. Le mandataire n'a donc d'autres limites que cette règle : agir en bon père de famille.

§ 2. — RESTER DANS LES LIMITES DU MANDAT.

347. — Le mandataire a deux écueils à éviter. Il doit accomplir tout son mandat et ne rien faire au-delà; or, il est souvent difficile de savoir exactement jusqu'où vont les actes permis, et où ils s'arrêtent. Pour résoudre cette difficulté, il faut s'attacher non-seulement aux termes du mandat, mais aussi à la nature des actes pour lesquels il est donné et à l'intention présumée du mandant ressortant des circonstances dans lesquelles ou à l'occasion desquelles il est intervenu.

348. — Ainsi nous avons vu ce que peut comprendre un mandat conçu en termes généraux, et les actes qui, en général, peuvent être accomplis par le mandataire; mais il est évident qu'ils doivent varier suivant les circonstances. S'agit-il par exemple d'un mandat pour administrer des immeubles, le mandataire ne peut pas prêter l'argent du mandant, tirer en son nom des lettres de change, etc. Supposons au contraire qu'un mandat soit donné par un banquier d'administrer une succursale, ce mandat, bien que général comme le précédent, donne au mandataire le droit de faire des prêts, des avances, et tous les actes habituels qui constituent les opérations de banque.

349. — Lorsqu'il s'agit d'un mandat spécial, la difficulté n'est guère moins grande. Voici cependant les principes qu'on peut poser à ce sujet :

1° Le mandataire n'excède pas ses pouvoirs lorsque, en outre de la chose elle-même, il accomplit les actes nécessaires pour arriver à son exécution, ainsi que les accessoires et les dépendances de cette chose. C'est l'application de l'art. 1135 : « les conventions obligent, non-seu-
« lement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les
« suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obliga-

« tion d'après sa nature. » Loin de constituer un excès de pouvoir, c'est donc pour lui une obligation à laquelle il ne peut se soustraire sans se rendre responsable.

C'est ainsi que le mandataire chargé d'acheter un immeuble doit requérir la transcription du contrat d'acquisition ; qu'une personne chargée de prêter des fonds sur hypothèque doit s'occuper de l'inscription de l'hypothèque; que le mandat d'accepter une donation renferme le pouvoir de notifier l'acceptation ; que le mandat de recouvrer une lettre de change ou un billet à ordre emporte l'obligation de faire protester en cas de besoin, car pour que le protêt puisse être efficace, il doit être fait dans un très court délai.

Mais il ne faudrait pas regarder comme accessoires les opérations qui, bien qu'étant une suite naturelle de l'objet du mandat, n'en sont pas moins distinctes; par exemple, le mandat de vendre n'emporte pas nécessairement et en règle générale le pouvoir de toucher le prix et par conséquent de faire commandement de payer (1); nous verrons cependant tout-à-l'heure une exception à cette règle. A plus forte raison le mandat de toucher une créance ne donne pas le droit de poursuivre le débiteur et de faire des saisies, même des saisies conservatoires.

2° Le mandataire reste dans les limites de ses pouvoirs lorsqu'il fait une chose qui y est implicitement comprise. Nous venons de dire qu'en règle générale celui qui a mandat de vendre n'a pas pouvoir de toucher le prix ; cependant, lorsqu'il s'agit de meubles et que le mandat ordonne au mandataire de vendre au comptant sans désigner la personne qui devra toucher l'argent, un pareil mandat

(1) Troplong, n° 323; Pont, T. I, n° 951; Aubry et Rau, T. IV, § 412, p. 642.

contient nécessairement le pouvoir pour le mandataire de toucher le paiement, puisqu'il lui est défendu de se dessaisir de la chose tant qu'il n'en a pas reçu le prix. Il en serait de même si le mandat était muet et n'accordait pas expressément le pouvoir d'accorder des délais, car, à moins d'un pouvoir exprès, le mandataire ne peut vendre à terme sans outrepasser ses droits.

Le pouvoir de se concilier donné à une personne chargée d'en représenter une autre devant le juge de paix siégeantcomme conciliateur, emporte le pouvoir de transiger, de passer des aveux, de reconnaître une dette (1). Le mandat de se désister et de transiger, donne aussi au mandataire le pouvoir de renoncer à une exception de procédure(2). Le mandataire chargé de recouvrer une créance a par cela même mandat d'en donner quittance, et main-levée des hypothèques qui la garantissent. Le mandat de payer les dettes d'une personne, les ouvriers d'un entrepreneur par exemple, peut, suivant les cas, contenir le pouvoir d'emprunter à cet effet (3).

350. — Les juges ont un certain pouvoir discrétionnaire pour reconnaître, d'après les intentions présumées du mandant, les actes qui paraissent être compris dans un mandat; ainsi on a jugé, dans un cas où une procuration avait été donnée par un père pour assister et autoriser sa fille au contrat de mariage et régler les clauses et conditions civiles de ce contrat, que le mandataire avait valablement consenti une hypothèque sur les biens du père pour sûreté de la dot qui avait été constituée en ren-

(1) Douai, 13 mai 1836 (J. P. 1837, 2, 103).
(2) Req. 26 mars 1834 (J. P. à sa date).
(3) Bordeaux, 9 fév. 1829 (J. P. à sa date). — Pont, T. I, nº 943; Laurent, T. XXVII, nº 440.

tes (1). En effet dans l'espèce, bien que la procuration ne donnât pas expressément le pouvoir d'hypothéquer les biens du mandant, les juges avaient pu voir, dans les faits de la cause, que le père s'en était rapporté au mandataire quant aux clauses du contrat, ayant principalement en vue la conclusion de ce contrat, sans se préoccuper des moyens pour y parvenir. On peut citer encore, dans le même sens, un arrêt de Bruxelles du 29 mai 1806, qui déclare valable l'hypothèque consentie sur un immeuble par un mandataire, bien qu'il eût seulement le pouvoir de le vendre, parce que le but principal du mandant avait été de se procurer une somme d'argent dont il avait besoin, et que la vente n'avait été ordonnée par lui que comme un moyen pour en obtenir (2). Ce sont là des décisions d'espèce, basées simplement en fait, et qu'il est impossible de généraliser.

351. — A l'exception des actes qui rentrent dans les cas que nous avons indiqués, le mandataire ne peut rien faire en dehors des termes formels de son mandat. «Formal « instruments of this sort are ordinarily subjected to a « strict interpretation, and the authority is never extended « beyond that, which is given in terms, or which is neces- « sary and proper for carrying the authority so given into « full effect (3). »

Le Code, après avoir posé la régle dans l'art. 1989, en donne l'exemple suivant : « Le pouvoir de transiger ne « renferme pas celui de compromettre. » En effet la transaction et le compromis sont deux choses bien différentes;

(1) Paris, 17 mars 1827 (J. P. à sa date).

(2) Bruxelles, 29 mai 1806 (S. V. coll. nouv. 2, 2, 149).— Cpr. Req. 8 nov. 1869 (J. P. 1870, 35), et 20 mars 1876 (D. P. 1876, 1, 328).

(3) Story, § 68, p. 90.

le mandant qui déclare s'en rapporter à la transaction conclue par son mandataire, ne manifeste pas par là l'intention de remettre la décision de ses affaires à des personnes qu'il ne connaît pas. D'ailleurs, bien que le compromis soit une espèce de transaction, on peut voir que le Code ne les met pas sur la même ligne ; le tuteur peut transiger en remplissant certaines formalités, il ne peut jamais compromettre (1).

Le mandat de transiger par médiation d'arbitres ne donne pas non plus le pouvoir de compromettre. La différence entre la transaction, même par médiation d'arbitres, et le compromis est en effet facile à comprendre: la transaction proposée par les arbitres n'est pas obligatoire pour les parties qui peuvent la repousser si elle ne leur convient pas ; au contraire la décision rendue par les arbitres nommés en vertu d'un compromis est un véritable jugement auquel les parties sont obligées de se soumettre (2).

352. — Le mandat de poursuivre une saisie immobilière donne-t-il au mandataire le droit de se rendre adjudicataire au nom du mandant ? Le motif qui peut en faire douter est que l'art. 690 C. pr. (ancien art. 697) exige que le poursuivant fixe une mise à prix. Si le mandataire a le droit de fixer une mise à prix, il a par cela même mandat pour se rendre adjudicataire, puisque, s'il ne se présente pas d'enchérisseur sur cette mise à prix, il reste de droit adjudicataire. Mais ce serait là tirer de l'art. 690 C. pr. des déductions qu'il ne comporte pas. En effet, de ce que le mandataire est forcé de remplir les formalités de la mise à prix, il n'en résulte pas pour lui le droit de se mêler aux enchères et d'acheter pour le compte du mandant. Son mandat lui donne implicitement le droit de fixer

(1) Laurent, T. XXVII, nos 432 et suiv.
(2) Aix, 6 mai 1812 (J. P. à sa date).

une mise à prix, soit ; mais là s'arrêtent ses pouvoirs, et il ne peut aller plus loin sans se mettre en opposition avec l'art. 1988 C. civ. (1).

353. — Pour apprécier l'étendue d'une procuration, il ne faut pas d'ailleurs s'en rapporter seulement aux termes employés par le procureur, termes qui par leur généralité semblent s'appliquer à tous les cas, il faut en outre l'éclairer par la pensée qui l'a inspirée ; et de même que, en nous basant sur l'intention présumée du mandant, nous avons considéré comme implicitement compris dans la procuration des faits qui cependant n'y étaient pas exprimés, de même on doit restreindre les pouvoirs dans les limites fixées dans l'intention de celui-ci. Un mandataire qui a reçu un pouvoir discrétionnaire, ne peut donc être considéré comme ayant des pouvoirs illimités; ils sont renfermés dans la mesure du but à atteindre, et les actes faits en vertu de ces pouvoirs ne doivent être considérés comme légitimes, qu'autant qu'ils ont trait à l'accomplissement de ce but.

En vertu du même principe, on doit décider que le mandat d'emprunter et d'hypothéquer ne donne pas au mandataire le droit de consentir des hypothèques pour des dettes antérieurement contractées ; la pensée présumée du mandant est d'autoriser le mandataire à donner des garanties seulement pour les emprunts à venir. De même aussi le mandat de donner à bail une terre du mandant, sans autre désignation, ne confère au mandataire que le droit de constituer des baux ordinaires, parce qu'il est présumable que si le mandant avait voulu permettre la location pour un temps plus long, il s'en serait expliqué

(1) Req. 1 avril 1839 (J. P. 1839, 2, 314) ; Pont, T. I, nº 940 ; Dalloz, vº *Mandat*, nº 119.

formellement. Mais comme dans tous ces cas il s'agit d'apprécier la volonté du mandant, on serait admis à prouver, par les circonstances qui ont motivé ou accompagné le mandat, que l'intention du mandant était bien d'autoriser le mandataire soit à accorder des hypothèques à des créanciers dont la créance était antérieure au mandat, soit à consentir une location de plus de neuf années (1).

354. — Il nous reste à parler de l'étendue du mandat tacite; nous l'avons indiquée d'une manière générale pour quelques uns de ces mandats les plus usuels [V. nos 276 et suiv.], et nous nous bornerons à poser les principes généraux suivants : Si le mandat tacite résulte de la répétition d'un ou de plusieurs actes accomplis avec l'approbation tacite du maître, il est limité aux actes de même nature. S'il résulte des rapports existant entre les parties, il est limité aux faits qui sont généralement considérés comme rentrant dans un mandat de cette nature. S'il ressort de l'emploi de l'agent dans une fonction particulière, il a ses limites dans les actes qui rentrent habituellement dans cette fonction; et pour terminer, nous citerons la règle donnée par Story, règle aussi précise qu'il soit possible d'en faire une dans une matière où les questions de fait occupent nécessairement une très large place : « An implied agency is never construed to extend be- « yond the obvious purposes for which it is apparently « created (2). »

(1) Cpr. Paris, 27 nov. 1813 (J. P. à sa date). — Lorsqu'un mandat verbal est reconnu par les parties, il a été jugé que le tribunal a un pouvoir souverain pour en apprécier l'étendue d'après les circonstances de la cause. Civ. rej. 26 nov. 1878. (J. P. 1879, 147).

(2) Story, § 87, p. 111.

§ 3. — APPORTER A LA GESTION LES SOINS D'UN BON PÈRE DE FAMILLE.

355. — Nous avons à examiner, dans ce paragraphe, quelle est l'étendue de la responsabilité du mandataire, quand elle se trouve engagée, la nature des condamnations qui peuvent être prononcées contre lui, et enfin les défenses qu'il peut opposer à l'action du mandant.

A. — Etendue de la responsabilité du mandataire,

356. — La responsabilité du mandataire peut, comme toute autre chose, être réglée par la convention; et cette clause du contrat doit être observée, soit qu'elle rende le mandataire responsable de toutes les fautes même les plus légères, *levissima culpa*, soit au contraire qu'elle le décharge de toute responsabilité. La convention des parties peut donc pousser jusqu'aux plus extrêmes limites la responsabilité du mandataire, et même mettre à sa charge les pertes résultant des cas fortuits; mais d'un autre côté, quand bien même elle l'exonérerait de toute responsabilité, il est un point qu'elle ne peut dépasser et où commencerait la responsabilité malgré toute clause contraire, c'est lorsque la bonne foi a cessé de la part du mandataire. Les parties ne peuvent donc convenir que le mandataire ne répondra pas de son dol; une pareille clause serait nulle. Toutefois, si elle avait été insérée dans le contrat, elle n'aurait pas pour effet de l'annuler dans son entier; cette clause, n'étant qu'une clause complètement accessoire et totalement distincte du but principal du contrat, devrait simplement être considérée comme non avenue, et les actes accomplis de bonne foi par le mandataire ne pourraient être critiqués par le mandant.

357. — Lorsque le contrat est muet sur la question de responsabilité, c'est alors qu'il faut l'appliquer telle qu'elle est réglée par le Code. D'après l'art. 1992 C. civ., « le mandataire répond non seulement du dol, mais « encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. » Quant au dol, il n'y a pas de difficulté possible; mais on peut se demander de quelles fautes entend parler le Code. En Droit romain, nous avons vu qu'il était généralement admis que le mandataire était tenu de toutes ses fautes, même les plus légères. Dans notre ancien Droit, Pothier, pour apprécier la responsabilité, prenait une autre base, et la déterminait d'après la nature de l'affaire. Le mandataire était tenu *de levissima culpa*, ou seulement *de levi culpa*, suivant que l'affaire était de nature à exiger le plus grand soin, ou qu'elle ne demandait qu'un soin ordinaire (1).

Notre Code a, en matière de fautes, posé un principe général qui s'écarte de celui qui était admis par le Droit romain et par les commentateurs. Ce principe général, qui est formulé par l'art. 1137, soumet toute personne qui, à un titre quelconque, est obligée de veiller à la conservation de la chose d'autrui, à l'obligation d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Ainsi plus de distinction entre la *culpa lata*, la *culpa levis* et la *culpa levissima*, entre les contrats qui ont pour objet l'utilité des deux parties et les contrats de bienfaisance. Nos législateurs ont voulu abroger cette division « plus ingénieuse « qu'utile dans la pratique », suivant les termes de Bigot-Préameneu (2). Au lieu de « ces idées subtiles », ils ont recherché « la simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le

(1) Pothier, n° 49. Ed. Dupin, T. IV, p. 230.
(2) Favard de Langlade, *Motifs, rapports, etc.*, T. I, p. 430.

« cœur », suivant les expressions du même orateur. On n'a dès lors qu'une seule base d'appréciation ; pour savoir s'il n'y a pas responsabilité, on examine si un bon père de famille, c'est-à-dire un administrateur soigneux, aurait ou n'aurait pas commis la faute.

Il faut observer toutefois qu'à ce principe général l'art. 1137 reconnait des exceptions ; et il porte dans sa partie finale : « cette obligation est plus ou moins étendue rela-« tivement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, « sont expliqués sous les titres qui les concernent. » Il convient donc de rechercher si l'art. 1992 qui règle l'étendue de la responsabilité du mandataire est un de ces articles qui l'aggravent ou la diminuent, et si, par conséquent, on doit l'entendre dans le sens du plus ou du moins.

358. — Avant de répondre à cette question, il est un fait à noter, c'est que la responsabilité du mandataire n'est pas la même dans tous les cas. La simple raison indique en effet, qu'une personne qui rend un service purement gratuit, qui n'agit que dans l'intérêt du mandant et n'a d'autre but que de lui être agréable, doit être moins rigoureusement traitée que celle qui, en acceptant le mandat, a eu en vue son intérêt encore plus que celui du mandant, qui agit non plus seulement en vue de rendre service, mais de gagner un salaire. Dès que le Code admettait que le mandat peut être salarié, il était donc nécessaire de traiter différemment celui qui agit dans une idée de lucre et celui qui agit par amitié. C'est ce qu'a fait l'art. 1992 : « La responsabilité relative aux fautes est « appliquée moins rigoureusement à celui dont le « mandat est gratuit, qu'à celui dont le mandat est sa-« larié. »

Ceci posé, est-ce pour le mandat salarié ou pour le

mandat gratuit qu'il faut apprécier la responsabilité d'après l'art. 1137 C. civ.? Il nous paraît certain que l'art. 1992 n'a pas eu pour but d'édicter contre le mandataire une responsabilité plus grande que celle qui existe dans les autres contrats commutatifs, et qui a pour base typique la conduite d'un bon père de famille. Dès que le mandataire a agi comme un administrateur consciencieux, on ne peut rien exiger de plus. Vouloir rendre le mandataire responsable des fautes qu'on ne pourrait éviter sans les soins les plus attentifs et les plus minutieux, lui tenir compte de la *levissima culpa*, ce serait véritablement exiger l'impossible. Le mandataire a-t-il agi avec tout le soin que le mandant pouvait raisonnablement attendre de lui, il n'est pas responsable; autrement il est en faute, et tenu de réparer le préjudice qu'il a fait éprouver.

Quand le mandat est gratuit, le mandataire répond aussi de ses fautes; seulement on doit se montrer moins rigoureux, et les juges peuvent écarter la responsabilité dans des cas où elle devrait être prononcée si un salaire avait été promis. Faut-il dire dans ce cas, comme pour le dépositaire, qu'il lui suffit d'apporter aux affaires du mandant le soin qu'il met aux siennes propres? (1) Nous ne le pensons pas; l'art. 1992 ne le dit pas comme l'art. 1927, et même les termes de cet article indiquent parfaitement que, tout en étant appliquée d'une façon moins rigoureuse, la manière d'apprécier les fautes dans le mandat gratuit est la même que dans le mandat salarié (2). Le mandataire ne saurait donc faire excuser sa mauvaise administration en prétextant qu'il n'est pas plus diligent dans ses propres affaires, car, ainsi que le disait Cons-

(1) Clamageran, nº 315; Troplong, nº 393.
(2) Cpr. Pont, nº 991.

tantin dans une constitution : « Nam suæ quidem quisque « rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed « pleraque ex proprio animo facit, aliena vero negotia « exacto officio geruntur (1). »

Quand il s'agit d'apprécier s'il y a faute de la part du mandataire, il faut donc dans tous les cas, que le mandat soit gratuit ou salarié, prendre un terme de comparaison *in abstracto*. Il faut tenir compte de l'habileté présumée qui doit appartenir à la profession du mandataire, mais son habileté personnelle ne doit pas être prise en considération, car s'il ne se sentait pas à la hauteur de la tâche, il devait refuser le mandat. Faisons cependant une réserve qu'indique Pothier, et qui est avec raison adoptée. Si le mandataire ne s'était pas offert, mais n'avait accepté le mandat que sur les instances réitérées du mandant qui connaissait son incapacité, on ne pourrait exiger de lui plus qu'il n'est capable de faire (2).

B. — Quand le mandataire est responsable.

359. — La responsabilité du mandataire commence du jour même où il a accepté le mandat, soit expressément, soit tacitement. Dès lors il est responsable, soit qu'il n'exécute pas le mandat, soit qu'il l'accomplisse avec négligence, d'une façon incomplète ou contraire aux ordres qu'il a reçus. En ce qui concerne ce dernier point, une distinction doit cependant être faite entre les conditions intrinsèques et les conditions extrinsèques du mandat. L'inobservation des premières entraîne toujours la responsabilité du mandataire, qnand même il prétendrait

(1) Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra,* 21, const. Constantin.

(2) Pothier, nº 49. Ed. Dupin, T. IV, p. 230; Troplong, nº 388; Pont, T. I, nº 1000.

avoir agi pour procurer un bénéfice au mandant : « In « all such cases », dit Story, « the question is not whe- « ther the party has acted from good motives and without « fraud, but whether he has done his duty, and acted « according to the confidence reposed in him (1). » L'inobservation des secondes n'a pas par elle-même de semblables conséquences; si le but est atteint, peu importent les moyens employés pourvu qu'ils n'entraînent pas de plus fortes dépenses pour le mandant; mais en employant d'autres modes d'exécution que ceux indiqués par le contrat, le mandataire répond du résultat; il s'en fait assureur, suivant l'expression de MM. Delamarre et Le Poitvin (2).

Il serait tout à la fois inutile et impossible de donner une nomenclature de tous les faits qui peuvent constituer en faute le mandataire, et par suite le rendre responsable. Nous avons indiqué les principales obligations du mandataire; toutes les fois qu'il néglige de les remplir, il se rend passible de dommages-intérêts, que la faute soit *in committendo* ou *in omittendo*. D'autre part, lorsque le mandat est muet sur les choses à faire spécialement et sur les moyens à employer pour l'exécution, nous avons vu la base sur laquelle on doit s'appuyer pour déterminer s'il y a faute; cela suffit pour reconnaître quand le mandataire est responsable.

360.— En outre de l'exécution du contrat en lui-même, il est certaines obligations accessoires dont l'inaccomplissement peut quelquefois constituer en faute le mandataire. Ainsi il doit tenir le mandant au courant de tous

(1) Story, § 192, p. 239.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 248. — Cpr. Troplong, nº 367; Domenget, T. I, nº 210.

les faits qui peuvent l'intéresser touchant l'exécution du mandat, et qui peuvent être de nature à l'engager soit à révoquer complètement ses ordres, soit à les modifier. Il doit aussi garder le secret, lorsque la discrétion est nécessaire à la réussite des opérations dont il est chargé.

Le mandataire est en outre tenu de veiller à la garde et à la conservation des objets qui lui ont été confiés pour l'accomplissement du mandat, ou que, par suite de son exécution, il a reçus pour le compte du mandant, en un mot, de toutes les choses dont il est dépositaire ; toutefois ce ne sont pas les règles du dépôt qui lui sont applicables quant à sa responsabilité, mais celles du mandat.

361. — Le mandataire est responsable non seulement de ses actes personnels, mais aussi quelquefois de ceux d'autrui.

Nous avons vu que le mandataire peut se substituer une personne dans la gestion et que plusieurs hypothèses sont à distinguer. Ou le mandant a indiqué dans la procuration celui que le mandataire pouvait se substituer; ou il a donné le pouvoir de substituer, sans désignation de personne ; ou la procuration est muette sur ce point ; ou elle défend la substitution.

362. — 1° Dans la première hypothèse, le substitué est l'agent direct du mandant dont il tient ses pouvoirs ; le mandataire primitif s'efface donc, et il ne peut être tenu d'une gestion à laquelle il ne prend aucune part. Il peut se faire cependant que tout en nommant un substitué, le mandant n'ait pas dispensé de toute responsabilité le mandataire primitif ; rien ne s'oppose à ce qu'il le charge d'une mission de surveillance sur le substitué ; mais ce ne serait que pour défaut de surveillance que le mandataire pourrait être rendu responsable, et non pour la gestion elle-même.

Pour que la substitution produise ces effets, il faut d'ailleurs que les conditions suivantes se trouvent remplies :

a. que le mandataire primitif n'ait pas continué à s'immiscer dans la gestion ;

b. qu'il ait transmis au substitué tous les renseignements et documents nécessaires pour l'exécution du mandat ;

c. que la substitution ait été faite conformément au mandat. Cette condition s'applique : *α.* aux cas dans lesquels elle est autorisée ; le mandant peut en effet laisser le mandataire libre de substituer ou de ne pas substituer selon son bon plaisir, ou lui ordonner de substituer en fixant les cas dans lesquels la substitution devra être faite, en la subordonnant par exemple à un empêchement sérieux du mandataire ; — *β.* à la personne du substitué. Il peut se faire cependant que le mandataire ne doive pas remettre les pouvoirs à la personne indiquée dans le contrat ; c'est lorsqu'il apprend des faits de nature à enlever au mandant toute confiance dans celle-ci, par exemple, sa faillite ou sa déconfiture. S'il passait outre, il serait responsable. Le mandataire est aussi déchargé de toute faute pour n'avoir pas fait la substitution, lorsque le substitué refuse. Dans ces deux cas, il est tenu d'avertir le mandant et d'attendre ses ordres ; en cas d'urgence, il serait autorisé à choisir lui-même un substitué (1).

363. — 2° Lorsque le mandataire a nommé un substitué suivant l'autorisation qui lui était donnée, le substitué devient encore le mandataire direct du mandant et prend la place du substituant qui est complètement dégagé. Mais comme c'est le mandataire qui est chargé du choix, il doit

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 191 ; Bédarride, nº 53.

apporter dans ce choix la bonne foi et le soin qui est exigé de lui dans l'accomplissement de toute prescription du mandat. Il est donc responsable s'il fait un mauvais choix, et tenu de réparer tout le préjudice qui en est résulté pour le mandant. Mais il ne répond que de son choix considéré en lui-même, et non de ses conséquences ; c'est donc au moment où il a été fait qu'il faut se placer pour apprécier la responsabilité. Le substitué remplissait-il à ce moment toutes les conditions voulues d'honnêteté et et de solvabilité, le mandataire n'est pas responsable, quand même les affaires du substitué se seraient dérangées dans la suite ou qu'il aurait géré avec négligence et mauvaise foi. L'art. 1994 indique d'ailleurs dans quels cas le choix du mandataire est répréhensible, c'est lorsque la personne substituée est notoirement incapable ou insolvable. On n'exige donc pas du mandataire une enquête approfondie de la capacité ou de la situation pécuniaire du substitué; il n'est même pas nécessaire que le substitué soit notoirement capable et solvable ; et cette solution doit être admise sans distinction entre le mandat gratuit et le mandat salarié. Les termes de l'art. 1994 sont absolus et ne permettent aucune distinction (1).

Les règles que nous venons de donner sont applicables aux cas où le pouvoir de substituer résulte implicitement de la nature des actes dont est chargé le mandataire. Doivent-elles aussi être appliquées lorsque, dans le silence du mandat, le mandataire a fait une substitution par suite de l'impossibilité où il était d'agir et d'en avertir le mandant ? Il faut répondre affirmativement, si c'était une obligation pour le mandataire d'agir ainsi ; négative-

(1) Pont, T. I, n° 1021 ; Domenget, T. I, n° 322. — Contra : Troplong, n° 455 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 202.

ment, dans le cas contraire. Si l'on se reporte à la discussion de l'art. 1994 au Conseil d'Etat, il semble que d'après l'opinion de Treilhard, le mandataire serait forcé de substituer sous peine d'engager sa responsabilité (1). Tel est aussi l'avis de quelques jurisconsultes (2). Mais la suite de la discussion indique chez les autres conseillers d'Etat qui y ont pris part, une opinion différente. Ainsi, Berlier disait : « que la loi ne doit « pas prescrire des obligations telles que dans certai- « nes circonstances, il devienne *presque louable* d'y dé- « roger, comme cela arriverait, si le mandataire tom- « bait malade dans un moment où l'intérêt même du « mandant exigerait quelques démarches actives (3). » Et il ajoute que dans ces circonstances il n'y a rien de mieux que les dispositions de l'art. 1994, c'est-à-dire la responsabilité du mandataire. C'est là, croyons-nous, qu'est la vérité. La force majeure dispense le mandataire d'agir, mais elle ne lui donne pas le droit de se décharger complètement du mandat sur un tiers; s'il charge un tiers d'agir à sa place, ce tiers est à son égard dans une condition semblable à celle dont nous allons parler dans le numéro suivant (4).

364. — 3° Nous nous sommes déjà expliqué sur le point de savoir si le mandataire commet une faute en se substituant quelqu'un dans le silence du mandat, et dans l'examen de la discussion à laquelle a donné lieu l'art. 1994, nous avons trouvé la preuve qu'en pareil cas il ne

(1) Favard de Langlade, *Motifs, rapports, etc.*, T. II, p. 636; Locré, T. XV, p. 223.

(2) Troplong, nos 471 et suiv.; Domenget, T. I, no 326; Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, T. II, no 859.

(3) Favard de Langlade, et Locré, *loc. cit.*

(4) Bédarride, no 42; Delamarre et Le Poitvin, T. II, no 191.

fait qu'user d'un droit. L'importance pratique de cette question se comprend ici. Si en effet on admet que le mandataire est en faute, il faut dire avec Troplong, qu'il est responsable de la perte des choses même arrivée par cas fortuit entre les mains du substitué (1).

Dans notre système au contraire, les choses se passent exactement comme si le mandataire lui-même avait continué à gérer, et sa responsabilité n'en est ni plus ni moins aggravée. Le mandataire doit sans doute, aux termes de l'art. 1994, répondre de la gestion de celui qu'il s'est substitué : mais pour quel motif? Est-ce parce qu'il est en faute; ainsi que le dit Troplong? non; mais simplement parce que le mandataire ne peut forcer le mandant à recevoir comme débiteur un homme qu'il n'a pas choisi comme tel; il reste mandataire et est soumis à toutes les obligations que cette qualité lui impose; le substitué est son agent, son préposé, qui agit sous ses ordres et sous sa responsabilité; ce qui est fait par le substitué est donc censé fait par lui-même (2).

365. — 4° Lorsque le mandat défend formellement au mandataire de se substituer un tiers, ou que cette défense résulte tacitement de la nature et de l'objet du mandat, le mandataire qui substitue commet une véritable faute. Il répond donc non seulement de la conduite et des fautes du substitué, mais aussi des cas fortuits ou de force majeure qui ont fait périr la chose entre ses mains (art. 1302 C. civ.). La substitution serait-elle cependant complètement nulle, en ce sens que le mandant pourrait laisser pour compte les actes même régulièrement accomplis par

(1) Troplong, n° 450; Domenget, T. I, n° 317.

(2) Pont, T. I, n°s 1017 et 1018; Aubry et Rau, T. IV, § 413, texte et note 14, p. 645; Clamageran, n° 316; Laurent, T. XXVII, n° 487.

le substitué, et refuser de lui rembourser ses avances et ses frais ? Nous ne le pensons pas ; en nommant un substitué, le mandataire a agi contre la forme du mandat, mais seulement en ce qui concerne le mode d'exécution ; or nous avons vu que, lorsque l'affaire réussit, le mandant ne peut la répudier sous prétexte que le mandataire s'y est pris d'une façon autre que celle qui lui était fixée. Si le mandant n'éprouve aucun préjudice, pourquoi se plaindrait-il : sans intérêt, pas d'action (1).

C. — Condamnations que peut entraîner la responsabilité.

366. — 1° *Dommages-intérêts*. Il est de droit commun que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142 C. civ.) ; l'art. 1991 C. civ. a appliqué cette règle générale au mandat, et il faut l'entendre, non seulement du défaut complet d'exécution, mais aussi de l'exécution mauvaise et de tout fait qui constitue le mandataire en faute.

Il ne suffit pas d'ailleurs que le mandataire soit en faute ; les dommages-intérêts étant la réparation d'un préjudice, ne peuvent être réclamés s'il n'y a pas eu de préjudice causé, et comme le préjudice est le fondement de l'action, c'est au demandeur, c'est-à-dire au mandant, à faire la preuve : *Actori incumbit probatio*. Il résulte aussi de ce principe que le mandant est tenu de prouver la corrélation du préjudice avec la faute du mandataire,

(1) Cpr. Pont, T. I, n° 1023; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 194, et note 1 de la page 308; Troplong, n° 449; Domenget, T. I, n° 316; Bédarride, n°s 56 et suiv. — Contra : Duranton, T. XVIII, n° 252, et Dalloz, v° *Mandat*, n° 281.

et il faut que ce préjudice en soit la conséquence directe et nécessaire, conformément à l'art. 1151 (1).

Peut-on réclamer des dommages-intérêts pour un préjudice éventuel qui pourra résulter de la faute du mandataire ? La question s'est présentée devant la Cour de Cassation, elle a été avec raison résolue par la négative (2); car tant que le préjudice n'est pas actuel, on ne peut savoir ni s'il sera éprouvé, ni dans quelle limite il le sera.

367. — Quelle devra être la quotité des dommages-intérêts ? En règle rénérale, les dommages-intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé (art. 1149 C. civ.). Lorsque le mandat est salarié, cette règle doit recevoir son application ; en notant toutefois que si le mandataire est de bonne foi, il n'est tenu que des dommages-intérêts qui pouvaient être prévus au moment du contrat, conformément à l'art. 1150 C. civ. Lorsque le mandat est gratuit, quelques auteurs pensent que les juges peuvent diminuer le montant des dommages-intérêts, et n'accorder ainsi qu'en partie la réparation du préjudice (3). Dans ce système, l'art. 1992 ne porte pas sur l'application de la responsabilité, mais sur l'appréciation des dommages-intérêts. Ce système ne nous semble pas exprimer la véritable pensée de la loi, et il est repoussé par les termes de l'art. 1992, qui ne dit pas, comme l'art. 1374 C. civ., que les juges sont autorisés à modérer les dommages-intérêts ré-

(1) Civ. cass. 21 nov. 1877 (J. P. 1879, 266).

(2) Req. 5 janv. 1852 (J. P. 1854, 1, 38). — L'arrêt du 2 mars 1842 (J. P. 1842, 2, 450) n'est pas contraire ; car il était constaté en fait que la péremption de l'inscription hypothécaire laissait complètement inefficaces les titres du mandant. — Pont, T. I, nº 986 ; Laurent T. XXVII, nº 465.

(3) Pont, T. I, nº 991 ; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 19 ; Aubry et Rau, T. IV, § 308, p. 107.

sultant des fautes ou de la négligence du gérant. L'art. 1992 ordonne seulement qu'on se montre moins rigoureux et qu'on exige moins de diligence et d'attention dans le mandat gratuit que dans le mandat salarié, et par suite il permet d'exonérer de toute responsabilité le mandataire qui ne reçoit pas de salaire, dans des cas où le mandataire salarié devrait être déclaré responsable. Mais dès que le tribunal a déclaré que le mandataire était en faute, et qu'il a fixé le montant du préjudice, il ne peut faire autre chose que de le condamner à la réparation totale de ce préjudice (1).

368. — Le mandataire peut-il compenser les bénéfices qu'il a procurés au mandant avec le préjudice qu'il lui a occasionné ? Dans notre ancien Droit, Pothier n'admettait pas cette compensation, et il raisonnait par analogie avec le cas de l'associé qui, d'après les lois romaines, ne pouvait l'opposer (2). L'art. 1850 C. civ. a reproduit le même principe en matière de société, et on argumente de cet article pour refuser le droit de compensation au mandataire (3). C'est là, croyons-nous, qu'on doit voir la règle générale ; car il est certain que le mandataire est tenu de gérer le mieux possible toutes les affaires du mandant ; il ne peut donc se faire un titre de ce qu'il a accompli son devoir dans certaines circonstances, pour excuser les fautes qu'il a commises dans d'autres cas. Mais il est évident que cette règle, comme toutes les règles d'ailleurs, doit être appliquée avec discernement. Par exemple, si dans une même opération le mandataire dépasse en un point les limites fixées,

(1) Troplong, n° 393; Domenget, T. I, n°s 253 et 262; Duranton, T. XVIII, n° 243.

(2) Pothier, n° 52. Ed. Dupin, T. IV, p. 232.

(3) Duranton, T. XVIII, n° 244 ; Aubry et Rau, T. IV, § 413, p. 643.

mais qu'il regagne la différence en un autre point, de telle sorte que l'opération dans son ensemble ne soit pas plus onéreuse, et si, d'autre part, il agit au mieux des intérêts du mandant et pour lui éviter un plus grand préjudice, on devra certainement considérer le résultat dans son entier et compenser l'écart en moins d'un des éléments du compte avec le bénéfice ressortant des autres (1). Telle est bien la doctrine suivie aux Etats-Unis. « It will be no ex-
« cuse for an agent who has rendered himself responsible
« by his negligence, or his deviation from orders, that he
« has, in other transactions, conducted himself so well,
« that his principal has derived greater advantages the-
« rein from his uncommon care, skill and diligence. For
« it is his duty in all cases, to manage the business of
« his principal to the best advantage, and to his best
« ability (2). »

La restriction que nous avons indiquée est cependant admise : « Sometimes even a literal deviation from the
« terms of the orders may be excused, and the act bind
« the owner, if the conditions and objects of the order are
« substantially obtained, without any increase of expense
« or risk to the principal. Thus, if an agent should exceed
« the limited price in a purchase of goods in a small
« degree, and yet he should be able to effect an equal
« saving in some other part of the same business,
« such as in the expense of shipping them, he would, at
« least in equity, be deemed excused, and the principal
« be bound (3). »

(1) Cpr. Domenget, T. I, n° 279 ; Troplong, n^os 403 et 433 ; Pont, n° 999 ; Alauzet, T. II, n° 843 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 286.

(2) Story, § 223, p. 282.

(3) Story, § 198, p. 245.

369. — 2° *Laisser pour compte.* Lorsque le mandataire n'a pas accompli le mandat en totalité, le mandant n'est pas forcé d'accepter les actes accomplis, si cette exécution partielle lui est inutile et ne remplit pas le but qu'il s'était proposé. Ainsi un mandataire chargé d'acheter une ferme, ne remplit pas le mandat d'une façon utile pour le mandant, s'il n'achète que les bâtiments d'exploitation ou une portion des terres seulement, et le mandant peut refuser le marché. C'est d'ailleurs entièrement une question de fait.

Il en est de même lorsque le mandataire dépasse ses pouvoirs en ne remplissant pas les instructions qui lui ont été données relativement à la qualité, à la provenance des objets qu'il est chargé de procurer au mandant. Celui-ci peut abandonner l'opération pour le compte du mandataire, c'est-à-dire refuser les objets achetés et laisser le mandataire seul responsable envers les tiers qui ont traité avec lui. Nous verrons plus loin quelle est sa responsabilité en ce cas.

Si l'excès porte seulement sur une différence de prix, le laisser pour compte n'a plus de raison d'être. En effet, si l'achat a été fait à un prix inférieur au prix fixé, le mandat est bien exécuté. Si au contraire le mandataire a dépassé le prix, il peut forcer le mandant à recevoir la chose en la lui abandonnant au prix fixé. D'autre part, le mandant, si l'achat a été fait en son nom, a le droit de la réclamer à ce même prix.

370. — Dans un cas cependant le mandant ne peut pas user de cette faculté ; c'est lorsqu'il a été impossible au mandataire de faire l'acquisition à un prix moins élevé. Exemple : on donne mandat d'acheter un tableau 20,000 francs ; si le mandataire l'achète pour 22,000 fr., on peut le forcer à le livrer pour 20,000 fr. ; mais s'îl était

prouvé que le mandataire ne l'a acheté 22,000 fr. que parce qu'il lui était impossible de l'avoir pour 20,000 fr., par exemple dans une vente aux enchères publiques où le prix de 20,000 fr. avait été couvert, le mandant serait obligé ou de le prendre pour le prix d'achat, ou de le laisser pour compte. Mais le mandataire peut-il forcer le mandant à recevoir le tableau au prix déterminé par le mandat? Nous avons vu en Droit romain la controverse qui existait sur ce point entre les Sabiniens et les Proculiens, et dans quel sens elle avait été résolue [n° 81]. Pothier et la plupart des auteurs modernes suivent l'opinion des Proculiens, c'est-à-dire l'affirmative (1) ; cependant cette doctrine a trouvé des contradicteurs (2). Nous y reviendrons en parlant de la commission

371. — Le mandant peut aussi laisser pour le compte du mandataire les objets confiés à celui-ci pour l'exécution du mandat, lorsque ces objets ont été tellement détériorés par sa faute, qu'ils ne peuvent plus être d'aucune utilité pour le mandant.

D. — Défenses du mandataire à l'action en responsabilité.

372. — Le mandataire peut se trouver actionné: 1° pour défaut d'exécution, 2° pour exécution non conforme au mandat, 3° pour perte ou détérioration des objets confiés à sa garde. Nous allons examiner séparément les défenses qu'il peut faire valoir dans chacun de ces cas.

373. — Pour se disculper de n'avoir pas exécuté le mandat, le mandataire peut alléguer :

(1) Troplong, n° 270 ; Domenget, T. I, n° 203 ; Duranton, T. XVIII, n° 237.

(2) Pont, T. I, n° 982.

a. Le caractère illégal ou contraire aux bonnes mœurs du mandat.

b. Le refus du mandant de remettre les fonds nécessaires à l'exécution. En effet, à moins de convention contraire, le mandataire ne peut être obligé de faire des avances considérables; c'est au mandant à fournir les fonds nécessaires, et s'il néglige de remplir ses obligations à cet égard, il délie le mandataire des siennes. Mais cette défense ne peut être proposée qu'à une double condition: que le mandataire ait réclamé les fonds d'une manière expresse (une sommation ne serait pas nécessaire, croyons-nous), et que les avances soient importantes et non de celles que les mandataires sont dans l'usage de faire.

c. La connaissance acquise par lui de faits inconnus au mandant et qui pourraient être de nature à faire révoquer le mandat par ce dernier. Supposons par exemple qu'une personne ait donné le mandat d'acheter une maison et que le mandataire apprenne avant l'achat la faillite du banquier dépositaire de tous les fonds du mandant, ou les vices de construction de cette maison que le mandant croyait solidement bâtie ; le mandataire dans tous ces cas serait en faute s'il passait outre à l'exécution. Il faut d'ailleurs, pour motiver l'abstention du mandataire, que les faits soient tels, que le mandat ne pût être exécuté sans qu'un préjudice certain n'en fût la conséquence pour le mandant. De simples probabilités ne seraient pas suffisantes, si l'affaire était urgente; dans le cas contraire, le mandataire devrait s'arrêter pour en informer le mandant et prendre de nouveaux ordres.

d. La force majeure. Les obstacles physiques qui s'opposent à l'exécution peuvent provenir de faits affectant la personne du mandataire, ou être relatifs à l'objet du mandat.

Parmi les cas de force majeure provenant du côté du mandataire, on peut citer une maladie, des inondations empêchant de parvenir dans les endroits nécessaires, etc. Nous avons examiné la question de savoir si, en cas de maladie ou d'empêchement, le mandataire n'était pas obligé de se substituer un tiers pour exécuter le mandat, et nous l'avons résolue négativement [n° 363]. La solution serait évidemment tout autre, si le contrat enjoignait au mandataire de substituer en cas d'empêchement, et il ne serait déchargé de responsabilité qu'en prouvant l'impossibilité absolue de faire cette substitution.

Lorsque la force majeure qui s'oppose à l'accomplissement du mandat a une cause absolue et perpétuelle, le mandat est considéré comme inexistant. Mais la force majeure peut n'apporter qu'un empêchement temporaire, et alors de deux choses l'une : ou le mandat devait être accompli dans un certain délai soit à raison de sa nature, soit par suite des ordres formels du mandant, ou bien aucune époque n'était fixée. Dans le premier cas, si les délais sont expirés lorsque l'exécution devient possible, le mandataire ne doit pas exécuter le mandat avant d'avoir pris de nouvelles instructions ; dans le deuxième cas, il doit s'empresser d'agir dès que l'obstacle a disparu.

Lorsque le mandat porte sur plusieurs actes et que l'un d'eux ou quelques uns seulement deviennent impossibles à accomplir, le mandataire ne peut se dispenser d'exécuter ce qu'il lui est possible de faire, pourvu toutefois que ces actes soient tout-à-fait indépendants, ou du moins que l'inexécution des uns ne rende pas inutile, dans les vues du mandant, l'exécution des autres.

C'est au mandataire à prouver l'existence du cas fortuit; il est tenu aussi de justifier qu'il a fait inutilement toutes les diligences nécessaires pour arriver à l'exécution

et ne s'en est pas tenu aux apparences d'une impossibilité, et de plus, que ce cas fortuit n'est pas la conséquence d'une faute à lui imputable (1).

374. — 2° Comme défenses à une action fondée sur la non-conformité de l'exécution, il faut citer :

a. L'ambiguité des termes de la procuration. C'est une application de l'art. 1162 C. civ. La procuration étant l'œuvre du mandant, il est responsable s'il emploie des phrases à double sens; étant cause de l'erreur dans laquelle le mandataire est tombé, c'est à lui à en supporter les conséquences.

b. La preuve que si le mandat avait été exécuté d'après la manière indiquée, un préjudice égal en serait résulté pour le mandant. Le mandataire, s'il emploie d'autres modes d'exécution que ceux indiqués par le contrat, n'encourt de responsabilité qu'autant qu'il ne réussit pas; mais s'il est prouvé que le résultat aurait été le même en exécutant le mandat à la lettre, ce changement d'exécution ne cause aucun préjudice au mandant, et par suite le mandataire ne peut être condamné.

c. La force majeure. Le mandataire peut-il se disculper de n'avoir pas suivi le mandat à la lettre, en prouvant

(1) Troplong, nos 372 et suiv.; Domenget, T. I, n° 269; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 217. — Cpr. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, T. III, n° 1541. — L'art. 775 du Code de commerce portugais admet que le mandataire est obligé de prouver qu'il n'a pas pu remplir le mandat, si cette impossibilité résulte d'un fait positif, mais qu'il suffit de sa déclaration, jusqu'à preuve contraire, si elle provient d'un fait négatif : « Quando o « mandatario nâo pode exequir o mandato é obrigado o minis- « trar ao committente prova concludente da impossibilidade « do adimplemento para ser escuso da culpa, uma vez que a « impossibilidade nascesse de facto positivo. Provindo de facto « negativo, é sufficiente exculpaçâo a simples asserçâo do com- « missario, salvo ao committente a prova em contrario. »

qu'il lui était impossible d'agir autrement qu'il l'a fait? La question admet des distinctions : si c'est l'objet principal du mandat qui ne peut être accompli par suite d'un cas de force majeure, le mandataire ne peut pas faire un équivalent, il est obligé de s'arrêter. Si l'impossibilité ne porte que sur les modes d'exécution, le mandataire est libre d'employer d'autres moyens, mais à une condition, c'est qu'il ressorte des termes du mandat, que le mandant n'a fixé les modes d'exécution qu'à titre de renseignement, et qu'il a eu surtout en vue l'exécution, sans se préoccuper des moyens à employer pour y parvenir. Dans tous les cas, il est plus sage pour le mandataire, s'il n'y a pas urgence, d'avertir le mandant et d'avoir son assentiment aux changements projetés.

d. La ratification. L'approbation sans réserves donnée par le maître aux actes accomplis contrairement au mandat, de quelque nature qu'ils soient, lui enlève le droit de réclamer ensuite des dommages-intérêts au mandataire et de laisser l'opération pour son compte; pour qu'il en soit ainsi, il faut cependant une chose, c'est que l'approbation ait été donnée en connaissance de cause, que le mandant n'ignorât pas la transgression de ses ordres. Aucune condition de forme n'est d'ailleurs nécessaire. La ratification peut être verbale tout aussi bien qu'écrite, et si elle est constatée par écrit, cet écrit peut être rédigé dans toute forme susceptible d'indiquer la volonté du mandant. L'art. 1998 C. civ. admet aussi la ratification tacite, et il n'a pas considéré, comme l'art. 1338 C. civ., l'exécution volontaire comme pouvant seule la faire présumer; en effet, l'approbation du mandant peut résulter d'un grand nombre de faits autres que l'exécution des obligations contractées par le mandataire. Les tribunaux ont donc un pouvoir souverain pour apprécier les circonstances et y

chercher les preuves d'une ratification tacite. Comme exemple de ratification tacite, nous citerons le cas où le mandant donne ses conseils au mandataire sur la manière de terminer l'affaire, le cas où il reçoit sans réclamation les sommes et profits que le mandataire a tirés de l'exécution, où il accepte sans protestation les marchandises bien qu'il n'ignore pas qu'elles ont été achetées à un prix trop élevé ou qu'elles ne remplissent pas exactement toutes les conditions du mandat. Le simple silence du mandant suffit-il pour être considéré comme une ratification ? Cela dépend surtout des circonstances de la cause ; et il est évident que si le mandant garde le silence alors que le mandat s'exécute sous ses yeux, ce silence doit être considéré comme une approbation. A plus forte raison en serait-il ainsi, si le mandant avait été mis par le mandataire en demeure de s'expliquer, car son silence, dans le cas de désapprobation, serait de la mauvaise foi (1); nous supposons bien entendu, dans ces différentes hypothèses, qu'il soit établi que le mandant n'ignorait pas la transgression de ses ordres.

La ratification intéresse d'autres personnes que le mandataire : ce sont les tiers qui ont traité avec lui ; car la validité des actes accomplis dépend souvent de cette ratification. Nous examinerons plus loin ce point de vue de la question ; toutefois nous pouvons nous demander dès maintenant, si la ratification consentie par le mandant dans l'intérêt des tiers, profite au mandataire et enlève au mandant le droit de lui réclamer des dommages-intérêts. La négative est certaine ; la ratification envers les

(1) Req. 4 juin 1872 (J. P. 1872, 721). — Cpr. Troplong, nos 609 et suiv.; Pont, T. I, nº 1074 ; Domenget, T. I, nº 424 ; Laurent, T. XXVIII, nº 71; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 127; Story, § 255, p. 314.

tiers n'a d'autre effet que de maintenir le contrat à leur égard, mais elle n'indique nullement de la part du mandant l'intention de ne pas exiger du mandataire la réparation de la faute qu'il a commise et du préjudice qu'il lui a fait éprouver (1).

375. — 3° Le mandataire n'est pas responsable de la perte ou de la détérioration des objets qu'il détient pour le compte du mandant, de quelque manière qu'ils soient parvenus entre ses mains, lorsque cette perte ou cette détérioration a été occasionnée par un cas de force majeure, par exemple, par une inondation, un vol, un incendie, etc.

Cependant cette défense ne peut être opposée par le mandataire qu'autant : 1° que par une clause du contrat il ne s'est pas chargé des cas fortuits ; 2° qu'il n'est pas en demeure de remettre ces objets (art. 1302 C. civ.), à moins qu'il ne prouve que la perte serait également survenue s'ils avaient été en la possession du mandant ; 3° qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour prévenir ces accidents. Il serait donc responsable du vol, s'il avait laissé à la vue de tout venant des objets de prix, s'il avait négligé de fermer ses portes ou de les garnir de serrures suffisantes, parce que la perte serait le résultat d'une faute antérieure ; 4° qu'il a fait son possible pendant et après l'accident pour préserver la propriété du mandant. Une question peut se poser à ce sujet : le mandataire est-il tenu de la perte de l'objet du mandant lorsqu'il pouvait l'y soustraire en laissant périr sa propre chose ? Troplong fait la distinction suivante : Si le mandat est gratuit, le mandataire n'est pas coupable pour avoir préféré sa chose à celle du mandant ; au contraire, si le mandat est salarié, le mandataire

(1) Req. 28 mars 1855 (J. P. 1857, 218).

doit au mandant le sacrifice de sa propre chose, car « 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 man- « dant était présent, il sauverait sa chose. Le mandataire « est donc censé avoir promis qu'il la sauverait pour « lui (1). »

Ce raisonnement ne nous parait pas suffisamment concluant. Le salaire n'a pas pour effet de changer la nature des devoirs du mandataire; et en suivant ce raisonnement on pourrait dire, avec autant de raison, que le mandataire qui agit gratuitement, étant chargé de remplacer le mandant et d'agir à sa place comme il le ferait lui-même, doit sauver la chose du mandant avant la sienne propre; car celui-ci sauverait sa chose s'il était sur les lieux. Parce que le mandataire reçoit un salaire, ce n'est pas un motif pour qu'il soit forcé de sacrifier complétement ses intérêts à ceux du mandant. D'un autre côté, il est inexact de dire, ainsi que le fait M. Clamageran, que le salaire est *le prix des risques qu'il court*; s'il en était ainsi, il faudrait dire également qu'en cas de perte, même lorsque le mandataire n'aurait pu l'empêcher, le remboursement de la valeur de l'objet serait obligatoire pour lui. Le salaire est uniquement l'indemnité du temps et des peines du mandataire, et jamais on ne l'a considéré comme une espèce de prime d'assurance.

Le Code, il est vrai, a dans l'art. 1882 C. civ. rendu le commodataire responsable de l'objet prêté, lorsqu'il aurait pu le conserver en laissant périr ses propres biens. Mais c'est là une dérogation aux principes ordinaires en matière

(1) Troplong, nº 409. — Sic : Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 217; Clamageran, nº 315.

de responsabilité, qui ne se justifie que parce que le commodataire reçoit un service gratuit. Outre que cet article, consacrant une exception, ne peut être étendu hors des cas qu'il prévoit, il est impossible de trouver, dans l'hypothèse qui nous occupe, des motifs pour l'y appliquer par analogie, puisque le mandat, même salarié, n'est jamais un contrat dans l'intérêt du mandataire seul, et surtout au point de vue de Troplong qui ne voit dans le salaire qu'un honoraire laissant subsister de la part du mandant des obligations de reconnaissance. Qu'exige-t-on du mandataire ? qu'il se conduise en bon père de famille. Or un bon père de famille qui, dans un sinistre, aura assez de présence d'esprit pour réfléchir, commencera par sauver les objets les plus précieux ; on ne saurait donc imputer à faute au mandataire d'avoir sauvé des objets qui lui appartenaient, mais d'une valeur beaucoup plus grande que ceux du mandant. Il y aurait faute au contraire si le mandataire avait laissé périr les choses du mandant pour en sauver d'autres de moindre valeur. Ces solutions sont exactement les mêmes, que le mandat soit gratuit ou qu'il soit salarié (1).

Lorsque la valeur des objets sauvés et celle des objets du mandant sont à peu près égales, il serait difficile de rendre le mandataire responsable d'avoir sauvé les uns plutôt que les autres, surtout lorsque le mandat est gratuit. Lorsque le mandat est salarié, peut-être devrait-on adopter la solution contraire, parce que la responsabilité doit être plus rigoureusement appliquée dans ce cas. Il faudrait d'ailleurs, ce nous semble, tenir compte de la facilité plus ou moins grande du sauvetage et des circonstances matérielles qui ont déterminé le mandataire.

(1) Domenget, T. I, nº 280; Pont, T. I, nº 998; Alauzet, T. II, nº 853.

376. — Le mandataire ne peut opposer l'exception résultant de la perte par cas de force majeure, que pour les corps certains ; mais il ne peut se dispenser de tenir compte des sommes qui lui ont été confiées par le mandant ou qu'il a reçues pour lui, en prouvant que ces sommes lui ont été volées ou ont péri sans sa faute; *genera non pereunt*, et il se trouve exactement dans les mêmes conditions qu'un dépositaire irrégulier. Il en serait différemment si le mandataire avait reçu l'argent dans des sacs étiquetés et cachetés pour être rendus *in specie* au mandant, car dans ce cas l'argent se trouve individualisé. Faudrait-il donner la même solution dans le cas où le mandataire prouverait qu'il a mis à part l'argent qu'il a reçu du mandant ou pour lui, et que cette caisse spéciale a disparu, ou encore dans le cas où tout l'argent du mandataire a été volé. L'affirmative est généralement admise (1); mais nous ne partageons pas cette opinion. En effet, aux yeux du mandant, le mandataire est toujours un dépositaire irrégulier, c'est-à-dire, débiteur d'une valeur et non pas de telles pièces d'argent déterminées ; l'argent qu'il reçoit lui appartient donc et est à ses risques.

§ 4. — RENDRE COMPTE.

A. — Caractère de cette obligation.

377. — De ce que le mandataire agit pour autrui, résulte nécessairement l'obligation de rendre compte de l'affaire dont il était chargé. C'est là une des conséquences directes et immédiates du contrat. Cependant cette obli-

(1) Troplong, nos 437 et suiv.; Pont, T. I, nº 1010; Delamarre et Lepoitvin, T. III, nº 9. — Cpr. Code de commerce Espagnol, art. 131, et Code de commerce Portugais, art. 60.

gation est-elle tellement de l'essence du mandat, que les parties n'y puissent déroger par la convention ? (1)

Il est impossible de donner sur ce point une réponse absolue ; tout dépend de l'intention des parties et des circonstances de la cause. Nous avons vu ce qu'on entendait dans le Droit romain par un *procurator in rem suam* [nos 70 et suiv.]. Un pareil procureur, par la nature même de son mandat et en raison du but poursuivi par les parties en le donnant, n'était pas obligé de rendre compte. Un semblable mandat n'est pas prohibé par le Code et peut se rencontrer dans notre Droit. Un débiteur peut, à forfait, donner en paiement à son créancier le prix d'un de ses immeubles, et, pour éviter les frais d'une double vente, lui donner la procuration irrévocable de vendre cet immeuble et d'en garder le prix, le dispenser par conséquent d'en rendre compte. Cette convention n'a rien d'illégal si elle a lieu après l'échéance de la dette, et elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 742 C. pr.

Le mandat peut aussi être donné dans le but de faire une libéralité. Voulant donner une somme d'argent à Paul, et n'en ayant pas de disponible, Pierre, pour éviter les formalités et les délais d'une cession en règle, lui donne mandat de recouvrer une des créances qu'il a sur un tiers, et le dispense de rendre compte. Cette opération est très licite et obligatoire pour le mandant. La Cour de Cassation l'a ainsi décidé dans une espèce qui lui était

(1) Le Code civil de la Louisiane, qui n'est guère que la copie littérale de notre Code, surtout pour le titre du mandat, accordait expressément ce droit aux parties dans l'art. 2973 : « He « is obliged to render an account of his management, unless this « obligation has been expressly dispensed with in his favour. » (*Civil Code of the State of Louisiana*, New Orléans, 1825, p. 938).

soumise (1). Il est évident que si le mandataire est incapable de recevoir par donation, la donation sera nulle et qu'il sera obligé de rendre compte malgré la convention. Les règles relatives au rapport et à la réduction seront également applicables aux bénéfices qui en résulteront pour lui; mais cela n'a nullement trait à la validité du mandat en lui-même et des actes accomplis en vertu de ce mandat.

378. — Mais si le mandant n'a eu en vue de faire aucune libéralité au mandataire et que le mandat ne soit pas donné comme conséquence d'un autre contrat autorisant le mandataire à s'approprier le résultat de l'opération, quelle sera la valeur d'une pareille clause ? La Cour de Bruxelles a décidé que l'obligation de rendre compte peut bien être remise après l'exécution du mandat, mais que la stipulation de ne devoir rendre aucun compte, lorsqu'elle est ajoutée au contrat même, doit être réputée contraire à la bonne foi et immorale comme invitant à malverser ; il en résulte, d'après la Cour, qu'une semblable stipulation peut bien dispenser le mandataire de rendre un compte rigoureux et pleinement justificatif, mais ne peut le soustraire à l'obligation de rendre un compte moral et satisfaisant de la gestion (2). On peut reprocher à cet arrêt la contrariété qui existe entre ces deux dispositions. En effet, si la clause de ne pas rendre compte est immorale et contraire aux bonnes mœurs, elle est nulle, de sorte qu'elle ne peut avoir pour effet de diminuer les obligations du mandataire.

Certains auteurs admettent la première partie du raison-

(1) Civ. rej. 24 avril 1831 (J. P. à sa date).— Cpr. Req. 18 janv. 1832 (J. P. à sa date).

(2) Bruxelles, 15 juillet 1817 (J. P. à sa date).

ment de la Cour de Bruxelles en déclarant cette clause contraire aux bonnes mœurs, mais ils se montrent plus conséquents que cette Cour en en prononçant la nullité, et même la nullité complète du contrat en vertu de l'art. 1772 C. civ. (1).

Ce système ne nous semble pas admissible. Rien dans cette clause ne nous paraît immoral; si elle ne peut avoir d'effet, c'est qu'il est impossible de supposer que le mandant ait dispensé le mandataire de toute espèce de compte s'il n'a pas voulu lui faire une libéralité; or, il est de principe que, dans les conventions, il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156 C. civ.), et que l'on doit entendre les clauses d'un contrat plutôt dans le sens où elles peuvent avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elles n'en pourraient produire aucun (art. 1157 C. civ.). Il est donc permis de supposer que par cette clause le mandant, confiant dans la probité du mandataire, a voulu le dispenser de fournir un compte en règle, appuyé de toutes les pièces justificatives, et se contenter d'avoir le résultat de l'opération sans l'obliger à entrer dans tous les détails de sa gestion (2). Nous adoptons donc le système de la Cour de Bruxelles, dans son dispositif du moins. L'autre système aurait des conséquences telles, que sous peine de violer manifestement l'équité, on devrait souvent reculer devant leur application, et nous ne saurions admettre qu'après l'exécution du mandat loyalement accompli par le mandataire, le mandant dont la procuration était l'œuvre, puisse

(1) Domenget, T. I, nº 285; Dalloz, vº *Mandat*, nº 237.

(2) Pont, T. I, nº 1003; Malleville, sur l'art. 1993, T. IV, p. 99. — Cpr. Laurent, T. XXVII, nº 496; Troplong, nº 415.

en demander la nullité et laisser l'opération pour le compte du mandataire, ou du moins aggraver sa responsabilité en ne le considérant plus que comme un *negotiorum gestor*, alors que ce mandataire n'avait peut-être accepté le mandat et n'avait agi que dans la perspective de devoir seulement un compte en bloc, sans en justifier tous les éléments.

B. — A qui le compte est dû.

379. — La reddition du compte ne peut être exigée que par le mandant. Les copropriétaires ou les cointéressés du mandant n'ont aucun droit contre le mandataire, qui peut se refuser à toute explication avec eux. Mais à qui le compte devrait-il être rendu, si le mandant avait donné le mandat en vertu d'un titre qu'il a perdu ou qui lui a été enlevé par jugement ? Supposons qu'un acheteur donne mandat d'administrer l'immeuble qu'il vient d'acquérir, puis que la vente soit rescindée ; le mandataire devra rendre compte non à l'acheteur qui lui a donné le mandat, parce ce qu'il est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose, mais au vendeur qui est rentré en possession. La solution sera la même si le mandat a été donné par un héritier apparent, qui a été évincé ensuite par le véritable héritier (1). Une autre question peut se poser ici, celle de savoir si le mandat est valable et si, par suite, l'héritier ou le propriétaire sont obligés de tenir compte des agissements du mandataire; en principe le mandat est nul puisqu'il émane d'une personne qui n'avait aucun droit sur la chose; cependant, s'il s'agissait d'un mandat

(1) Paris, 4 mai 1811, et Rouen, 27 avril 1814 (J. P. à leurs dates).

d'administration, les actes accomplis donneraient au mandataire le droit d'agir contre le véritable propriétaire, au moins à titre de gérant d'affaires.

Lorsqu'un tuteur a donné un mandat relatif aux biens du mineur, il peut, malgré la majorité de celui-ci survenue postérieurement, agir contre le mandataire en reddition de compte ; car il en est responsable envers le mineur et les opérations du mandataire doivent faire partie de son compte de tutelle. L'ancien pupille peut aussi agir directement contre le mandataire ; il conviendrait, suivant nous, d'appliquer par analogie l'art. 1994 C. civ. (1).

C. — Par qui il doit être rendu.

380. — En général, sauf les restrictions que nous avons indiquées plus haut, tout mandataire est tenu de rendre compte. Le Code a cependant fait des exceptions à ce principe dans les art. 1539 et 1578 C. civ. Le mari, sous le régime de séparation de biens, qui a joui des biens de la femme avec son assentiment tacite, n'est tenu qu'à la représentation des fruits existants et n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés. Il en est de même pour les biens paraphernaux sous le régime dotal, et il ressort de l'art. 1577 que, pour rendre le mari comptable des fruits reçus, la femme doit l'y obliger par une clause de la procuration. En est-il de même à l'égard de la femme mandataire du mari ? La jurisprudence le décide ainsi. Des arrêts ont décidé que la femme à qui mandat a été donné de gérer les affaires de la communauté, ne peut être actionnée par son mari qu'autant qu'il prouve qu'elle a abusé de son mandat pour s'enrichir au préjudice de la commu-

(1) Cpr. Pont, T. I, nº 1012 ; Domenget, T. I, nº 303 ; Laurent, T. XXVII, nº 517.

nauté (1). Il est évident que ces décisions, tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari, ne peuvent s'appliquer qu'à des mandats d'administration, parce que les sommes perçues sont employées à des paiements nombreux et individuellement peu importants dont on ne se procure pas généralement une preuve écrite, et que la présomption doit être, si aucune mauvaise foi n'est alléguée, que ces sommes ont bien été employées à l'entretien du ménage. Il n'en serait plus de même s'il s'agissait d'un mandat spécialement donné pour une opération déterminée. Aussi un arrêt d'Agen, dont le pourvoi a été rejeté par la Cour de Cassation, a-t-il décidé qu'une femme qui a touché une somme en qualité de mandataire de son mari, est obligée d'en rendre compte (2).

Il arrive quelquefois que les notaires désignent dans leurs actes leurs clercs comme mandataires des parties, dans le but de pouvoir dresser les contrats qui les concernent. Dans ce cas le clerc, n'étant que le prête-nom du notaire, n'est pas obligé de rendre compte (3) ; mais il faut distinguer soigneusement de cette hypothèse celle où un clerc, par complaisance pour les parties, consent à les représenter dans un contrat ; il est un véritable mandataire et tenu comme tel : c'est ce qui a été jugé par la Cour de Metz (4).

(1) Orléans, 20 janv. 1859 (J. P. 1859, 883) ; Besançon, 18 nov. 1862 (J. P. 1863, 853). — Cpr. Req. 25 nov. 1868 (D. P. 1869, 1, 148).

(2) Req. 18 déc. 1834 (J. P. à sa date).

(3) Orléans, 7 janv. 1843 (J. P. 1843,1,282).

(4) Metz, 15 janv. 1856 (J. P. 1856,1,554). — Pont, T. I, nº 985; Laurent, T. XXVII, nº 463.

D. — De quelle manière il se rend et de ses éléments.

384. — Il est rare qu'un mandat se réduise à une seule opération de la part du mandataire. Le plus souvent le mandat donne lieu à une série d'opérations; non seulement le mandataire reçoit pour le compte du mandant, il fait aussi des paiements, soit avec les sommes qu'il détient pour lui, soit de ses propres deniers. De là la nécessité de tenir un compte double contenant d'une part les recettes, de l'autre les dépenses, et qui indique par la différence des deux totaux lequel du mandant ou du mandataire est créancier de l'autre.

382. — Il ne suffit pas pour la décharge du mandataire qu'il donne le résultat de la balance ou même les deux totaux, celui des recettes et celui des dépenses. Un pareil compte serait illusoire, puisqu'il n'y aurait pas de vérification possible. Le compte n'est utile qu'autant que le mandant peut le contrôler afin de s'assurer que le mandataire n'a pas commis de fautes ou de fraudes et qu'il a géré convenablement ses intérêts. Il est donc nécessaire que le compte soit détaillé et qu'il soit fait indication de l'emploi de chaque somme.

Il faut en outre que le mandataire produise à l'appui de chacun des éléments du compte les pièces justificatives, lettres, factures, récépissés, etc., et le mandant peut refuser de reconnaître toutes les dépenses qui ne sont pas suffisamment justifiées. Quant à savoir si les moyens de justification sont suffisants, c'est un point de fait qui est apprécié souverainement par les tribunaux (1). Il faut

(1) La Cour de Rennes a jugé, par un arrêt du 26 fév. 1879 (J. P. 1880, 825), que les tribunaux peuvent ordonner la représentation par le mandataire de ses registres et papiers domestiques relatifs au mandat qui lui a été confié, lorsque leur pro-

avoir égard aux circonstances qui n'ont pas permis au mandataire de retirer ou de retenir des pièces justificatives. La nature du mandat est aussi à prendre en considération. On ne peut exiger d'une femme mandataire du mari à l'effet d'acheter les provisions du ménage, les reçus et autres pièces qu'on est en droit de réclamer d'un agent d'affaires. Les rapports du mandant et du mandataire doivent aussi avoir beaucoup d'influence sur la question. Ainsi les préposés, clercs de notaires ou commis quelconques, qui agissent sous le contrôle direct et journalier du patron, ne peuvent être astreints à fournir au bout de plusieurs semaines ou de plusieurs mois, la justification de leurs opérations; ils sont libérés, dit avec raison un arrêt de Douai (1), après le court délai que comporte le contrôle possible de leurs actes. Il a aussi été jugé qu'une femme mariée, en état de séparation de fait, qui avait reçu le mandat d'administrer des biens à elle propres, n'était pas tenue de donner un compte détaillé, et qu'elle pouvait être considérée comme ayant rendu un compte suffisant par cela seul qu'il était constaté qu'elle avait consommé les revenus pour ses besoins et ceux de son enfant, sans en accumuler aucune portion à son profit exclusif (2).

Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que le mandant autorise le mandataire, soit par le contrat, soit à la fin de la gestion, à donner son compte en bloc et le dispense de toute

duction est nécessaire à l'appréciation de son compte, ces documents devant être considérés comme communs aux deux parties. — Cpr. Civ. rej. 15 fév. 1837 (J. P. 1837, 1, 172).

(1) Douai, 17 août 1871 (J. P. 1872, 1061).

(2) Req. 25 nov. 1868 (D. P. 1869, 1,148). — Cpr. Req. 9 janv. 1865 (J. P. 1865, 123); Paris, 17 fév. 1821 (J. P. à sa date). — M. Laurent (T. XXVII, nos 497 et suiv., 519 et suiv.) critique cette jurisprudence.

justification. C'est une garantie introduite en sa faveur, à laquelle il est libre de renoncer.

Réciproquement, le mandant peut stipuler dans le contrat que le mandataire sera tenu de lui donner un compte judiciaire dans les formes prescrites par le tit. IV du livre V du Code de procédure. A défaut de cette stipulation, le compte est rendu extrajudiciairement, et le mandataire ne peut être forcé de rendre son compte en justice (1).

383. — Nous allons examiner maintenant les divers éléments du compte, ce qui doit être porté par le mandataire au chapitre des recettes, et quelles dépenses il peut mettre au débit du mandant.

384. — 1° *Crédit.* Le mandataire doit, aux termes de l'art. 1993, faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration. Cette disposition de la loi se comprend facilement, puisque le mandataire ne reçoit que *pour le compte* du mandant; et comme conséquence de ce principe que le mandataire n'est qu'un intermédiaire, cet article ajoute : « Quand même ce qu'il aurait reçu n'eût « point été dû au mandant. » Cette dernière règle doit cependant être entendue dans de justes limites. Elle s'applique toutes les fois qu'il y a une question de propriété ou de validité d'obligation en jeu, question que le mandataire n'a pas à résoudre pour ou contre le mandant; mais s'il s'agit d'une erreur matérielle commise dans la numération des espèces, le mandataire n'est pas redevable du surplus envers le mandant, car il ne l'a pas touché en vertu de son mandat, qui ne lui donnait mission de recevoir que dans les limites de la créance. Si le mandataire sait quel est celui qui a commis l'erreur, il peut donc la rectifier. Si, chargé de faire un grand nombre de recou-

(1) Domenget, T. I, n° 287.

vrements, il ignore à qui revient cet excédant, le mandant ne peut même le forcer à déposer la somme entre ses mains; il appartient seulement aux tribunaux, lorsque l'affaire est portée devant eux, de prendre les mesures qu'ils croient nécessaires pour sauvegarder l'intérêt des tiers, d'ordonner par exemple le dépôt à la Caisse des dépôts et consignations; à défaut de réclamation dans les délais, cet excédant devient la propriété du mandataire (1).

385. — L'obligation imposée par l'art. 1993, n'a pas trait seulement aux capitaux, mais aussi aux intérêts et à tous les fruits que le mandataire a perçus; aucune distinction n'est à faire entre les fruits perçus en vertu du mandat, et les fruits perçus contrairement au mandat, quand bien même le mandataire aurait fait le prêt à ses risques et périls; cette faute ne peut avoir pour effet de lui procurer un bénéfice (2).

386. — Quant aux gains illicites, le mandataire doit pour le même motif en tenir compte au mandant, en supposant toutefois que l'objet du mandat n'était pas d'obtenir ces gains illicites; dans cette dernière hypothèse le contrat étant nul ne pourrait engendrer d'obligations, et en particulier, celle de rendre compte. Nous admettons cette solution d'une manière générale et sans faire l'exception qu'y apporte Troplong pour le cas où le mandataire a obtenu la liquidation de ces opérations au profit du mandant (3). En effet, quand bien même le jugement aurait accordé cette liquidation au mandataire, le man-

(1) Req. 10 juin 1868 (J. P. 1868, 1165); Aubry et Rau, T. IV, § 413, p. 643; Pont, T. I, nº 1006.

(2) Troplong, nº 417; Domenget, T. I, nº 292; Pont, T. I, nº 1007; Boileux, T. VI, p. 588.

(3) Troplong, nº 421.

dant ne pourrait réclamer le bénéfice de l'opération que par l'action de mandat, action qui peut être repoussée par le mandataire en arguant de la nullité du contrat (1).

387. — Aux termes de l'art. 1996 C. civ., le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage à dater de cet emploi. Quel est le fondement de cet article ? Pourquoi, dans le cas même où l'emploi n'aurait pas été préjudiciable au mandant, le mandataire doit-il les intérêts ? Deux raisons peuvent être invoquées à l'appui de cet article. D'abord, ainsi que nous l'avons dit, le mandataire ne doit rien garder de ce que peuvent produire les choses dont il a la gestion, ni en tirer une source de profits ou d'avantages quelconques. En outre le mandataire, qui n'est qu'un dépositaire à l'égard du mandant, viole la loi de son contrat, lorsqu'il use à son profit des valeurs qui lui sont déposées (art. 1930 C. civ.) (2).

388. — Il faut remarquer que le mandataire ne se trouve pas obligé de payer les intérêts par cela seul qu'il a employé à son profit les pièces d'argent qu'il a reçues. En effet, si le mandataire est un dépositaire, il est un dépositaire irrégulier. Il devient propriétaire des pièces d'argent qui lui sont versées et est simplement débiteur de leur valeur. Le mandant ne peut donc se plaindre si le mandataire tient toujours à sa disposition la somme qui lui est due. C'est d'ailleurs au mandant à prouver que ses capitaux ont été employés par le mandataire au profit personnel de celui-ci, pour le double motif qn'il est le demandeur, et que les fautes ne se présument pas. Cette preuve est souvent difficile, et elle le serait encore davantage si elle

(1) Pont, T. I, nº 1008; Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. VI, p. 525.

(2) Discours du tribun Bertrand de Greuille au Corps législatif (Favard de Langlade, T. I, p. 695).

devait être faite par écrit ; mais comme le mandant est dans l'impossibilité de se procurer un acte écrit, et qu'il s'agit de la preuve d'un fait matériel, elle peut résulter soit de témoignages, soit même de simple présomptions. On peut considérer comme des présomptions suffisantes, le refus de paiement opposé sans motifs sérieux aux créanciers du mandant par le mandataire détenteur des fonds de celui-ci et chargé par lui de faire ces paiements. Le mandataire doit aussi être réputé avoir employé à son profit les sommes que par fraude il avait omises de porter en compte, soit en dissimulant des recettes, soit au moyen de dépenses fictives (1).

La date de l'emploi peut aussi être établie par toutes sortes de preuves et par présomptions.

389. — Dans ce cas, le mandataire doit les intérêts calculés au taux légal, c'est-à-dire à 5 0/0 en matière civile, et à 6 0/0 en matière commerciale, quand même il aurait eu mandat de ne placer ces sommes qu'à un taux inférieur, et sans qu'on ait à rechercher s'il en retire lui-même des intérêts, ou n'en retire que de moindres. Et en effet il s'agit ici, non pas d'une restitution, mais d'une pénalité en punition d'une faute ; cependant si le mandataire avait retiré des sommes ainsi employées un bénéfice supérieur au taux légal, il ne pourrait se libérer en abandonnant le montant de l'intérêt légal et garder le surplus; ce bénéfice devrait être remis en totalité au mandant. Troplong admet cette solution lorsque le mandataire avait mission de faire valoir les sommes ; il la repousse dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque le mandataire était tenu de les garder à la disposition du mandant, parce

(1) Cpr. Req. 14 déc. 1825 (J. P. à sa date) ; Domenget, T. I, nº 355 ; Duranton, T. XVIII, nº 247 ; Laurent, T. XXVII, nº 509 ; Pont, T. I, nº 1043.

qu'alors il n'a pas agi *procuratorio nomine*, mais en son propre nom, de sorte que sa position à l'égard du mandant est celle d'un emprunteur. Ce jurisconsulte nous semble avoir perdu de vue le motif qui a dicté l'art. 1996. Ce motif, que nous avons déjà indiqué, se trouve formellement exprimé dans le discours du tribun Bertrand de Greuille au Corps législatif, et dans le rapport du tribun Tarrible. Ce dernier orateur disait en effet : « Le mandataire se « consacre à la gestion des affaires de son commettant, « sans que, d'après la nature du contrat, il doive en « recueillir aucun bénéfice ; il a fallu de là tirer cette « juste conséquence, etc. (1). » On voit donc que, de quelque nature que soient les avantages qui ont été retirés des biens du mandant, et quelle que soit la cause qui leur ait donné naissance, ils ne peuvent rester entre les mains du mandataire (2).

390. — Nous avons supposé jusqu'ici que l'emploi fait par le mandataire n'a causé aucun préjudice au mandant. S'il en était autrement, le mandataire devrait, en outre des intérêts légaux, indemniser le mandant du dommage qu'il lui a fait éprouver. Tel serait le cas où le mandataire aurait distrait à son profit les sommes qu'il devait verser à un créancier, et où ce créancier aurait fait des saisies et assigné le mandant en justice. Cette décision n'est en rien contraire à l'art. 1153 C. civ., car l'obligation du mandataire est une véritable obligation de faire ; et il ne s'agit pas d'intérêts moratoires, mais de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du défaut d'exécution.

391. — En outre de la pénalité civile prononcée par

(1) Favard de Langlade, T. I, p. 693.
(2) Pont, T. I, nº 1045 ; Domenget, T. I, nº 359.

l'art. 1996 C. civ., le mandataire qui a employé à son profit les sommes appartenant au mandant, peut se trouver passible des peines prononcées par l'art. 408 C. pén. pour abus de confiance. Sous l'empire de l'art. 408, tel qu'il était rédigé primitivement, le mandataire gratuit ne pouvait jamais être considéré comme coupable d'abus de confiance ; les lois des 28 avril 1832 et 13 mai 1863, qui ont modifié successivement cet article, y ont soumis le mandataire gratuit aussi bien que le mandataire salarié. L'art. 408 est ainsi conçu depuis cette dernière loi : « Quiconque « aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétai- « res, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, mar- « chandises, billets, quittances ou tous autres écrits con- « tenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui au- « raient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de man- « dat, de nantissement, de prêt à usage ou pour un tra- « vail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou « représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déter- « miné, sera puni des peines portées en l'art. 406. » Pour que l'abus de confiance existe, il faut que le mandataire ait eu l'intention frauduleuse de s'approprier les sommes (1), ou du moins qu'il les ait employées à son profit en n'ignorant pas qu'il se mettait dans l'impossibilité de les rendre (2). L'insolvabilité du mandataire n'a d'ailleurs jamais été considérée comme une condition de l'existence du dé-

(1) Carnot, *Commentaire sur le Code pénal*, sur l'art. 408; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, T.V, nos 2054 et suiv.; Boitard, *Leçons de droit criminel*, sur l'art. 408. — Cr. rej. 27 avril 1844 (J.P. 1844, 1,777), 11 janv. 1845 (J. P. 1845, 1, 488), et 20 août 1849 (J. P. 1851, 1, 13). — V. cep. Cr. cass. 14 oct. 1854 (J. P. 1856, 2, 135); Nancy, 30 nov. 1858 (J. P. 1859, 1193).

(2) Orléans, 19 janv. 1852 (J. P. 1852, 1, 275) ; Metz, 27 nov. 1856 (J. P. 1857, 784).

lit (1). On devrait donc considérer comme coupable d'un abus de confiance, le mandataire qui, chargé de faire des achats pour le compte du mandant avec des fonds remis à cet effet, majorerait les prix qu'il a véritablement payés pour s'approprier la différence. La Cour d'Amiens l'a ainsi décidé relativement à un commis qui, chargé de débattre avec les ouvriers de son patron le prix de leurs salaires et de les payer avec des sommes à lui confiées dans ce but, avait fait accepter au moment du paiement des réductions sur le prix convenu et s'en était approprié le montant, au lieu d'en rendre compte à son mandant (2).

392. — Si le mandataire n'avait fait usage des capitaux du mandant qu'avec son autorisation, la question, on le comprend, serait tout-à-fait différente; on n'aurait aucune faute à reprocher au mandataire; et indépendamment du contrat de mandat, il se formerait un contrat de prêt soumis aux règles ordinaires. Les intérêts ne seraient donc dus qu'en vertu d'une stipulation formelle, et la restitution du capital ne pourrait être exigée que dans les délais fixés par le contrat, et non au moment de la reddition du compte.

393. — Le mandataire étant tenu de gérer en bon père de famille, doit compte de tout ce qu'il a négligé de recevoir, et, pour éviter cette restitution, il ne peut pas toujours se prévaloir des termes du mandat. Ainsi, un mandataire chargé de faire un achat à un prix fixé, serait responsable de la différence, s'il était prouvé que le prix moyen de cet objet sur la place était beaucoup moins élevé; le prix fixé est simplement un maximum et il est

(1) Cr. cass. 28 avril 1859, et Nancy, 7 juin 1859 (J. P. 1860, 202).

(2) Amiens, 16 déc. 1878 (J. P. 1879, 105).

du devoir d'un administrateur d'acheter aux meilleures conditions possibles. Par suite du même principe, il doit aussi les intérêts des sommes qu'il était chargé de placer et dont il n'a pas fait l'emploi prescrit.

394. — Le mandataire n'est redevable que des sommes qu'il a réellement touchées ; car il n'est pas responsable de l'insolvabilité des débiteurs du mandant, ni même de l'insolvabilité de ceux avec lesquels il a traité, pourvu qu'ils fussent solvables au moment du contrat ou du moins fussent généralement considérés comme tels ; mais, jusqu'à preuve contraire, il est censé avoir reçu le montant de toutes les créances, et il ne peut être déchargé de l'obligation de les porter en compte, que s'il prouve, non seulement qu'il ne les a pas encaissées, mais aussi qu'il a fait en temps voulu et sans succès toutes les diligences nécessaires pour obtenir le paiement. Pour la régularité du compte, il serait utile d'ailleurs que le mandataire fit un chapitre à part pour les sommes à recouvrer, ainsi que l'exige l'art. 533 C. pr. pour les comptes rendus en justice (1).

395. — *Débit.* Le mandataire peut exiger le remboursement de toutes ses avances et de tous les frais, pourvu que ces dépenses aient été légitimement faites et n'aient pas été occasionnées par sa faute. C'est en ce sens qu'il faut entendre les termes de l'art. 1999 : « S'il n'y a aucune « faute imputable au mandataire; » car il est évident que si le mandataire a commis une faute dans l'exécution du mandat, il n'est pas déchu par ce seul fait du droit de réclamer ses avances et ses frais ; il est simplement tenu de dommages-intérêts, à moins cependant que la faute

(1) Laurent, T. XXVII, nº 504.

ne soit telle qu'elle autorise le mandant à laisser toute l'opération pour le compte du mandataire.

Ce droit de réclamer le remboursement des dépenses ne dépend aucunement de la réussite de l'affaire, ni du degré d'utilité qu'elles ont eu pour le mandant. La demande du mandataire ne peut non plus être restreinte sous le prétexte qu'il aurait pu agir à moindres frais. L'art. 1999 a pris soin de le dire, et a consacré ainsi la doctrine du Droit romain. Il ne faut cependant pas pousser cette règle à l'extrême. Le mandataire ne peut réclamer que les frais autorisés par l'usage et qui constituent des actes de bonne administration ; si les dépenses ont été exagérées, il ne saurait en exiger le remboursement, car il serait en faute, et elles devraient être réduites dans une juste mesure.

396. — La loi a voulu empêcher que le mandat soit une source de profits pour le mandataire, mais d'un autre côté elle n'a pas voulu qu'il lui cause de préjudice. Aussi toutes les fois que le mandataire se trouve obligé de faire des avances, ce qui l'empêche de faire fructifier ces sommes à son profit, le mandant lui en doit-il les intérêts légaux à partir du jour où ces avances ont été faites. On doit assimiler aux avances, les capitaux qui ont été immobilisés entre les mains du mandataire pour le service du mandant (1). Si le mandataire avait emprunté sans intérêts l'argent avec lequel il a fait les avances, pourrait-il en réclamer les intérêts au mandant ? La négative est certaine, du moins en thèse générale, car il n'éprouve aucun préjudice de l'emploi auquel sont affectées ces sommes, surtout si le prêteur a fait le prêt gratuitement pour ren-

(1) Pont, T. I, nº 1093 ; Troplong, nº 677 ; Laurent, T. XXVIII, nº 12 bis.

dre service au mandant. Mais si le prêteur avait voulu faire remise des intérêts en faveur du mandataire seul, la solution contraire devrait être admise.

D'après l'art. 2277 les intérêts des sommes prêtées se prescrivent par cinq ans. Les avances n'étant autre chose que des prêts, le mandataire peut-il porter en compte les intérêts échus depuis plus de cinq ans ? Nous admettons l'affirmative ; car le montant des avances est un des éléments du compte et il faudra que ce compte soit définitivement réglé pour que l'on puisse connaître avec certitude le chiffre de ces avances et par suite le quantum des intérêts. La prescription quinquennale ne peut donc être applicable dans ce cas (1).

397. — Il faut d'ailleurs observer que le mandataire ne peut réclamer d'intérêts pour les avances que s'il a été dans la nécessité d'employer ses propres capitaux. S'il détient des sommes pour le compte du mandant, il doit commencer par en faire l'emploi ; l'équité exige que le mandataire ne se serve pas du mandat pour opérer des placements de fonds au préjudice du mandant. La solution serait la même si, au lieu de sommes d'argent, le mandataire avait entre les mains pour le mandant des effets ou billets négociables.

Le droit de réclamer les intérêts des avances n'appartient pas non plus au mandataire, si par sa faute il a retardé l'apurement du compte.

398. — Tout mandataire, quelle que soit sa qualité, a droit aux intérêts de ses avances. Ainsi il a été jugé

(1) Req. 13 févr. 1836 (J. P. à sa date) ; 7 nov. 1864 (J. P. 1865, 142), et 12 mars 1878 (J. P. 1881, 150). — Aubry et Rau, T. VII, § 774, p. 437 ; Laurent, T. XXXII, nº 453. — V. cep. Amiens, 14 juin 1871 (D. P. 1872, 2, 58). — Pont, T. I, nº 1099.

qu'une femme qui avait payé une dette de son mari, avait droit aux intérêts du jour du paiement (1).

Toutefois, la jurisprudence fait une exception pour le notaire qui a avancé les droits d'enregistrement et les autres frais de l'acte qu'il a reçu (2). Cette solution a été fortement critiquée par M. Pont (3). Nous n'hésiterions pas à admettre l'opinion de cet auteur, si le notaire, agissant comme officier public, était le mandataire des parties ; et cette circonstance que, dans ses rapports avec le fisc, le notaire est tenu personnellement du paiement des frais et des droits d'enregistrement, ne nous semblerait pas un motif suffisant pour empêcher que, dans ses rapports avec le client, ces frais ne dussent être considérés comme une suite, une conséquence du mandat ; les arrêts qui considèrent les notaires comme des mandataires sont donc logiques en lui accordant le droit aux intérêts (4). On peut au contraire faire le reproche d'inconséquence à la doctrine de Troplong (5), ainsi qu'à la plupart des arrêts qui donnent une solution contraire. Si nous adoptons les conclusions de ces derniers arrêts quant à la question des intérêts, c'est qu'il ne se forme aucun contrat de mandat entre le notaire et les parties qui ont recours à lui pour donner l'authenticité à leurs conventions ; certains arrêts l'ont reconnu, notamment un arrêt de Dijon du 22 avril

(1) Civ. rej. 26 févr. 1861 (J. P. 1862, 186).

(2) Civ. rej. 11 nov. 1833 (J. P. à sa date) ; Req. 24 juin 1840 (J. P. 1840, 2, 128) ; Civ. cass. 18 mars 1850 (J. P. 1850, 1, 699) ; Civ. cass. 24 janv. 1853 (J. P. 1853, 1, 525) ; Dijon 22 avril 1844 (J. P. 1846, 1, 269).

(3) Pont, T, I, nº 1096 et *Revue critique* 1853, T. III, p. 259.

(4) Riom, 8 déc. 1838 (J. P. 1839, 2, 386) ; Grenoble, 14 juillet 1838 (J. P. 1846, 1, 268).

(5) Troplong, nº 684 ; Domenget, T. I, nº 523.

1844 (1) et un arrêt de Cassation du 18 mars 1850 (2). Il faut donc chercher ailleurs qu'au titre du mandat les règles qui doivent fixer leurs droits et leurs obligations respectives. L'art. 30 de la loi du 22 frimaire an VII, qui s'occupe du recours du notaire contre la partie, ne parlant pas des intérêts, on doit donc se reporter à la règle générale d'après laquelle les intérêts ne courent que du jour de la demande en justice (art. 1153 C. civ.). On a objecté que le notaire, s'il n'est pas le mandataire des parties, doit être considéré comme leur caution, aux termes de l'art. 1216 C. civ., ce qui lui donne le droit aux intérêts. Nous n'admettons pas ce raisonnement; si le débiteur solidaire ou la caution a en général droit aux intérêts, c'est parce qu'il s'est obligé, soit en vertu d'un mandat, soit comme gérant d'affaires, dans le but d'être utile au débiteur principal. La position du notaire est tout-à-fait différente ; il est débiteur directement par une disposition formelle de la loi, et s'il paie, ce n'est pas comme mandataire ou gérant d'affaires des parties, mais comme obligé personnel (3).

Lorsque les notaires agissent pour le compte d'une personne et non en leur qualité d'officiers ministériels, il est évident qu'ils ont le droit, comme tout autre mandataire, de réclamer les intérêts de leurs avances. Il en est ainsi, par exemple, pour le notaire chargé par les héritiers de payer les droits de succession, ou les créanciers du défunt (4).

(1) J. P. 1846, 1, 269.
(2) J. P. 1850, 1, 699.
(3) Cpr. Laurent, T. XXVIII, n° 17 ; Aubry et Rau, T. IV, § 414, note 3, p. 648.
(4) Req. 31 déc. 1845 (J. P. 1846, 2, 433); Pau, 25 févr. 1867 (J. P. 1868, 896).

399. — Quant aux avoués, on établit généralement une distinction entre les avances faites par eux en qualité de mandataires *ad negotia* et celles faites en qualité de mandataires *ad litem*, en accordant dans le premier cas les intérêts à partir du jour où les avances ont été faites, et, dans le second cas, à partir de la demande en justice seulement (1). Les motifs de cette distinction ne nous semblent aucunement justifiés ; car, dans les deux cas, les avoués agissent en qualité de procureurs chargés de représenter les parties ; ils font les avances des frais de procédure en vertu de leur mandat d'agir, et non pas en qualité de gérants d'affaires, ainsi qu'on l'a soutenu. Ils peuvent donc réclamer le bénéfice de l'art. 2001 (2).

400. — Le mandataire peut aussi, suivant les dispositions de l'art. 2000 C. civ., porter en compte toutes les pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion sans imprudence qui lui soit imputable. Le Code a donc traité la question d'une façon beaucoup plus large que ne le faisait Pothier d'après les lois romaines, et il n'y a plus à distinguer si le mandat a été la cause ou s'il n'a été que l'occasion des pertes subies; les juges doivent rechercher simplement si le mandataire n'eût pas éprouvé ce préjudice en n'exécutant pas le mandat (3).

Il ne faut pas cependant donner à l'art. 2000 une exten-

(1) Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, T. I, p. 174; Larombière, sur l'art. 1153, n° 35; Bioche, v° *Avoué*, n° 249; Domenget, T. I, n° 521. — Rennes, 28 mars 1851 (J. P. 1851, 2, 329); Douai, 29 déc. 1852 (J. P. 1854, 2, 469); Req. 14 janv. 1868 (J. P. 1868, 411).

(2) Chauveau, *Commentaire du tarif*, T. I, p. 87 ; Rivoire, *Dictionnaire du tarif*, p. 39 ; Pont, T. I, n° 1111 ; Laurent, T. XXVIII, n° 16.

(3) Troplong, n°s 634 et suiv.; Aubry et Rau, T. IV, § 414, texte et note 4, p. 648; Pont, T. I, n° 1113.

sion que son esprit repousse. Pour que le mandataire puisse exiger une réparation, il est nécessaire que non seulement il y ait absence de toute faute et même de toute imprudence de sa part, mais que le préjudice soit une conséquence de l'exécution du mandat en lui-même. Aussi ne peut-il y avoir de doutes sur la solution de la question suivante traitée par Pothier : Si la gestion du mandat a tellement pris tout le temps du mandataire qu'il n'a pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires, est-il fondé à demander à être indemnisé du préjudice que ses intérêts en ont éprouvé ? La négative est évidente ; car, ainsi que le fait remarquer Pothier, si le mandataire avait refusé le mandat, le mandant se serait adressé à une autre personne. Il est donc en faute d'avoir accepté le mandat à la légère et cette faute ne peut occasionner un surcroît de frais pour le mandant (1).

401. — Enfin le mandataire peut porter au débit du compte le salaire fixé par la convention. Le Code, tout en rejetant l'opinion des jurisconsultes romains et des anciens auteurs qui considéraient la gratuité comme de l'essence du mandat, a voulu cependant conserver à ce contrat son caractère officieux. De là la règle posée par l'art. 1986 : « le mandat est gratuit, s'il n'y a convention « contraire. » Cette convention n'a pas d'ailleurs besoin d'être formelle; comme toute autre, elle peut résulter d'un concours tacite de volontés. Il faut donc rechercher quelle a été l'intention des parties en donnant et en acceptant le mandat. Leurs habitudes, la nature de leurs rapports ordinaires peuvent fournir sur ce point des indications précieuses. Leur intention ne saurait être douteuse lorsque le mandat est donné à des personnes dont

(1) Pothier, n° 77. Ed. Dupin, T. IV, p. 246; Pont, T. I, n° 1114.

la profession consiste à recevoir des mandats salariés, tels que les agents d'affaires et les avoués. Les mandats donnés aux notaires et aux avoués, même en dehors de leurs fonctions habituelles, doivent être réputés salariés; un tel mandat leur est donné à raison de leur expérience en affaires et non pour des motifs d'amitié, et on ne peut supposer qu'ils consentent à prêter le concours de leurs lumières sans avoir l'espérance d'être récompensés de leurs soins (1). En matière commerciale, si, pour rester fidèle au principe, on ne veut pas poser comme règle générale que le salaire est de droit (2), on doit reconnaître cependant qu'en fait, à moins de circonstances exceptionnelles, la gratuité ne devra pas être présumée; car l'essence du commerce est de ne rien faire sans indemnité; son but est le profit.

402. — Le salaire peut être exigé alors même que l'affaire n'a pas réussi, pourvu qu'il n'y ait aucune faute de la part du mandataire. Dès qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir, on ne peut exiger davantage, et il n'est pas garant de la réussite. Mais rien ne s'oppose à ce que les parties subordonnent le paiement du salaire au succès de l'affaire. Cette clause devrait être observée.

403. — En principe, le salaire convenu est dû en totalité, et les tribunaux ne peuvent, croyons-nous, le

(1) Laurent, T. XXVII, nos 342 et suiv.; Pont, T. I, no 886; Aubry et Rau, T. IV, § 410, note 8, p. 635. — Cependant un jugement du Tribunal de la Seine du 28 déc. 1867 (D. P. 1867, 3,144) a décidé le contraire pour un notaire; mais le tribunal déclaré qu'il n'était pas établi qu'il fût d'usage, à Paris, de réclamer des honoraires dans le cas en litige et constate que le notaire n'avait jamais réclamé jusqu'alors d'honoraires, et même qu'à l'audience il n'avait pas insisté sur ce chef. Ces motifs sont plus que suffisants pour motiver la décision.

(2) Laurent, T. XXVII, no 343.

réduire sous le seul prétexte qu'il est excessif. La jurisprudence est à peu près unanime cependant pour reconnaître aux juges le pouvoir discrétionnaire de mettre les honoraires en rapport avec les services rendus (1). Cette opinion est aussi celle de plusieurs auteurs (2). Ce système tire un argument *a contrario* du dernier alinea de l'art. 1999, qui refuse au mandant le droit de faire réduire les frais et avances, sans parler du salaire. Cet argument n'est rien moins que concluant. La loi a dû s'expliquer en ce qui concerne les frais et avances, pourquoi ? parce que précisément aucune convention n'intervient pour fixer *ab initio* le montant des frais et des avances que pourra faire le mandataire, et que par suite le mandant aurait pu les critiquer ; mais pour quel motif l'art. 1999 aurait-il parlé du salaire ? Est-ce que le salaire n'est pas fixé à l'avance du consentement réciproque des deux parties, et est-il de principe que l'œuvre commune et librement consentie des deux contractants puisse être abrogée par la volonté d'un seul ? Peut-être le mandataire n'a-t-il accepté le mandat qu'en vue du salaire élevé qui lui était offert. Pourquoi l'en frustrer, s'il n'y a pas faute de sa part ? Le système suivi par la jurisprudence nous paraît donc méconnaître complètement le principe de la liberté des conventions et violer les dispositions de l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu *de loi* « à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révo- « quées que de leur consentement mutuel, ou pour les

(1) Req. 7 févr. et 18 avril 1855 (J. P. 1855, 2,515) ; Req. 12 janv. 1863 (J. P. 1863, 580) ; Civ. rej. 29 janv. 1867 (J. P. 1867, 629) ; Civ. cass. 13 fév. 1872 (J. P. 1872, 25) ; Req. 8 avril 1872 (J. P. 1872, 507) ; Req. 28 févr. 1877 (D. P. 1878, 1, 78) ; Paris, 12 janv. 1856 (J P. 1856, 1, 82) ; Paris, 23 sept. 1857 (J. P. 1858, 433) ; Paris, 9 juin 1871 (J. P. 1871, 518).

(2) Troplong, nos 247 et 632 ; Pont, T. I, no 1109.

« causes que la loi autorise. » Or, en demandant la réduction du salaire, le mandant ne peut se prévaloir que d'une chose, de la lésion ; et l'art. 1118 dispose que la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats déterminés dont ne fait pas partie le mandat ; et d'ailleurs la lésion annulerait le contrat pour le tout, mais elle ne donne jamais aux juges le pouvoir de substituer leur volonté à celle des parties pour refaire le contrat à leur gré. Pour terminer sur ce point, nous citerons les paroles suivantes du célèbre professeur de Gand : « Si les conventions « sont une loi pour les parties, elles sont aussi une loi « pour le juge ; il est appelé à exécuter les contrats, et « non à les modifier. Aucune considération d'équité ne « l'y autorise. Quand il y a des raisons pour permettre « au juge de modifier les conventions, c'est au législa- « teur, et à lui seul, de voir si l'équité doit l'emporter « sur le droit strict (1). »

404. — Le salaire peut cependant être réduit dans les cas suivants :

1° Lorsque par suite d'évènements ultérieurs, le mandataire a été dispensé d'accomplir une partie des choses dont il était chargé. Tel est le cas de révocation par le mandant après un commencement d'exécution. On peut aussi en voir un exemple dans un arrêt de Cassation du 9 mai 1866 (2).

2° Lorsqu'un cas fortuit empêche d'achever l'exécution du mandat, que ce cas fortuit porte sur l'objet même du

(1) Laurent, T. XXVII, n° 347, et T. XXVIII, n° 23 ; Demolombe, *Revue de législation*, T. II, 146, p. 447 ; Aubry et Rau, T. IV, § 414, texte et note 9, p. 649 ; Domenget, T. I, n° 152. — Paris, 27 juin 1863 (J. P. 1863, 584).

(2) J. P. 1866, 737.

mandat, ou que l'obstacle provienne soit de la part du mandant soit de la part du mandataire.

Ce ne sont pas là des exceptions à la règle que nous avons posée au numéro précédent. Le juge ne substitue pas sa volonté à celle des parties ; au contraire il la respecte en l'interprétant. Le mandant n'a en effet promis le salaire que pour l'exécution totale du mandat. Si l'exécution est partielle, il est conforme aux intentions présumées des contractants qu'on lui fasse subir une réduction proportionnelle (1).

405. — Le salaire peut être refusé complétement au mandataire :

1° Lorsqu'il s'est rendu coupable dans sa gestion de dol ou de fautes ayant occasionné un préjudice au mandant ; c'est ce qui ressort de l'art. 1999. Toutefois, si le mandataire avait bien géré dans une certaine limite, on devrait tenir compte de la bonne gestion, et accorder le salaire dans cette mesure (2).

2° Lorsque le mandat a été conclu et le salaire fixé par suite des manœuvres dolosives du mandataire. Dans une opinion, le salaire ne devrait pas être refusé en totalité, mais seulement réduit par le tribunal dans une juste mesure (3). Cette doctrine est inadmissible ; car le dol a pour effet d'annuler la convention et par suite la promesse de salaire qui en était une des clauses (4).

Pour compléter l'énumération des cas où le salaire ne peut être réclamé, nous avons à ajouter :

(1) Laurent, T. XXVII, n° 354, et T. XXVIII, n° 27.

(2) Cpr. Pont, T. I, n° 1102 ; Troplong, n°s 136 et suiv. ; Laurent, T. XXVIII, n° 25.

(3) Aubry et Rau, T. VI, § 414, p. 649. — Paris, 27 juin 1863 (J. P. 1863, 584) ; Civ. rej. 20 janv. 1867 (J. P. 1867, 629).

(4) Laurent, T. XXVII, n° 354. — Req. 7 août 1837 (J. P. 1837, 2, 374).

3° Le cas où l'exécution du mandat se trouve empêchée par cas fortuit, avant tout commencement d'exécution.

4° Le cas de révocation *rebus integris*, quand même le mandataire aurait, malgré la révocation, géré utilement l'affaire dont il avait été chargé.

406. — A la différence des avances et des frais, le salaire n'est pas de plein droit productif d'intérêts. Ainsi, en supposant le salaire fixé à un tant pour cent des sommes touchées par le mandataire, celui-ci ne peut porter en compte les intérêts du salaire perçu sur chacun des recouvrements et du jour de ces recouvrements. Le motif de cette différence est palpable. Le mandataire a droit aux intérêts de ses avances, parce qu'en employant ses capitaux pour le bénéfice du mandant, il se prive du moyen de les faire fructifier. A l'égard du salaire, il se trouve dans la position de tout autre créancier ; il n'a donc droit aux intérêts que du jour de la demande en justice.

407. — Une question nous reste à examiner. Le mandataire a pu se substituer quelqu'un et lui promettre un salaire. Peut-il porter ce salaire indépendamment du sien propre, c'est-à-dire comme un déboursé? doit-il au contraire l'imputer sur celui qui lui est attribué personnellement ? Il faut faire une distinction. La substitution était-elle nécessaire pour l'exécution du mandat, le mandataire peut considérer le salaire qu'il a payé comme des frais nécessités pour l'accomplissement du contrat. Cette substitution n'a-t-elle eu lieu au contraire que pour son avantage et sa commodité personnelle, c'est lui qui devra supporter le salaire qu'il a promis ; car ce ne sont pas là des frais faits à juste titre et de nature par conséquent à être opposés au mandant (1).

(1) Cpr. Pont, T. I, n° 1110 ; Domenget, T. I, n° 467 ; Troplong, n° 640.

408. — *Balance.* Une fois le chiffre des recettes d'une part et le chiffre des dépenses, frais et salaire, d'autre part, ainsi fixé, il reste à rapprocher ces deux éléments du compte pour voir par leur différence de quel côté se trouve le reliquat. C'est dire qu'il se fait de plein droit une compensation entre la créance du mandant et ce qui est dû au mandataire, de sorte que le mandant ne pourrait céder à un tiers la totalité des sommes portées à son crédit, sans déduction du montant des dépenses, et que le mandataire aurait le droit d'opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'au mandant (1). Cette compensation découle directement des art. 1289 et suiv. C. civ.

409. — Il est évident d'ailleurs que le mandataire n'est pas tenu de donner son compte tel que nous l'avons supposé jusqu'ici, c'est-à-dire en faisant un total des recettes d'une part et des dépenses de l'autre, et ensuite la balance des deux totaux. Il peut procéder par échelette, c'est-à-dire imputer au fur et à mesure des recouvrements les sommes en provenant, d'abord sur les intérêts de ses avances et ensuite sur le capital. Ce droit a été formellement reconnu au mandataire par la jurisprudence (2), et le doute n'est pas possible ; en effet l'art. 1254 dispose que le débiteur ne peut forcer le créancier à imputer le paiement sur le capital préférablement aux intérêts ; si le paiement n'est que partiel, le créancier est autorisé à faire l'imputation d'abord sur les intérêts et pour le surplus sur le capital. En établissant son compte de cette façon, le mandataire doit seulement veiller à ne pas ajouter au capital la partie des intérêts qui n'a pas été éteinte par la compensation, pour ne pas lui faire produire des intérêts à son tour.

(1) Besançon, 13 mai 1854 (J. P. 1854, 1, 538).
(2) Req. 22 nov. 1858 (J. P. 1859, 1047); Pont, T. I, n° 1100.

410. — Le reliquat du compte n'est pas de plein droit productif d'intérêts. La différence que présente cette deuxième partie de l'art. 1996 C. civ. avec la première, est facile à comprendre. Dès que le mandataire n'emploie pas à son profit les sommes du mandant, celui-ci, s'il ne les réclame pas, ne peut avoir aucun motif pour prétendre à des intérêts ; il se trouve dans la position de tout autre créancier, et rien de particulier n'existe en sa faveur pour que l'on déroge au principe fondamental de notre Droit, qui n'admet pas cette règle du Droit romain : *dies interpellat pro homine*. L'art. 1996 a cependant dérogé en un point au droit commun en faveur du mandant ; pour faire courir les intérêts, une demande en justice n'est pas nécessaire, il suffit d'une simple mise en demeure, c'est-à-dire d'une sommation par huissier ou même d'une reconnaissance écrite. Le motif de cette dérogation est que le mandataire doit toujours tenir à la disposition du mandant les sommes qu'il a reçues pour son compte. S'il ne paie pas malgré une mise en demeure, on doit présumer qu'il ne les a plus en sa possession et par suite qu'il les a employées à son usage (1). Aussi une sommation en reddition de compte, ou même une action judiciaire intentée dans le même but, ne pourrait-elle faire courir les intérêts, la même présomption ne pouvant plus exister, puisque c'est seulement après l'apurement du compte que l'on peut savoir s'il y a un reliquat, et si le mandataire est débiteur (2).

411. — Il est admis que, en agissant en vertu de l'art. 1153 C. civ. qui pose la règle générale en matière d'inté-

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 413, note 8, page 644.

(2) Pont, T. I, nº 1049 ; Aubry et Rau, T. IV, § 413, note 8, p. 644 ; Laurent, T. XXVII, nº 515. — Req. 20 avril 1863 (J. P. 1864, 45).

rêts moratoires, il n'est pas nécessaire que la somme soit liquide, pour qu'on soit autorisé à réclamer du tribunal une condamnation au paiement des intérêts. Faut-il voir dans les termes de l'art. 1996 une exception à ce principe, et est-il nécessaire que le montant du reliquat soit fixé d'une manière définitive pour que les intérêts puissent être demandés en justice ? Répondre par l'affirmative, ce serait certainement donner à ces mots une portée qu'ils n'ont jamais eue dans l'esprit du législateur ; en faisant une exception en faveur du mandant, il n'a pu lui refuser le bénéfice du droit commun. L'art. 1996 est donc fait simplement pour l'hypothèse où le compte a été rendu. Mais est-il applicable au cas seulement où il a été procédé par voie de reddition de compte conformément aux art. 526 et suiv. du Code de procédure? Un arrêt de Cassation semble vouloir le dire (1); mais cette restriction ne doit pas être admise, car elle ne se trouve pas dans le texte de cet article, et il est de principe que le mandant et le mandataire sont libres d'employer la voie qui leur convient pour arriver au règlement de leurs intérêts (2).

412. — L'art. 1996 ne prévoit que l'hypothèse où le mandataire se trouve débiteur du reliquat. L'autre hypothèse n'avait pas besoin d'être réglée; en effet, ou la somme due consiste en avances, et les intérêts courent du jour où ces avances ont été faites; ou le reliquat se compose du montant du salaire, et nous avons vu que le salaire n'est productif d'intérêts que conformément au droit commun, c'est-à-dire au moyen d'une demande en justice.

413. — L'art. 541 C. pr. porte qu'un compte ne peut pas être révisé ; cette solution se comprend lorsque le

(1) Civ. cass. 21 août 1872 (J. P. 1872, 1004).
(2) Cpr. Laurent, T. XXVII, nº 516 ; Pont, T. I, nº 1049.

compte a été rendu en justice, et s'explique par l'autorité de la chose jugée. Cet article doit-il aussi être appliqué au compte extrajudiciaire? L'affirmative est certaine, non plus en vertu du principe de la chose jugée, mais de celui de l'irrévocabilité des conventions (1). Le mandant, une fois qu'il a approuvé le compte, ne peut plus revenir sur son approbation et remettre tout en question.

S'il est défendu de réviser un compte approuvé, c'est-à-dire de recommencer l'examen et la discussion de chacun des éléments du compte, les parties sont autorisées à le redresser pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois ; le redressement diffère de la révision en ce que l'ensemble du compte n'est pas attaqué, mais seulement un article spécifié sur ce compte que la partie prouve faire double emploi avec un autre, ou être porté pour une somme supérieure ou inférieure à celle qui est constatée par le titre. Il est évident aussi que l'apurement d'un compte ne fait pas obstacle à ce que le mandataire réclame le paiement d'une créance qu'il y aurait omise (2). Enfin le redressement peut porter sur des erreurs de calcul.

L'art. 541 ne s'applique qu'aux comptes proprement dits, c'est-à-dire aux comptes détaillés et appuyés de pièces justificatives, pour lesquels le contrôle est possible. Mais on ne saurait considérer comme un compte une simple note énonçant le total des sommes reçues et le total des sommes dépensées; et quand même le mandant aurait donné quittance et décharge du reliquat, il n'en aurait pas moins le droit de réclamer ensuite un compte détaillé avec pièces à l'appui. Sans doute, si le mandant était convenu dans le contrat de se contenter du

(1) Req. 10 sept. 1812 (J. P. à sa date); Orléans, 2 déc. 1853 (J. P. 1855, 1, 171); Civ. rej. 26 nov. 1855 (J. P. 1857, 602).

(2) Civ. cass. 30 janv. 1861 (J. P. 1861, 240).

résultat sommaire de la gestion, il ne pourrait revenir sur cette convention et exiger un autre compte, à moins de prouver le dol du mandataire; mais à défaut de toute convention, le mandant ne saurait être présumé, contrairement à ce que pensent MM. Delamarre et Le Poitvin (1), avoir renoncé à ses droits et transigé sur les erreurs, omissions, faux et doubles emplois (2).

E. — Cas où le mandataire se trouve débiteur de corps certains.

414. — Lorsque le mandataire détient un corps certain pour le compte du mandant, soit que cet objet lui ait été remis par le mandant lui-même pour les besoins de la gestion, soit qu'il l'ait reçu d'un tiers par achat, donation ou de toute autre manière, il est tenu de le rendre en nature au mandant, encore bien que ce corps certain n'appartienne pas à ce dernier ou qu'il ne lui fût pas dû par celui qui l'a remis.

415. — Le Code n'a pas indiqué, comme il l'a fait pour le dépositaire, les devoirs du mandataire lorsqu'il apprend que la chose qu'il a reçue est une chose volée, et quel en est le propriétaire véritable. Mais il ne saurait y avoir de difficulté à appliquer par analogie l'art. 1938 C. civ. En effet le mandataire est jusqu'à un certain point un dépositaire; et si l'art. 1938 a voulu, par des motifs de justice et de morale, que celui qui est simplement détenteur de l'objet ne le remette qu'au véritable propriétaire, les mêmes motifs se présentent avec plus de force pour le mandataire, qui est chargé non seulement de détenir la chose, mais aussi de l'employer pour le service du mandant, c'est-à-dire du voleur. L'intérêt du mandataire lui-même est

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 314.
(2) Req. 10 mars 1869 (J. P. 1870, 774); Alauzet, T. II, nº 857.

d'accomplir les formalités de l'art. 1938, afin de n'être pas exposé à être accusé de complicité et puni comme receleur.

Le mandataire devra donc dénoncer au véritable propriétaire la remise qui lui a été faite, avec sommation de réclamer la chose dans un délai déterminé et suffisant. C'est pour lui un devoir et non une simple faculté, et il ne saurait couvrir sa responsabilité par l'art. 1993 qui prévoit simplement le cas d'un paiement fait sans cause (1). Nous raisonnons d'ailleurs dans l'hypothèse où c'est la personne coupable du vol, qui a remis l'objet au mandataire, que ce soit le mandant lui-même, ou un tiers dans un but de libéralité à l'égard de ce dernier.

416. — Le mandant peut forcer le mandataire à lui remettre les choses qu'il a achetées en son nom, quand bien même le mandataire aurait fait l'acquisition à un prix plus élevé que ne le lui permettait le mandat, sauf à régler la question du prix suivant les distinctions que nous avons établies plus haut [nos 369 et 370].

Si l'achat a été fait au nom du mandant, il n'y a donc pas de difficulté ; mais si le mandataire a acheté en son propre nom, ne peut-il pas dire qu'il a agi pour son compte et non dans l'intérêt du mandant, de sorte que celui-ci aurait seulement le droit de le faire condamner à des dommages-intérêts pour défaut d'exécution ? Pothier décidait que le mandataire peut être forcé à remettre les choses en nature. Cette décision doit être admise; le mandataire ne peut en effet refuser de faire la restitution qu'en se fondant sur son dol et sa mauvaise foi; le mandant est donc en droit de lui répliquer : *nemo auditur suam turpitudinem allegans*; de sorte que, au point de vue de la

(1) Contra : Pont, T. I, n° 1006. — Cpr. Troplong, nos 425 et 426.

loi, il ne peut être réputé avoir agi que pour le compte du mandant (1).

F. — Prescription.

417. — Comme toutes les actions en général, l'action en reddition de compte se prescrit par trente ans. Cette prescription commence à courir du jour où le mandat a pris fin, et où le mandataire a cessé d'agir pour le mandant. C'est au mandataire à prouver cette époque, puisque c'est lui qui opposera l'exception. Pourvu qu'il se trouve dans ce délai, le mandant peut réclamer des sommes qui cependant ont été perçues depuis plus de trente années. En effet, le mandataire n'en a été redevable, leur quantum n'a été définitivement fixé, que du jour de la reddition du compte ; chaque élément du compte ne peut donc se prescrire séparément. C'est pour le même motif que le mandataire ne pourrait pas opposer la prescription quinquennale à la demande des intérêts dus par lui pour avoir

(1) Pont, T. I, nº 982 bis ; Laurent, T. XXVIII, nº 62 ; Pothier, nº 59. Ed. Dupin, T. IV, p. 234. — Req. 5 janv. 1863 (J. P. 1864, 23); Req. 10 mars 1869 (J. P. 1870, 774). — Contra : Duranton, T. XVIII, nºs 199, 234 et 236; Mourlon, T. III, nº 1102. — Cpr. Domenget, T. I, nº 282. — D'après le Code de commerce portugais, art. 777, le mandant ne devient pas propriétaire des choses achetées par le mandataire dans cette hypothèse ; mais il a cependant le droit de les réclamer en lui en offrant le prix. « Quando porém nos termos do artigo precedente o mandatario, « nâo obstante o mandato, contractou expressamente em seu « proprio nome, neste caso o dominio e posse da cousa com- « prada nâo se adquire para o mandante ; mas compete-lhe a « acçâo directa do mandato para obrigar o mandatario, que « faltou a fé, a restituir-lhe as fazendas compradas, offerecido « o preço, nos termos legislados no titulo — *Da compra e* « *venda.* »

employé les sommes du mandant à son usage personnel.

En fixant le point de départ de la prescription au jour où le mandat a pris fin, nous avons supposé le cas qui se présente le plus fréquemment, celui où aucun délai n'a été indiqué pour la reddition du compte et où le compte doit par conséquent être rendu en une fois, à la fin de la gestion. Si le mandant avait stipulé que le mandataire serait obligé de lui remettre des comptes à des époques périodiques, la prescription de chaque créance courrait du jour fixé pour la remise du compte dans lequel elle aurait dû être comprise (1).

418. — Lorsque le compte a été rendu et apuré, le droit de réclamer le redressement pour omissions ou erreurs, et celui d'exiger le paiement du reliquat, s'éteignent également au bout de trente ans à partir de l'apurement. Quant aux intérêts de ce reliquat, ils se prescrivent par cinq ans, conformément à l'art. 2277 C. civ.

419. — La prescription qui enlève au mandant le droit de réclamer son compte au bout de trente années, est une prescription extinctive; le mandataire ne peut donc l'opposer que pour les choses sur lesquelles le mandant n'a qu'un droit de créance, c'est-à-dire l'argent ou les choses *in genere.*

Mais, à raison de la précarité de sa possession, la prescription acquisitive lui est impossible tant que son titre n'a pas été interverti. « On ne peut prescrire contre « son titre. » (art. 2240 C. civ.)

La seule cessation du mandat ne suffirait pas pour opérer l'interversion de titre. Quelle est en effet la cause première de la possession du mandataire, c'est le mandat,

(1) Laurent, T. XXVII, n° 524.

c'est-à-dire une cause précaire; or deux choses seulement peuvent, aux termes de l'art. 2238, changer la nature du titre : une cause venant d'un tiers, ou une contradiction opposée aux droits du propriétaire. L'art. 2237 démontre assez clairement que la cessation de la qualité du possesseur n'opère pas interversion, puisque l'héritier d'un usufruitier, c'est-à-dire une personne qui ne peut posséder qu'après l'extinction de l'usufruit, ne peut cependant prescrire à cause de l'origine du titre de son auteur (1).

Troplong repousse ce système, mais il admet que la reddition de compte suivie de décharge intervertit le titre du mandataire de telle sorte qu'à partir de ce moment, il ne possède plus à titre précaire, mais *animo domini* (2). Cette opinion paraît aussi être celle de M. Demolombe (3); mais elle ne nous semble pas devoir être suivie. En effet, le compte ne porte que sur les sommes reçues ou versées par le mandataire, et la décharge du mandant n'est que l'approbation de ce compte avec reçu du reliquat. Cette décharge n'indique en aucune façon de la part du mandant, l'intention de renoncer à exiger la restitution de ce qui lui appartient; le mandataire en est toujours comptable, il n'en est que le dépositaire. Le mandant est donc fondé à exercer à n'importe quelle époque contre le mandataire une action en revendication pour toutes les choses sur lesquelles il peut établir un droit de propriété (4).

420. — Ce droit de revendication n'est pas d'ailleurs restreint aux immeubles, et c'est en vain, croyons-nous, que le mandataire opposerait à la revendication des meu-

(1) Contra : Vazeille, *Traité des prescriptions*, T. I, nos 126 et 127.

(2) Troplong, *De la prescription*, T. II, no 490.

(3) Demolombe, T. VIII, no 174.

(4) Aubry et Rau, T. II, § 180, texte et note 10, p. 93.

bles l'art. 2279 Cod. civ. Nous avons cependant contre nous l'opinion de jurisconsultes éminents, MM. Pont et Aubry et Rau (1). Ces auteurs admettent bien que la règle *en fait de meubles possession vaut titre* ne peut pas être opposée à l'action *personnelle* en restitution dérivant du mandat ; mais une fois que cette action est prescrite, l'action *réelle* en revendication se trouve, d'après eux, écartée par l'art. 2279.

Nous n'avons pas à discuter ici le point de savoir si l'art. 2279 consacre une prescription instantanée des meubles, ou s'il établit en faveur du possesseur une présomption de propriété. Que l'on admette l'une ou l'autre de ces opinions, la conséquence au point de vue qui nous occupe nous semble devoir être la même. Admet-on la première opinion, on reconnaîtra facilement qu'il n'y a pas de prescription possible, puisqu'il y a possession précaire. Considère-t-on au contraire la possession des meubles comme une présomption de propriété, même *juris et de jure*, encore faut-il que l'on possède *animo domini* et que la possession ne doive pas son origine à un titre précaire. L'art. 2279 n'étant donc pas applicable, le mandant reste propriétaire de la chose et peut par suite la revendiquer.

L'argument que l'on tire du second alinéa de l'art. 2279 pour prétendre que la revendication n'est pas admise contre les meubles, ne nous semble pas concluant. Cet article a eu pour but de protéger les droits des tiers détenteurs. Les droits du vendeur à la propriété du meuble vendu n'étant pas susceptibles d'être contrôlés à cause de leur fréquente transmission, les acheteurs de bonne foi ne pou-

(1) Pont, T. I, n° 1014 ; Aubry et Rau, T. II, § 183, p. 107 et suiv.

vaient rester sous le coup de la revendication du véritable propriétaire ; autrement la facilité des transactions aurait été compromise; de là l'art. 2279 ; mais il suppose un juste titre, et à défaut de ce juste titre, on retombe sous les règles ordinaires de la prescription. C'est une chose d'autant plus certaine qu'elle ressort d'une façon évidente d'un texte du Code. L'art. 2236 contient en effet les dispositions suivantes : « Ceux qui possèdent pour autrui, ne prescri-« vent jamais par quelque laps de temps que ce soit. « Ainsi, le fermier, le *dépositaire*, l'usufruitier, et tous « autres qui détiennent précairement la chose du pro-« priétaire ne peuvent la prescrire. » Or si le dépositaire, qui ne détient jamais que des choses mobilières, ne peut les prescrire, c'est que l'art. 2279 n'est pas applicable aux possesseurs à titre précaire, et par conséquent au mandataire.

421. — Nous avons supposé que les objets se trouvent encore en la possession du mandataire ; car s'il les avait vendus et livrés à un tiers, le mandant n'aurait pas le droit de les revendiquer entre les mains de ce tiers. Bien qu'en vendant une chose qui ne lui appartenait pas, le mandataire se soit rendu coupable d'un abus de confiance, on ne saurait appliquer le dernier paragraphe de l'art. 2279 C. civ., ce paragraphe faisant une exception qui doit être restreinte au cas spécialement prévu, c'est-à-dire au cas de vol (1). Cependant si le tiers était de mauvaise foi, il ne saurait invoquer la règle *en fait de meubles possession vaut*

(1) Aubry et Rau, T. II, § 183, texte et note 9, p. 109 ; Troplong, *De la prescription*, T. II, nº 1070 ; Duranton, T. XV, nº 286; Civ. rej. 22 juin 1858 (J. P. 1859, 481) ; Req. 23 déc. 1863 (J. P. 1865, 426); Paris, 9 avril 1864 (J. P. 1865, 805). — Contra : Toullier, T. XIV, nº 118.

titre (1) ; mais au bout de trente ans, ce tiers possédant en vertu d'un titre translatif de propriété, ne pourrait plus être poursuivi.

SECTION II.

DE LA GARANTIE DES DROITS DU MANDANT.

422. — En Droit romain et dans notre ancien Droit, les comandataires étaient tenus solidairement des suites du mandat. L'art. 1995 C. civ., ayant égard à la gratuité (que le Code a considérée comme la règle générale) des services rendus par les mandataires, n'a pas voulu aggraver leur responsabilité; il les a mis dans la position de débiteurs ordinaires et sous l'application des règles du droit commun, d'après lesquelles la solidarité ne se présume pas (art. 1202 C. civ.).

423. — Il résulte de ce qui précède :

1° Que l'on ne peut faire retomber les dommages-intérêts que sur celui-là seul qui est en faute, les autres ne sont pas garants de sa gestion et de sa conduite. L'application de ce principe aux différentes hypothèses que nous avons prévues au n° 341, est facile. Lorsque le mandant a divisé la gestion, chacun est responsable de l'inexécution ou des fautes qu'il a commises dans les opérations qui lui ont été assignées. A défaut d'indication sur la ma-

(1) Marcadé, sur les art. 2279, et 2280, n° 2 ; Troplong, *De la prescription*, T. II, n° 1061; Demolombe, T. IX, n° 622. — Contra : Aubry et Rau, T. II, § 183, note 29, p. 116.

nière dont doivent gérer les mandataires, ils ont le droit d'agir séparément, et, dans ce cas aussi, chacun est responsable des actes qu'il a accomplis. Enfin si le mandant a ordonné que les mandataires agissent en commun, de telle sorte que le concours de tous soit nécessaire, celui-là seul qui refuserait de prêter son concours serait responsable de l'inexécution, et les autres seraient déchargés en prouvant qu'ils ont fait sommation au mandataire récalcitrant d'avoir à obéir aux prescriptions du mandat.

2° Que si la faute est commune aux mandataires, chacun d'eux ne peut être poursuivi que pour sa part, qui sera généralement proportionnelle au nombre des mandataires, sans que l'on puisse cependant le poser en règle absolue, les tribunaux ayant incontestablement le droit, s'ils apprécient que la faute d'un mandataire est plus lourde que celle des autres, de régler le quantum des dommages-intérêts suivant le degré de faute de chacun (1). De cette seconde proposition découlent les conséquences suivantes : — α. Si un mandat, dans lequel chacun des mandataires pouvait agir à défaut des autres, reste inexécuté, chacun d'eux étant en faute ne peut être actionné que pour sa part dans la faute commune. — β. Si tous les mandataires, ou plusieurs d'entre eux, ont concouru à un même acte, les dommages-intérêts dus pour fautes commises dans l'exécution se partagent également entre eux.

424. — Il semble que cette dernière application de l'art. 1995 dût être hors de toute controverse. Cependant la jurisprudence est contraire. Elle paraît admettre qu'il suffit que l'on ne puisse faire la part de chacun dans la perpétration de la faute, pour qu'une condamnation *in solidum* doive être prononcée contre chacun des manda-

(1) Paris, 18 avril 1836 (J. P. à sa date).

taires (1). La Chambre civile de la Cour de Cassation a, dans un arrêt récent (2), reproduit cette opinion. Cet arrêt, après avoir posé comme principe que la solidarité ne peut résulter que de la convention ou d'une disposition de la loi, et cité l'art. 1995 aux termes duquel il n'y a de solidarité que si elle a été exprimée, continue ainsi : « Attendu que si, en raison de son indivisibilité, la faute « commune peut rendre chacun de ceux qui l'ont com- « mise *responsable de la totalité du préjudice qui en est « résulté, la loi n'en fait pas une règle absolue* et ne met « pas obstacle à ce que les juges du fait ne puissent, sui- « vant les circonstances, diviser la responsabilité et la « proportionner à la part que chacun des coauteurs a « prise à la faute commune. » Nous ne savons quel article du Code *ne défend pas d'une manière absolue* que la responsabilité d'une faute commune se partage entre les mandataires. Au contraire, nous pouvons citer les art. 1202 et 1995 qui défendent d'une manière absolue que la solidarité soit prononcée. La Cour cite cependant ce dernier article, mais nous ne voyons pas qu'elle en ait fait l'application dans l'espèce. Dira-t-on que la condamnation doit être prononcée *in solidum*, parce que la faute est indivisible, et qu'il est impossible de savoir quelle est la part de responsabilité de chacun ? Cette objection n'a aucune valeur. En commettant la faute en commun, les mandataires se sont constitués par là même envers le mandant débiteurs de la somme représentative du préjudice causé, débiteurs du montant des dommages-intérêts. Or cette obligation est-elle indivisible de sa nature ? L'art. 1217 C. civ. indique les

(1) Req. 17 juill. 1876 (J. P. 1876, 1048); Lyon, 24 juin 1871 (J. P. 1872, 468), et 11 juillet 1873 (J. P. 1874, 345).

(2) 12 févr. 1879 (J. P. 1879, 521).

obligations que l'on doit considérer comme indivisibles : ce sont celles qui ont pour objet ou une chose qui *dans sa livraison*, ou un fait qui *dans l'exécution* n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle. Tel n'est pas le caractère de la dette des mandataires. Si elle est divisible, elle se partage *ipso jure* entre chacun des débiteurs. La cause de leur obligation, c'est-à-dire la faute, est, il est vrai, commune à tous ; mais n'en est-il pas de même de toute dette contractée conjointement par plusieurs personnes. On se demande d'ailleurs de quelle utilité serait la disposition de l'art. 1995, s'il était admis que toute faute commune doit faire encourir une condamnation solidaire, sous le prétexte qu'elle est indivisible; car tel sera le cas le plus fréquent; le fait même du défaut d'exécution devrait être, dans le système que nous combattons, considéré comme une faute indivisible, chacun des mandataires étant coupable pour la totalité de n'avoir pas exécuté le mandat (1).

425. — Tout autre serait la question s'il y avait eu concert entre les mandataires pour commettre un délit au préjudice du mandant. Ils seraient dans ce cas condamnés solidairement à la réparation des suites de leur délit. L'art. 55 C. pén. le décide formellement lorsqu'il s'agit d'un délit pénal. Par analogie de motifs, la solution devrait être la même, s'il s'agissait d'un délit civil; car, au point de vue du mandant, il est peu important que le fait des mandataires soit ou ne soit pas passible de peines correctionnelles; ce que l'on punit, c'est leur dol (2).

426. — 3° Que, lors de la reddition des comptes, le

(1) Cpr. Laurent, T. XXVII, nos 470 et suiv.

(2) Pont, T. I, nº 1036; Duranton, T. XVIII, nº 254. — Contra : Laurent, T. XXVII, nº 470.

mandant ne peut réclamer de l'un des mandataires des sommes qui ont été perçues par un autre, ou des choses qui n'ont pas été remises à lui personnellement, quand même le mandataire dépositaire de ces sommes et de ces objets les aurait dissipés et serait devenu insolvable. Il n'en serait autrement que si le mandant avait spécialement chargé le mandataire poursuivi de faire lui-même ces recouvrements, ou si les mandataires avaient ordre d'agir collectivement. Dans ce dernier cas, et en général toutes les fois que les actes de gestion ont été communs, on ne peut réclamer le paiement du reliquat du compte contre chacun des mandataires que pour une part virile.

427. — Le Code a fait une exception à ce principe contre les exécuteurs testamentaires. L'art. 1033 C. civ. dispose qu'ils sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celles qui lui étaient attribuées. Cette exception se justifie aisément si l'on songe que l'exécuteur testamentaire n'est pas le mandataire des héritiers, mais celui du testateur qui le leur a imposé.

428. — L'art. 1995 suppose que les mandataires ont été constitués par le même acte; car il ne peut être question de solidarité si deux personnes se sont engagées par deux contrats distincts, bien que leurs engagements aient un objet commun. Cependant la condition des mandataires qui se sont obligés séparément à accomplir le même mandat, est par la force des choses différente de celle des mandataires constitués par le même acte. En effet chaque mandataire s'est obligé à accomplir la totalité du mandat; dans le cas d'inexécution, chacun d'eux peut donc être poursuivi pour la totalité des dommages-intérêts et non pour une part virile. Mais aussi chacun des manda-

taires est complètement isolé des autres et a ses obligations distinctes; chacun est responsable de ses fautes et ne doit compte que de ce qu'il a perçu. Si le mandat devient impossible à accomplir par la faute de l'un d'eux, celui-là seul est obligé de réparer le préjudice, et les autres sont libérés de leur obligation. La mise en demeure de l'un ne fait pas courir les intérêts contre les autres ; la prescription interrompue à l'égard de l'un, ne l'est pas pour les autres, etc.

429. — Si la solidarité n'existe pas de droit entre les comandataires, rien n'empêche qu'elle ne soit stipulée. Dans ce cas, tous les effets attachés à la solidarité doivent être appliqués. Le mandant peut donc :

1° Poursuivre pour le tout chacun des mandataires, afin de le forcer à accomplir le mandat ou à payer des dommages-intérêts pour inexécution. Le même droit lui appartient pour obtenir réparation des fautes commises dans la gestion, de ceux même qui n'en sont pas coupables, car chacun d'eux s'est obligé à accomplir régulièrement le mandat. Mais il faut, croyons-nous, distinguer du défaut d'exécution et de l'exécution fautive qui constituent un manquement aux obligations dérivant directement du contrat, la perte des corps certains arrivée par la faute de l'un des mandataires; le mandant peut bien en répéter la valeur de tous les autres (1), mais il ne peut exiger de dommages-intérêts que de celui-là seul, par la faute de qui la perte est arrivée (art. 1205). Les mandataires ne sont pas non plus responsables de ce que l'un d'eux a fait en dehors du mandat; car en agissant ainsi, il a agi non pas comme mandataire et en vertu du contrat consti-

(1) Cpr. Pont, T. I, n° 1038; Aubry et Rau, T. IV, § 413, texte et note 10, p. 644; Laurent, T. XXVII, n° 473.

tutif de la solidarité, mais comme *negotiorum gestor* (1).

2° Interrompre la prescription à l'égard de tous, et 3° les mettre tous en demeure et faire ainsi courir les intérêts contre tous, par des poursuites dirigées contre l'un d'eux seulement.

430. — Quand les mandataires ont été constitués par des actes successifs, la solidarité peut aussi être stipulée; mais pour qu'elle produise ses effets, pour que les mandataires soient réputés se représenter réciproquement, il faut que non seulement les derniers constitués déclarent s'obliger solidairement avec les premiers, mais que les premiers viennent aussi déclarer qu'ils entendent se soumettre à la solidarité avec ceux-ci. C'est la conséquence de ce que nous avons dit au n° 341.

431. — *Observation*. Nous avons traité des obligations du mandataire dans l'hypothèse où ce mandataire est une personne ayant la pleine capacité de contracter. Toutes ces règles ne sont évidemment pas applicables aux mineurs et aux femmes mariées non autorisées. S'ils ont capacité pour recevoir un mandat, c'est dans un sens restreint et seulement à l'égard des tiers; mais dans leurs rapports avec le mandant, l'art. 1990 C. civ. a pris soin de faire observer que les règles du droit commun conservaient leur empire. Le mandant n'a donc aucune action contre eux pour leur faire exécuter le mandat ou leur réclamer des dommages-intérêts pour les fautes qu'ils ont commises. Il ne peut même agir en reddition de compte. Il a seulement le droit, en vertu de l'art. 1312, d'exiger la restitution de ce qui a été perçu par eux en vertu du

(1) Domenget, T. I, n° 345; Pont, T. I, n° 1038; Aubry et Rau, T. IV, § 413, p. 644; Laurent, T. XXVII, n° 474. — Civ. cass. 6 avril 1841 (J. P. 1841, 2, 145).

mandat et est tourné à leur profit, par suite de cette règle d'équité qu'ils ne doivent pas s'enrichir aux dépens d'autrui. L'art. 1310 C. civ. lui permet aussi d'agir contre eux en réparation des délits ou quasi-délits dont ils auraient pu se rendre coupables.

SECTION III.

OBLIGATIONS DU MANDANT.

432. — En parlant du compte que doit rendre le mandataire, nous avons, pour présenter dans son ensemble le compte de gestion, examiné non seulement ce dont le mandataire est comptable envers le mandant, mais aussi ce qu'il peut réclamer de lui ; nous avons indiqué par là même les obligations du mandant et nous n'avons pas à y revenir en détail; nous nous bornerons à rappeler ces obligations qui peuvent se ramener à deux :

1° Rendre indemne le mandataire des suites de sa gestion régulièrement accomplie ;

2° Lui payer son salaire, s'il est dû.

Nous pouvons ajouter une troisième obligation qui n'est pas prévue par le Code, et qui peut cependant se présenter. Le mandataire peut avoir reçu mission de traiter en son nom ; il peut aussi, quand bien même il agirait ordinairement au nom du mandant, avoir été amené à prendre un engagement personnel pour les besoins de sa gestion. Le mandant doit l'en décharger en prenant l'obligation à son compte, ou plus simplement en payant le créancier. S'il ne le fait pas, il doit du moins donner au

mandataire une caution suffisante pour le garantir de l'obligation auquel il reste soumis.

433. — Bien que l'art 1999 suppose que le mandataire a fait des avances, il n'en faut pas conclure qu'il soit tenu d'en faire dans tous les cas. Il y a évidemment certaines avances que par l'usage un mandataire est obligé de faire. Mais si les sommes à débourser sont trop considérables, il est en droit de se refuser à en faire l'avance, et il peut forcer par voie d'action le mandant à lui remettre les fonds nécessaires. Nous avons même dit que le refus du mandant dégagerait le mandataire de ses obligations.

434. — Enfin il n'est pas nécessaire que le compte définitif soit rendu et réglé pour que le mandataire réclame le paiement de ses dépenses ou une indemnité pour les pertes qu'il a subies; il peut exiger le remboursement dès que l'avance a été effectuée, et l'indemnité immédiatement après avoir essuyé la perte. Le salaire est aussi exigible dès la fin de la gestion et avant le réglement du compte, pourvu cependant que le mandataire ne soit pas en faute pour avoir négligé de le remettre, et sauf aux tribunaux à ordonner, s'il est nécessaire, que le mandataire donne caution pour garantir les intérêts du mandant (1).

435. — La prescription du droit de réclamer le remboursement des frais et avances, et le paiement du salaire, n'est accomplie qu'au bout de trente ans. Toutefois les avoués ne peuvent réclamer le paiement de leur salaire et de leurs frais après deux ans à compter du jugement des procès ou de la conciliation des parties, ou depuis leur révocation, et au bout de cinq ans pour les affaires non terminées (art. 2273 C. civ.). L'action des huissiers se

(1) Pont, T. I, n° 1119 ; Domenget, T. I, n° 471. — Rennes, 9 avril 1827 (J. P. à sa date).

prescrit par un an (art. 2272 C. civ.). Toutefois ces prescriptions exceptionnelles ne s'appliquent qu'aux frais et aux salaires dus à raison de l'exercice de leurs fonctions d'officiers ministériels, et non à l'action qui peut leur appartenir en qualité de mandataires ordinaires (1).

436. — Il faut observer que le mandataire n'est pas toujours en droit d'agir contre la personne qui lui a donné le mandat. Il est nécessaire en effet qu'elle se soit obligée personnellement à l'indemniser. Mais il arrive souvent que le mandant n'est lui-même qu'un représentant. Ainsi un mandataire qui a pouvoir de substituer use du droit qui lui est donné, le substitué ne peut agir contre lui ; ainsi encore le mandat donné par un maire dans l'intérêt de la commune, par l'administrateur d'une société anonyme dans l'intérêt de cette société, par un syndic dans l'intérêt de la masse, ne peut donner aucune action personnelle contre chacune de ces personnes ; le seul obligé, c'est l'être moral qu'elles représentent (2).

(1) Aubry et Rau, T. VIII, § 774, p. 440 et 443 ; Civ. cass. 18 févr. 1873 (J. P. 1873, 263) et 9 mars 1875 (J. P. 1875, 646); Douai, 21 mars 1863 (J. P. 1863, 1135); Colmar, 9 Juin 1870 (J. P. 1870, 988).

(2) Pont, T. I, n° 1082 ; Laurent, T. XXVII, n^os 1 et suiv. ; Cass. 17 juillet 1838 (J.P. 1838, 2, 364). — A l'égard des syndics d'une faillite, il avait été d'abord jugé qu'ils étaient personnellement débiteurs des frais envers l'avoué qu'ils avaient chargé d'occuper pour la masse. En ce sens : Paris, 25 sept. 1823 et 12 août 1830 (J.P. à leurs dates) ; Bordeaux, 24 août 1838 (J. P. 1838, 2, 400). La jurisprudence est revenue avec raison sur cette décision contraire aux principes, et elle est fixée maintenant dans le sens du texte. V. Paris, 25 août 1838 (J.P. 1838, 2, 400) ; Req. 24 août 1843 (J. P. 1843, 2, 755) ; Lyon, 8 nov. 1860 (J.P. 1861, 195). — Il est bien entendu cependant que le tribunal peut, conformément à l'art. 132 du Code de procédure, condamner personnellement aux frais les syndics et autres mandataires

437. — Il peut même arriver que le mandant, bien qu'il se soit obligé envers le mandataire, ne puisse être forcé à lui rembourser le montant des frais. Le cas s'est présenté devant la Cour de Cassation. Le mandant avait donné avis au mandataire de se faire payer par un tiers qui avait des fonds à cet effet ; le mandataire négligea de déférer à cet avis ; plus tard le détenteur de ces fonds étant devenu insolvable, le mandataire voulut agir contre le mandant. Sa demande devait être repoussée et elle le fut en effet (1). Il en serait ainsi d'une manière générale, lorsque le mandataire, malgré les avertissements du mandant, négligerait de remettre son compte en temps voulu, et que cette négligence occasionnerait au mandant un préjudice certain. Tel serait le cas où le mandant, ayant lui-même un recours contre une autre personne, recours qu'il ne pourrait exercer que dans un certain délai à peine de déchéance, se verrait, par suite de la négligence volontaire du mandataire, empêché de comprendre le montant de son compte dans le recours qu'il formerait. Le mandataire supporterait dans ce cas le poids de sa faute.

ou administrateurs, lorsqu'ils ont compromis les intérêts de leur administration, et que dans ce cas les avoués ont contre eux une action personnelle ; mais cette condamnation doit être motivée à peine de nullité. Civ. cass. 17 avril 1853 (J.P. 1855, 2, 186) et 7 déc. 1857 (J. P. 1859, 1200).

(1) Req. 15 mars 1821 (J.P. à sa date).

SECTION IV.

GARANTIES DES DROITS DU MANDATAIRE.

§ 1^er^. — SOLIDARITÉ.

438. — Le Code qui a abrogé la solidarité entre comandataires l'a maintenue, au contraire, entre comandants (art. 2002 C. civ.).

Pour qu'il y ait solidarité, trois conditions sont nécessaires ; il faut : 1° que le mandat émane de plusieurs personnes, 2° que l'affaire leur soit commune, 3° que le mandat ait été donné par un seul acte. L'existence de ces trois conditions est indispensable. Cependant au premier abord la dernière semble inutile, car chacun des mandants ayant donné le mandat pour le tout, peut être actionné pour la totalité des frais qui en sont résultés et la totalité du salaire ; mais de ce qu'ils sont tenus chacun pour le tout, il n'en résulte pas qu'ils soient solidaires ; la solidarité suppose une espèce de société ou du moins d'association entre les débiteurs, et cette association ne peut exister si leurs obligations résultent de contrats séparés. Quant aux différences pratiques, nous les avons vues précédemment en parlant de la solidarité entre comandataires [n^os^ 428 et 429].

439. — Si ces trois conditions sont indispensables, elles sont aussi les seules nécessaires. Il importe peu que le mandat soit gratuit ou salarié, qu'il s'agisse d'un mandat *ad litem* ou d'un mandat *ad negotia*. Ainsi un avoué chargé

de représenter plusieurs personnes en justice, a le droit d'agir solidairement contre elles pour le remboursement de ses frais et salaires (1).

Cependant, on fait généralement une exception pour le syndic d'une faillite, qui, bien qu'étant incontestablement un mandataire, ne peut agir solidairement contre chacun des créanciers (2). Cette exception se justifie facilement ; le syndic n'est pas en effet le mandataire de tel ou tel des créanciers considéré individuellement ; cela est si vrai qu'il représente même les créanciers qui l'ont repoussé par leur vote ; il est le mandataire de la masse, considérée comme personne morale.

Une exception doit être faite également en ce qui concerne l'associé gérant. Bien que mandataire de ses coassociés, il ne peut cependant agir solidairement contre eux, à cause de sa qualité d'associé. Mais lorsque la société se trouve dissoute et que les liens qui unissent entre eux les associés sont détruits, l'associé chargé de la liquidation se trouve dans la position de tout mandataire ordinaire ; le bénéfice de la solidarité existe donc en sa faveur (3).

440. — Duranton a fait observer que ce bénéfice de la solidarité accordé au profit des mandataires, qui est très rationnel lorsque le mandat est gratuit, ne se comprend aucunement lorsque le mandat est salarié. Il n'y a pas plus de motifs d'accorder cette faveur au mandataire qui reçoit le prix de ses services, qu'à tout autre créancier

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 414, note 12, p. 649. — La jurisprudence est constante.

(2) Domenget, T. I, n° 536 ; Pont, T. I, n° 1127 ; Laurent, T. XXVIII, n° 40 ; Req. 23 mai 1837 (J. P. 1837, 2, 7). — Contra: Troplong, n° 691.

(3) Duranton, T. XVIII, n° 271 ; Massé, T.V, n° 102; Domenget, T. I, n° 539; Pont, T. I, n° 1129.

tirant ses droits d'un contrat à titre onéreux (1). Cette appréciation est parfaitement juste, et il en résulte que l'exception de l'art. 2002 consacrant une dérogation excessive au droit commun, doit être avec soin restreinte au cas spécial prévu par le Code, c'est-à-dire au cas de mandat.

Cependant il est à peu près universellement admis que les notaires ont une action solidaire pour le remboursement du coût de leurs actes et le paiement de leurs honoraires (2). Cette solution se comprend dans le système des arrêts et des auteurs qui considèrent les notaires comme des mandataires. Mais dans le système de ceux qui ne leur reconnaissent pas cette qualité, nous ne pouvons trouver des raisons suffisantes pour leur accorder le bénéfice de cette exception. MM. Aubry et Rau pensent que cette exception peut se justifier, par ce motif que le notaire agit pour le tout dans l'intérêt de chacune des parties.

Cette raison est loin d'être suffisante pour autoriser une dérogation aux principes. Le notaire a deux ou plusieurs débiteurs, et il est de principe qu'une dette se divise de plein droit entre chacun des débiteurs, la solidarité ne pouvant être présumée à défaut d'une convention formelle ou d'une disposition législative également formelle; or aucune disposition législative n'accorde expressément aux notaires le bénéfice de la solidarité; s'ils ne sont pas des mandataires, l'art. 2002 ne peut leur être appliqué par analogie; ils restent donc sous l'empire du droit commun (3).

(1) Duranton, T. XVIII, nº 271. — Adde : Laurent, T. XXVIII, nº 33.

(2) Troplong, nº 690; Domenget, T. I, nº 530; Aubry et Rau, T. IV, § 414, note 12, p. 650; Pont, T. I, nº 1126; Larombière, sur l'art. 1202, nº 13. — Toulouse, 20 avril 1847 (J. P. 1847, 2, 362).

(3) Laurent, T. XXVIII, nº 37. — Cependant pour le remboursement des droits d'enregistrement nous pensons que le notaire

441. — En ce qui concerne les experts, on admet qu'ils ont une action solidaire contre les parties en cause, si celles-ci ont été d'accord pour réclamer leur nomination (1). La jurisprudence a cependant varié sur les motifs de cette décision. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 11 août 1813, se base sur ce que le travail de la vérification des experts est indivisible en ce sens que la totalité de ce travail est dans l'intérêt commun des parties, et que par suite le paiement de ce travail indivisible forme une dette indivisible. Le même raisonnement se trouve dans un arrêt d'Aix du 2 mars 1833 et dans un jugement du tribunal de Montpellier (2). Plus tard on prononce la solidarité parce que les experts sont à considérer comme des mandataires constitués par plusieurs personnes pour une affaire commune. Ce n'est donc plus en vertu de l'art. 1222 C. civ., mais en vertu de l'art. 2002, qu'on prononce une condamnation pour le tout en faveur des experts. Cette argumentation est celle de la Cour de Dijon dans son arrêt du 11 décembre 1847 (3), et elle paraît avoir prévalu dans la jurisprudence postérieure.

Aussi, c'est en se basant sur cet art. 2002 C.civ., d'après aurait le droit d'agir *in solidum* contre chacune des parties en vertu de l'art. 1251 – 3° ; l'art. 1214 ne lui serait pas opposable en ce cas, pas plus que l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an VII, qui ne règle que les rapports des parties entre elles.

(1) Boncenne, *Théorie du Code de procédure*, T. IV, p. 492 ; Favard, v° *Rapport d'expert*, p. 705 ; Boitard, T. II, sur l'art. 319, n° 520 ; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code de procédure*, Carré et Chauveau, n° 1207 ; Bioche, v° *Expertise*, n° 160. — Civ. rej. 11 août 1813; Aix, 2 mars 1833 (J. P. à leurs dates); Riom, 30 avril 1850 (J. P. 1851, 1, 545) ; Bordeaux, 8 juin 1855 (J. P. 1856, 2, 160).

(2) Joint à l'arrêt de Montpellier du 30 juin 1840 (J. P. 1840, 1, 573).

(3) J. P. 1848, 2, 208.

lequel le mandat doit être donné par plusieurs personnes et pour une affaire commune pour que la solidarité existe, que l'on décide généralement que les experts nommés malgré l'opposition d'une des parties ne peuvent répéter d'elle le montant de leurs frais et vacations, si elle gagne son procès, bien que le perdant qui avait requis l'expertise soit insolvable (1). Cette seconde opinion n'est pas cependant universellement admise (2), par ce motif « que lors-« que la justice donne mission à des experts de procéder à « une opération déterminée, ces experts sont des manda-« taires judiciaires, non pas d'une partie, mais de celles « entre qui se débat l'instance ; c'est parce que l'exper-« tise paraît aux juges devoir éclairer le droit de toutes les « parties qu'elle est ordonnée ; en conséquence les ex-« perts sont mandataires de la partie qui refuse l'exper-« tise comme de l'autre, car la justice exerçant une haute « tutelle, une protection qui est dans ses pouvoirs, dé-« cide qu'il y a utilité pour la cause, partant pour tous les « plaideurs, à ce qu'une expertise se fasse. » Que résulte-t-il de ceci, c'est que l'expert est le délégué du tribunal pour l'éclairer sur la nature des faits qui lui sont soumis. S'il en est ainsi, comment l'expert peut-il être le mandataire des parties ? Nous ajouterons que la nature des opérations qui sont confiées aux experts est exclusive de toute idée de mandat. Nous avons indiqué ce que l'on doit entendre par un mandat, et il est facile de voir en s'y reportant, que l'expert qui examine si des travaux ont été bien exécutés ou en évalue la valeur, n'est pas plus un mandataire que le notaire qui rédige un testament sous la dictée du testateur.

(1) V. les auteurs cités p. 370, note 1.— Civ. cass. 11 août 1856 (J. P. 1857,1246); Paris 22 juin 1848 (J. P. 1848, 2, 287); Bordeaux 18 mars 1864 (J. P. 1864, 587).

(2) Domenget, T. I, nº 534.

Si l'expert n'est pas un mandataire, comment lui accorderait-on le bénéfice de l'art. 2002, faveur dérogatoire au droit commun et introduite dans le seul intérêt des mandataires. Des analogies plus ou moins grandes ne sauraient suffire pour étendre une exception hors des cas strictement prévus. Quant à la prétendue indivisibilité que certaines Cours ont cru voir dans la dette des parties, elle ne peut exister, car une dette de somme d'argent est par sa nature essentiellement divisible. Que l'expert agisse dans un intérêt commun, ce ne peut être contesté, mais il n'en résulte pas que sa créance soit indivisible contre chacun de ceux sur la demande desquels il agit. Aussi ce mode d'argumentation a-t-il été abandonné. Il nous semble donc qu'aucune disposition de la loi n'accordant aux experts le bénéfice de la solidarité, ils doivent rester soumis au droit commun (1).

§ 2. — PRIVILÈGE.

442. — La solidarité est d'ailleurs la seule garantie que la loi accorde au mandataire ; sa créance est simplement chirographaire. Toutefois, s'il avait fait des frais pour la conservation des choses mobilières dont il avait la détention, il aurait, comme tout autre créancier dans le même cas, un privilège pour le montant de ces frais. Quant aux frais d'amélioration, ils ne sont garantis par aucun privilège. Le mandataire n'a pas non plus de privilège pour le remboursement du prix d'achat des meubles ou immeubles qu'il a acquis pour le mandant. Il n'en serait autrement que si, en payant le vendeur, il s'était fait subroger à ses droits (art. 1250 C. civ.), ou si, dans le

(1) Laurent, T. XXVIII, nº 36. — Grenoble, 23 juin 1810 (J. P. à sa date).

contrat de vente, il s'était obligé comme caution envers lui; il pourrait dans ce cas invoquer le bénéfice de l'art. 1251-3° C. civ. S'il avait fait l'achat en son nom, aurait-il le privilège du vendeur dans ses rapports avec le mandant ? Duranton soutient l'affirmative, par le motif que le mandataire est dans ce cas le véritable acheteur et qu'une revente intervient entre lui et le mandant (1). Ce raisonnement ne peut être le nôtre. Si, dans ses rapports avec les tiers, le mandataire est censé le véritable acheteur et tenu comme tel, dans ses rapports avec le mandant sa condition est différente, il ne cesse pas d'être mandataire et par suite la propriété est acquise directement au mandant ; c'est un point que nous avons examiné. S'il en est ainsi, il est évident que le mandataire ne peut prétendre au privilège du vendeur. Mais ne pourrait-on pas dire qu'il doit avoir un privilège en vertu de l'art. 1551-3° ? nous ne le pensons pas. Car le mandataire n'est pas tenu avec ou pour le mandant, comme l'est, par exemple, une caution par rapport au débiteur principal, puisqu'il est le seul débiteur en vertu du contrat. En effet, pour qu'il puisse y avoir subrogation, il faut que le subrogeant ait des droits contre la personne à l'égard de laquelle la subrogation doit avoir lieu. Or le tiers vendeur n'a jamais eu de droits contre le mandant. Peut-on dire que cette subrogation ne porte que sur le droit réel de privilège ? pas davantage, car le privilège est un droit accessoire qui ne peut exister seul et sans une créance qu'il garantisse.

§ 3. — RÉTENTION.

443. — Si le mandataire n'a pas de privilège pour le remboursement des frais d'amélioration et des avances et

(1) Duranton, T. XVIII, n° 264.

le paiement du salaire, n'a-t-il pas du moins le droit de retenir, jusqu'à complet paiement, ce qu'il détient pour le compte du mandant ? La jurisprudence et la doctrine sont loin de s'accorder sur ce point ; et ceux qui admettent l'existence de ce droit ne sont pas d'accord pour en déterminer l'étendue, soit par rapport aux choses sur lesquelles il doit porter et les créances qu'il peut garantir, soit quant aux personnes auxquelles il est opposable.

En Droit romain, il semble certain que le droit de rétention était accordé au mandataire (1). Dans notre ancien Droit, Pothier professait que jusqu'au paiement de ses déboursés, le mandataire peut retenir les corps certains qui lui sont parvenus de sa gestion, *veluti quodam jure pignoris* (2). Dans notre Droit actuel, on pourrait objecter que la loi accordant dans certains cas expressément le droit de rétention, c'est qu'elle ne reconnaît pas ce droit comme un droit général, mais comme une faveur exceptionnelle qui ne doit pas être étendue hors des cas prévus (3). Cette argumentation ne nous semble pas juste ; le droit de rétention ne doit pas être considéré comme une faveur, un privilège, mais plutôt comme l'application de cette règle d'équité : il ne faut pas que l'une des parties puisse, au mépris de ses obligations, s'enrichir aux dépens d'autrui. Comme le font observer MM. Aubry et Rau, de ce principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi (art. 1134), il résulte que celui qui réclame l'exécution d'une convention ne peut le faire qu'à

(1) Dig. III, III, *De proc.*, 25, f. Ulp., 26 et 30, ff. Paul ; Dig. XXV, I, *De impens. in res dot.*, 15, f. Nératius. — Cpr. Dig. XII, VI, *De cond. indeb.*, 26 § 4, f. Ulp.

(2) Pothier, n° 59. Ed. Dupin, T. IV, p. 234.

(3) Domenget, T. I, n° 307 ; Mourlon, T. III, n° 1046. — Bruxelles, 24 oct. 1819 ; Bordeaux, 14 janv. 1830 (J. P. à leurs dates).

la condition de remplir lui-même ses obligations (1). Le droit de rétention n'est donc pas un droit d'exception ; et si le Code en fait l'application à quelques cas particuliers, il n'en résulte pas une exclusion pour les cas semblables (2).

444. — Le droit de rétention ainsi admis en principe, sur quelle espèce de biens peut-il porter ? Duranton ne le reconnait que sur les meubles, parce que, dit-il, on ne voit pas que le Code l'ait admis en matière d'immeubles (3). Cette assertion n'est pas exacte. On en voit la preuve par exemple dans l'art. 867 C. civ., qui autorise le cohéritier tenu de rapporter un immeuble, à en retenir la possession jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations, ou dans l'art. 1749 C. civ. Il n'y a donc aucune distinction à faire quant à la nature des choses. C'est ainsi qu'un banquier peut retenir les titres qu'il a été chargé de faire acheter à la Bourse.

(1) Aubry et Rau, T. III, § 256 bis, note 5, p. 115.

(2) Le projet de loi fédéral Suisse sur les obligations consacre une section spéciale au droit de rétention. D'après l'art. 240 de ce projet, « le créancier d'une dette échue a un droit de réten-« tion sur les biens meubles mis à sa disposition ou sous sa « garde, du consentement du débiteur, pourvu qu'il y ait con-« nexité entre la dette et la chose retenue. » Toutefois, il déclare qu'entre commerçants la connexité est suffisamment établie par le fait que la créance et la détention de la chose résultent de leurs relations d'affaires. Le Code de commerce Allemand traite aussi d'une manière générale du droit de rétention. L'art. 313 l'accorde à tout commerçant pour toutes créances échues à raison de ses opérations commerciales sur toutes les choses mobilières et les valeurs à lui remises par le débiteur pour opération de commerce. Enfin l'art. 774 du Code Portugais le reconnaît au mandataire pour tout ce qui lui est dû à raison du mandat.

(3) Duranton, T. XVIII, nº 264 ; Massé et Verger sur Zachariæ, T. V, § 752, p. 45, note 14.

445. — Il y a plus de difficulté quant aux créances pour lesquelles le droit de rétention peut être exercé. MM. Domenget et de Peyronny ont sur ce point le système le plus contradictoire : si le mandataire a acheté une chose, il n'a pas le droit de rétention pour le remboursement du prix, parce que la rétention est un privilège et que les privilèges sont de droit étroit ; mais s'il s'est contenté de faire des dépenses d'amélioration, alors il a le droit de rétention (1) ; ces auteurs ne disent pas pour quel motif, et cependant le Code n'accorde pas ce droit au mandataire plutôt dans un cas que dans l'autre.

Il faut d'abord poser un point hors de toute controverse, c'est que le droit de rétention ne peut pas garantir le paiement d'autres créances que de celles qui résultent du mandat particulier en vertu duquel la chose se trouve entre les mains du mandataire. Mais suffit-il que les créances aient leur source dans l'objet même qui est retenu ? La question s'est posée en ces termes devant la Cour de Cassation. Il s'agissait dans l'espèce de sommes dues pour salaire, pour avances faites dans l'exploitation d'une mine et même à titre de dommages-intérêts, et les objets retenus consistaient en meubles et outils, registres et papiers de comptabilité, confiés pour l'administration ; les sommes réclamées dérivaient donc de causes tout-à-fait étrangères à ces objets ; cependant la Cour décide que le mandataire peut exercer son droit de rétention pour tout ce qui lui est dû à raison du mandat (2). Bien que MM. Aubry et Rau citent cet arrêt à l'appui de leur opinion, on peut voir qu'il y est contraire. En effet, d'après ces auteurs, le droit de rétention n'existe que pour le recouvre-

(1) Domenget, T. I, nos 307 et 477.
(2) Civ. rej. 17 janv. 1866 (J. P. 1866, 247).

ment des avances ou déboursés faits *à l'occasion* des choses retenues; et ils le refusent pour le paiement des salaires et honoraires (1). La Cour de Bordeaux a statué dans ce dernier sens (2). Le système de la Cour de Cassation nous paraît bien préférable; c'était celui de Pothier, et il est l'application du principe que MM. Aubry et Rau indiquent eux-mêmes comme fondement du droit de rétention, à savoir la bonne foi qui exige que le mandant, pour pouvoir réclamer du mandataire l'exécution de ses obligations, commence par remplir les siennes. Ajoutons qu'il est conforme à l'esprit de la loi. En effet, l'art. 1948 dispose que le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt, ce qui comprend non seulement les dépenses de conservation, mais aussi l'indemnité pour les pertes occasionnées par le dépôt, et même le salaire s'il en a été stipulé. Pour le mandat, le principe étant le même, il faut dire que le mandataire peut retenir ce qu'il a reçu par suite de sa gestion, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû en vertu du mandat.

446. — Reste à examiner une troisième question. A quelles personnes le droit de rétention est-il opposable ? Il nous semble qu'il peut être opposé au mandant et à ses ayant-cause soit universels, soit particuliers. Un acheteur ne pourrait prétendre évincer le mandataire, alors que son auteur ne le pouvait pas lui-même. Autrement il serait facile au mandant, en vendant l'objet retenu, de rendre inutile ce droit du mandataire. L'est-il aux créanciers ? La rétention du mandataire ne les empêche certainement pas de faire saisir entre ses mains. Mais cette saisie n'aurait

(1) Aubry et Rau, T. III, § 296 bis, texte et note 7, p. 116.
(2) Bordeaux, 7 févr. 1866 (J. P. 1866, 717).

pas pour effet, croyons-nous, de faire perdre le droit de rétention au mandataire ; il pourrait empêcher l'acheteur de se mettre en possession, de telle sorte que les créanciers seraient dans la nécessité de le désintéresser complétement. La rétention aurait donc pour effet de lui accorder un certain droit de préférence. Toutefois ce droit, bien différent de celui qui résulte d'un privilège, cesserait avec l'abandon volontaire de la possession. Le mandataire, en poursuivant lui-même la vente, perdrait donc vis-à-vis des autres créanciers tout droit de préférence (1).

(1) Duranton, T. XVIII, nº 264 ; Mourlon, T. III, nº 1244 ; Aubry et Rau, T. III, § 256 bis, p. 119. — Contra : Troplong, nº 703. — Il est à observer que le Code Allemand fait du droit de rétention un véritable privilège. En effet, d'après l'art. 315 de ce Code, le créancier qui a un droit de rétention et n'obtient pas en temps utile une caution, peut provoquer la vente des choses qu'il détient et se désintéresser par préférence aux autres créanciers sur le produit de cette vente : « Er ist befugt, « wenn ihn dieser nicht rechtzeitig in anderer Weise sichert, « im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht « gegen den Schuldner den Verkauf der Gegenstände zu bean- « tragen ; er kann sich aus dem Erlöse vor den anderen Gläub- « igern des Schuldners befriedigen. » (Code Autrichien, même article). L'art. 244 du projet de loi Suisse accorde également au créancier les mêmes droits qu'au créancier gagiste.

CHAPITRE VI.

DES EFFETS DU MANDAT A L'ÉGARD DES TIERS.

§ 1er. — CAS OU LE MANDATAIRE A AGI AU NOM DU MANDANT.

A. — Actes faits conformément au mandat.

447. — Nous avons vu combien, à cet égard, notre ancienne jurisprudence s'est écartée du Droit romain. C'est la doctrine de notre ancien Droit que le Code a suivie ; le mandataire peut donc agir au nom et comme occupant la place du mandant ; c'est le mandant qui est censé alors contracter par son intermédiaire, de sorte que, pour employer l'expression du tribun Tarrible dans son rapport au Tribunat, dès que l'acte est passé, la convention conclue, la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice (1).

448. — Les conséquences de cette fiction sont faciles à comprendre. Le mandant étant censé avoir été partie à l'acte, il en résulte : 1° que la date du contrat dressé sous seing privé lui est opposable bien qu'elle ne soit pas rendue certaine par l'enregistrement ou l'une des circonstances énoncées par l'art. 1328 ; 2° qu'il est tenu par les con-

(1) Favard de Langlade, *Motifs, rapports, etc.* T. I, p. 692 ; Locré, T. XV, p. 249.

tre-lettres signées de son mandataire (art. 1321); 3° que dans les achats de denrées que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, le contrat est parfait lorsque le mandataire a agréé la marchandise (art. 1587); 4° qu'il est seul obligé envers les tiers et tenu exactement de la même manière que s'il avait contracté en personne ; 5° que, réciproquement, il a seul le droit de poursuivre contre les tiers contractants l'exécution des engagements qu'ils ont pris avec le mandataire.

449. — Quant au mandataire, comme il n'a pris aucun engagement personnel et qu'il a traité en qualité de simple représentant, il est à l'abri de tout recours, même en cas d'insolvabilité du mandant. Mais, d'un autre côté, il ne peut agir en son nom contre les tiers; et si le mandant lui donne le pouvoir d'ester en justice, l'action devra être intentée au nom de ce mandant, de sorte que les tiers pourront opposer au mandataire les mêmes exceptions qu'à celui-ci.

450. — Ces conséquences ne se produisent d'ailleurs qu'à une condition, c'est que le mandataire ait agi dans les limites de ses pouvoirs. Il importe donc de savoir quand le mandataire est censé avoir agi dans les bornes de son mandat. Nous avons déjà examiné quels sont les actes permis au mandataire dans ses rapports avec le mandant. Dans ses rapports avec les tiers, les principes que nous avons établis sont évidemment applicables, mais avec une certaine restriction. Il ne faut pas oublier en effet que nous sommes en présence de tiers qui ont été complétement étrangers aux conventions particulières intervenues entre le mandant et le mandataire ; ils ne connaissent qu'une chose, c'est la procuration qui leur est présentée et sur la foi de laquelle ils contractent. Donc, quant à eux, le mandataire sera censé avoir agi conformément

au mandat, lorsque l'acte rentrera dans les limites de la procuration, peu importe que le mandant ait restreint, soit oralement, soit par un écrit postérieur non représenté aux tiers, les pouvoirs précédemment donnés, peu importe même qu'il ait révoqué le mandat; il a été en faute en laissant la procuration aux mains du mandataire, c'est à lui à en supporter les conséquences. S'il en était autrement, il serait impossible de traiter avec sécurité avec un mandataire (1).

Ainsi, lorsqu'un mandat donne au mandataire un pouvoir discrétionnaire, l'acte passé par le mandataire est obligatoire pour le mandant, bien qu'il lui soit désavantageux, et ne remplisse nullement le but que le mandataire avait été chargé de poursuivre.

Il importe peu aussi, quant à la validité des actes par rapport aux tiers, que le mandataire, à raison de ses agissements antérieurs, ait déjà exécuté le mandat, de telle sorte qu'une nouvelle négociation outrepasse les bornes fixées. Pothier en donne l'exemple suivant: Je charge une personne d'emprunter pour moi une certaine somme; après avoir fait cet emprunt et en avoir dissipé le produit, elle en fait un second de pareille somme en vertu de ma procuration qu'elle exhibe; je suis obligé envers le second prêteur (2). La solution serait la même dans le cas d'une procuration donnée en blanc, qui aurait été remplie contrairement aux vues et aux prescriptions du mandant (3).

451. — On voit donc que le mandant est responsable du dol de son mandataire. Il en est ainsi également pour les fraudes dont celui-ci a pu se rendre coupable dans les transactions avec les tiers, et en général pour toutes les

(1) Story, § 73, p. 97.
(2) Pothier, nº 89. Ed. Dupin, T. IV, p. 253.
(3) Aubry et Rau, T. VIII, § 756, p. 221.

fautes volontaires ou involontaires qu'il a commises dans sa gestion, pourvu qu'elles aient eu lieu à l'occasion de faits rentrant dans le mandat. On pourrait objecter qu'en se rendant ainsi coupable de dol, le mandataire dépasse ses pouvoirs et qu'aux termes de l'art. 1998 C. civ. le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au delà, à moins qu'il ne l'ait ratifié. Cette argumentation a été soutenue devant la Cour de Cassation, dans une espèce où le liquidateur d'une société avait exagéré frauduleusement le montant des pertes occasionnées par un incendie, ce qui entraînait la déchéance du droit d'exiger une indemnité des Compagnies d'assurances. Mais cette argumentation n'a pas prévalu devant la Cour. Elle a très bien décidé que les mandants sont responsables de leurs mandataires, et qu'ils ne peuvent se prévaloir de l'art. 1998 pour rejeter les conséquences du dol et de la fraude de ceux-ci sur les tiers de bonne foi victimes de leurs machinations (1). « The principal, » dit Story, « holds out his « agent as competent, and fit to be trusted; and thereby, in « effect, he warrants his fidelity and good conduct in all « matters within the scope of the agency (2). »

452. — Mais pour que les solutions que nous venons de donner soient applicables, il faut une chose, c'est que les tiers, avec lesquels le mandataire a contracté, aient été de bonne foi. Si on ne peut leur faire éprouver un préjudice alors qu'ils agissent de bonne foi, on ne doit pas non plus favoriser leur dol aux dépens du mandant. Il faut

(1) Req. 14 juin 1847 (J. P. 1848, 1, 43); 24 déc. 1879 (J.P. 1880, 859); 20 janv. 1880 (J. P. 1880, 1040). — Pont, T. I, n° 1064; Aubry et Rau, T.IV, § 343 bis, p. 303; Laurent, T.XXVIII, n° 54.

(2) Story, § 452, p. 549. — Cpr. Code de comm. espagnol, art. 182.

même aller plus loin, et dire que la bonne foi n'est pas suffisante pour autoriser les tiers à poursuivre contre le mandant l'exécution des actes passés par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, il faut qu'il n'y ait pas faute de leur part et que, par suite, l'erreur ne leur soit pas imputable (1).

Aussi les tiers qui contractent avec le mandataire sont-ils en droit de se faire représenter la procuration afin d'en examiner les clauses et voir si le mandataire est capable. Cette précaution est surtout indispensable lorsqu'il s'agit d'un paiement à effectuer ; car le paiement fait à une personne autre que le créancier, n'est pas libératoire, de sorte que le débiteur est exposé à payer deux fois. Aussi, pour faire preuve de sa libération, peut-il, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le dire, exiger non seulement la justification des pouvoirs, mais aussi la remise de la procuration, et même, pour plus de garantie, refuser de payer si la procuration n'est pas authentique (2). Mais il n'est pas nécessaire qu'il réclame du porteur de la procuration la preuve de son identité; la détention de la procuration est une présomption suffisante.

453. — Il n'est cependant pas toujours nécessaire que le tiers réclame la production d'une procuration; c'est lorsqu'il est probable, à raison de la nature de l'affaire, que le mandataire n'en a aucune par écrit, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'opérations faisant habituellement l'objet de mandats tacites [V. nos 276 et suiv.]. Spécialement, le mandat de recevoir un paiement peut résulter de la remise des titres au mandataire, lorsqu'il ressort des circonstances que cette remise n'a pu être faite dans un

(1) Pont, T. I, nº 1066 ; Laurent, T. XXVIII, nº 58.
(2) Orléans, 18 nov. 1859 (J. P. 1860, 551).

autre but. Par exemple, la détention d'une quittance signée, fait présumer dans le détenteur le pouvoir d'en toucher le montant. On fait même sous cette forme des titres au porteur qui portent le nom de chèques-récépissés. Les commis d'un marchand ont incontestablement le mandat tacite de recevoir le prix des marchandises qu'ils détaillent, lorsqu'il n'y a pas un employé spécialement chargé du service de la caisse. Mais s'il en est ainsi lorsqu'on leur remet dans le magasin même le montant de la valeur de la marchandise, la solution doit-elle être la même lorsqu'ils viennent apporter la facture non quittancée au domicile du débiteur, soit avec la marchandise, soit postérieurement à la livraison ? Les Codes de commerce de certains pays prévoient la question et tous ils la résolvent dans le sens de la négative (1). C'est aussi, croyons-nous, la solution que les personnes prudentes devraient observer de préférence, à moins que le porteur de la facture ne fût connu pour être l'employé chargé d'opérer les encaissements pour le compte de la maison, ou qu'on eût l'habitude de lui verser le montant des factures sans observation de la part du maître. Le mandat de recevoir un paiement peut aussi résulter implicitement d'un autre mandat. Ainsi le mandat de vendre comptant des meubles donne nécessairement le pouvoir d'en recevoir le paiement, surtout si le mandant n'est pas sur les lieux.

Enfin, il est à remarquer que, contrairement à ce qui est nécessaire en règle générale pour la validité du paiement fait par un débiteur à un mandataire, un mandat ne

(1) « Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt desshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen. » (Art. 51 Code Allemand et Code Autrichien). — Les art. 192 du Code Espagnol et 159 du Code portugais donnent la même solution.

peut être exigé de celui qui se présente pour payer à l'acquit du débiteur; un pareil paiement, même fait sans pouvoir, étant libératoire pour celui-ci (1).

454. — Il peut même arriver que, bien que le contrat ne rentre dans aucun des cas de mandat tacite, et que le mandataire ait une procuration écrite, le tiers ne soit pas en faute pour avoir négligé de vérifier l'étendue de ses pouvoirs et que l'acte même dépassant ces pouvoirs doive être maintenu. C'est lorsque, par ses déclarations, le mandant a autorisé le tiers à penser que le mandataire était muni des pouvoirs nécessaires. On comprend en effet qu'un mandant qui aurait adressé une personne à son mandataire pour la conclusion d'une affaire, ne pourrait ensuite, au mépris de la bonne foi et de ses propres déclarations, demander la nullité de l'acte sous le prétexte que la procuration dont son mandataire était porteur ne lui donnait pas le droit de traiter cette affaire.

455. — En dehors des contrats, les actes des mandataires peuvent aussi, dans certains cas, être opposables au mandant. Il en est ainsi des aveux du mandataire passés soit en conciliation, soit devant le tribunal, pourvu toutefois que ces aveux portent sur des faits personnels au mandataire et relatifs à sa gestion, par exemple sur des paiements qu'il a reçus ou effectués; car nous savons que les autres aveux n'obligent le mandant que s'ils ont été passés en vertu d'un mandat spécial. Les écrits émanés du mandataire et relatifs à l'exécution du mandat peuvent aussi servir de commencement de preuve par écrit contre le mandant.

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 316, texte et note 2, p. 148; Larombière, T. III, sur l'art. 1236, nº 3. — V. cep. Toullier, T. VII, nº 11, et Delvincourt, T. II, p. 539.

Enfin les notifications faites au mandataire pour les choses qui touchent au mandat, produisent leur effet contre le maître, car le mandataire est présumé lui en avoir donné connaissance; et quand même il ne l'aurait pas fait, sa négligence ne saurait avoir pour résultat d'enlever aux tiers le bénéfice de leurs actes, car il leur a été indiqué par le mandant comme son représentant, son *alter ego*. S'il a commis une faute, c'est au mandant qui l'a choisi à en supporter les conséquences (1). Mais d'un autre côté, les tiers n'étant pas obligés de s'adresser au mandataire, les notifications faites directement au mandant sont opposables au mandataire, quand bien même ce dernier aurait agi sans les connaître. « The law imputes « the knowledge of the principal to be the knowledge of « the agent (2). » En effet, c'est la faute du mandant de n'en avoir pas informé le mandataire. A l'égard des tiers le mandant et le mandataire ne constituent donc à ce point de vue qu'une seule et même personne.

456. — Lorsqu'un paiement a été fait induement à un mandataire, il importe de rechercher qui est tenu par le quasi-contrat résultant de ce paiement. La solution ressort de l'art. 1993. Le mandataire doit remettre au mandant tout ce qu'il a touché, quand même le paiement n'aurait pas été dû; il en résulte que le mandant étant détenteur du paiement fait induement est seul tenu de le rendre. Le mandant ne pourrait même échapper à cette obligation en prouvant qu'il n'a jamais reçu en fait les sommes réclamées, mais qu'elles ont été détournées par le mandataire. En effet, à l'égard du réclamant, ce n'est pas le mandataire qui a touché le paiement, c'est le mandant

(1) Story, § 140, p. 171.
(2) Story; § 140e, p. 179.

au nom duquel le paiement a été reçu et la quittance donnée.

La solution ne serait plus la même, si, au lieu d'un paiement fait pour éteindre une dette sans existence, nous supposons un paiement fait en vertu d'une juste cause, mais dépassant la valeur véritablement due, par suite d'une simple erreur de calcul ou de compte dans la numération des espèces. Nous avons vu en effet que l'excédant n'est pas perçu en vertu du mandat et doit rester entre les mains du mandataire. Celui-ci est donc seul tenu de le restituer.

B. — Actes faits en dehors du mandat.

457. — Après avoir étudié la position du mandant et du mandataire envers les tiers pour les actes passés conformément au mandat ou qui doivent être tenus comme tels, nous allons nous occuper des obligations du mandant et du mandataire envers les tiers pour les engagements contractés en dehors du mandat.

458. — Quant au mandant, sa position est bien simple ; l'art. 1998 C. civ. et l'équité l'indiquent suffisamment. Tout ce qui est fait au delà du pouvoir donné au mandataire est à considérer par lui comme non avenu, comme *res inter alios acta*. Il n'a donc pas besoin d'en demander judiciairement la nullité. Il faut faire exception cependant pour le cas où un jugement aurait été rendu contre lui à la suite d'une instance intentée contre le mandataire et poursuivie par celui-ci sans mandat; tant que la nullité du jugement ne serait pas prononcée, il serait exécutoire (1).

Les ventes consenties sans pouvoir par le mandataire

(1) Pont, T. I, n° 1068. — Cpr. Req. 10 juin 1872 (J. P. 1872, 690).

sont donc nulles, et le maître peut agir par voie de revendication contre les tiers. Nous supposons cependant que la vente a été faite au nom du mandant, car si le mandataire avait vendu en son propre nom des choses mobilières à un tiers de bonne foi, celui-ci serait couvert par la règle *En fait de meubles possession vaut titre*. Si la vente avait eu lieu au nom du mandant, l'acheteur de bonne foi pourrait-il se prévaloir de cette règle? La négative ne saurait faire de doute; sa bonne foi dans cette hypothèse n'aurait pas de fondement sérieux, il serait en faute d'avoir cru le mandataire sur parole, et de ne pas s'être assuré de l'étendue ou de la réalité de ses pouvoirs.

459. — Toutefois, si le mandataire peut considérer comme non obligatoires pour lui tous les actes passés en dehors de la procuration, il est libre, si la chose lui convient, de les tenir pour valables. C'est ce qu'on appelle la ratification.

Il ne faut pas confondre cette ratification donnée par le mandant, avec la ratification qui a pour but de confirmer une obligation soumise à une action en nullité ou en rescision. La ratification dont parle l'art. 1338 a pour seul effet d'effacer un vice dont est entaché un consentement donné. Dans le cas qui nous occupe, au contraire, la ratification apporte pour la première fois un consentement qui faisait complètement défaut. Les conséquences de cette différence dans la cause de ces deux espèces de ratification sont faciles à comprendre. Si on néglige de demander la nullité d'une obligation dans un certain délai, on est censé ratifier tacitement, c'est-à-dire considérer comme valable le consentement donné. Mais dans le cas de mandat, comme il s'agit d'un consentement à donner, le silence du mandant ne saurait, du moins en thèse absolue, équivaloir à un consentement. La même différence se présente égale-

lement au point de vue des formes dans lesquelles doit se produire la ratification; ainsi l'art. 1338 exige que l'acte contienne la substance de l'obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. Dans notre espèce, on conçoit facilement qu'aucune de ces formalités n'est nécessaire, car il n'y a pas de vice à réparer; il suffit d'un consentement donné en connaissance de cause.

460. — Lorsque la ratification a eu lieu entre le mandant et le mandataire, et en dehors du tiers contractant, ce dernier peut-il s'en prévaloir bien qu'il n'y soit pas intervenu? Nous admettons l'affirmative; car le tiers est en réalité l'ayant cause du mandataire relativement à tout ce qui peut servir à rendre valables les actes accomplis; il profite donc, conformément à l'art. 1122 C. civ., des stipulations qui sont faites dans ce but (1).

461. — Nous avons vu quels étaient, à Rome, les effets de la ratification. Ils sont résumés dans ce principe *Ratihabitio mandato comparatur*. Ce principe a passé dans notre ancien Droit, et Casaregis le paraphrase ainsi : « Talis est natura ratificationis, ut retrotrahatur ad diem « actus celebrati, et habeatur ac si consensus ratificantis « a principio intervenisset in ipsius actus confectione et « ratificans præsens fuisset loco et tempore actus gesti (2).» Le même principe est-il applicable dans notre Droit? Le Code est muet sur ce point. L'art. 1998 se borne à dire que le mandant est tenu des engagements qu'il a ratifiés ; cela ne pouvait faire de doute, mais n'éclaire pas la question. Nous avons admis la rétroactivité dans les

(1) Req. 21 déc. 1859 (J. P. 1860, 843); Aubry et Rau, T. IV, § 415, p. 651.

(2) Casaregis, Disc. 76, nos 3 et suiv.

rapports du mandant avec le mandataire ; devrons-nous l'admettre aussi par rapport aux tiers ?

462. — En ce qui concerne les droits acquis par les tiers du chef du mandant, dans l'intervalle entre le contrat et la ratification, le doute n'est pas possible : la rétroactivité ne peut avoir d'effet à leur égard ; le mandant ne peut résoudre de son plein gré des droits qu'il a concédés. L'art. 1338, dernier alinea, contient une décision semblable pour le cas de ratification d'un acte annulable.

463. — Par rapport à la partie qui a traité avec le mandataire, la question est plus difficile, et elle est intimement liée à la suivante : quels sont, par rapport au tiers contractant, les effets d'un contrat passé par un mandataire en dehors de ses pouvoirs ? Si on applique le passage de Casaregis que nous venons de citer, si on admet le principe de rétroactivité, il faudra dire que le mandant, en ratifiant à n'importe quelle époque, donne au contrat toute sa force, de sorte qu'il peut forcer le tiers à l'exécuter. Il en résulte donc, dans ce système, que si le contrat *ab initio* n'est pas valable à l'égard du mandant, il oblige le tiers sous la condition suspensive de la ratification. Tel paraît être en effet le système de M. Pont. « Il « n'en est pas moins vrai, dit cet auteur, que la ratifica- « tion est un acte purement volontaire de la part du man- « dant, et, par suite, qu'il dépend de celui-ci d'être obligé « envers les tiers qui ont traité avec le mandataire, tan- « dis qu'il ne dépend pas de ces tiers d'être, ou de n'être « pas obligés envers lui. *Ils ne seront obligés qu'autant « que le mandant le voudra, et, s'il le veut, ils seront « forcément obligés*. Mais cette inégalité est le résultat ou « la peine de l'imprudence des tiers ; ils ont à s'imputer « d'avoir traité avec un mandataire hors des termes de la « procuration ou sans en avoir pris connaissance (1). »

(1) Pont, T. I, nº 1076.

Nous ne savons en vertu de quels principes l'imprudence du tiers peut le soumettre à une peine pareille. Sans doute l'art. 1125 C. civ. dispose que ceux qui ont contracté avec un mineur, un interdit ou une femme mariée, sont liés par le contrat et ne peuvent pas exciper de l'incapacité de ces personnes ; et, en général, toutes les fois que le consentement de l'une des parties est vicié par une cause quelconque, l'autre partie n'en est pas moins obligée. Mais dans ces différents cas le contrat existe ; si l'une des parties a le droit de s'en dégager, c'est parce que son consentement n'a pas été complètement libre ; de telle sorte que si elle renonce à faire valoir le motif de nullité, un nouveau contrat ne naît pas, c'est toujours le même qui subsiste ; aussi, étant désormais irrévocable, il est censé avoir été parfait dès le principe.

Dans l'espèce actuelle, la position des parties est bien différente. Un mandataire qui agit en dehors de ses pouvoirs, n'est pas un mandataire et ne représente pas celui au nom de qui il stipule. Ne donnant pas un consentement personnel, et ne pouvant donner celui de la personne qui est portée en nom dans le contrat, le contrat n'est pas annulable ou rescindable, il est nul, d'une nullité absolue et perpétuelle, parce qu'il lui manque la première des conditions *essentielles* pour l'existence d'une convention. « Tout contrat», disent MM. Aubry et Rau, « exige le « *concours* du consentement des parties, de leur capacité « à l'effet de contracter, d'un objet certain, et enfin d'une « cause licite d'obligation. Ces quatre conditions doivent « exister *au moment où se forme* le contrat (1). » Si le contrat est nul, comment peut-il obliger l'un des contractants ? Comment une personne, qui n'a pas même été

(1) Aubry et Rau, T. IV, § 342, p. 288.

présente ni représentée dans un contrat, peut-elle, par sa seule volonté, en obliger une autre? Un contrat est un concours de volontés ; où est ce concours de volontés ? Lorsqu'il a traité avec le mandataire prétendu, le tiers avait certainement l'intention d'apporter sa volonté au contrat ; mais ne peut-il pas s'être produit plus tard des circonstances qui lui aient ôté l'envie de persévérer dans son intention ? Le tiers doit, à notre avis, être considéré, à l'égard du mandant, comme ayant fait des offres. Or des offres peuvent être retirées tant qu'elles n'ont pas été acceptées. Enlever ce droit au tiers, c'est le mettre hors du droit commun. Le système que nous combattons est cependant admis par la presque unanimité des auteurs(1). Ainsi, on décide que la vente, faite à un *negotiorum gestor*, bien que ne pouvant devenir définitive à l'égard de l'acheteur que par son acceptation, dépouille irrévocablement le vendeur de la faculté de disposer de la chose vendue au profit d'une autre personne ; de sorte que la transcription faite par le *negotiorum gestor* est suffisante, et que la ra-

(1) Pont, T. I, nº 1076. — MM. Domenget, T. I, nºs 427 et suiv. et Troplong, nº 620, ne s'expliquent pas catégoriquement sur ce point. — V. cep. Laurent, T. XVIII, nº 69. — Le projet de la loi fédérale Suisse de juill. 1879 (rédaction nouvelle de févr. 1881) adopte une opinion contraire à la nôtre. Il ressort en effet de l'art. 53 que le tiers est tenu par le contrat passé avec une personne sans mandat. Cet article est ainsi conçu : « L'autre partie « a le droit d'exiger d'elle qu'elle déclare, dans un délai raison- « nable, si elle entend ratifier ou non. A défaut de ratification « dans ce délai, l'autre partie cesse d'être liée par le contrat. » Cette décision est d'ailleurs conforme au principe général posé par l'art. 5 de cette loi, d'après lequel une offre faite à une personne non présente lie celui qui en est l'auteur jusqu'au moment où il s'est écoulé un délai suffisant pour que la réponse lui parvienne. Mais tel n'est pas le système de notre Code, ainsi qu'on peut le reconnaître par les dispositions de l'art. 932.

tification n'a pas besoin d'être transcrite(1). Nous ne comprenons pas ce *contractus claudicans*, ainsi que l'appellent MM. Aubry et Rau; et, dans un contrat synallagmatique, il nous semble impossible que l'une des parties soit définitivement liée, tandis que l'autre ne l'est pas. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1589, la promesse de vente vaut vente ; mais il faut pour cela une chose, c'est qu'il y ait *consentement réciproque* des deux parties sur la chose et sur le prix. Pour que la personne faisant promesse de vente soit liée, il faut que cette promesse soit faite à une personne capable de la recevoir, et rien de pareil n'existe dans notre hypothèse. Le terme de *negotiorum gestor* est d'ailleurs inexact dans cette espèce, car dans le cas de gestion d'affaires proprement dite, il ne dépend pas du maître de n'être pas lié par le contrat ; si la gestion est bien faite, les actes peuvent lui être opposés comme s'il avait donné un mandat.

464. — La rétroactivité de la ratification a été contestée cependant dans un cas : Une personne assure sans mandat une maison pour le compte du propriétaire ; puis la maison brûle ; le propriétaire, en ratifiant après le sinistre, peut-il réclamer aux assureurs le montant de l'assurance ? Certains auteurs se prononcent pour la négative, sous le prétexte que la ratification ne doit pas nuire aux droits des tiers (2). L'opinion contraire est plus généralement suivie (3) ; on se base sur ce que l'assurance est

(1) Aubry et Rau, T. II, § 209, texte et note 5, p. 288; Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, T. I, nº 33.

(2) Troplong, nº 620; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 135; Boudousquié, *Traité des assurances contre l'incendie*, nº 96.

(3) Domenget, T. II, nº 1280; Pardessus, T. III, nº 826. — Req. 29 déc. 1824 (J. P. à sa date); 7 mars 1843 (J. P. 1843, 2, 20).

un acte de gestion d'affaires. Si on reconnaît ce caractère à l'assurance, cette dernière solution est certainement la meilleure, car le gérant d'affaires oblige les tiers envers son maître; mais alors il faut admettre, par réciprocité, que même hors le cas de sinistre, les assureurs sont en droit, en vertu de l'art. 1375, de réclamer du maître le paiement des primes; car pour rechercher si un acte est de bonne administration, c'est en lui-même et au moment où il est accompli qu'on doit l'apprécier, et non d'après les circonstances ultérieures. Autrement le maître serait libre d'accepter ce qui lui profite et de répudier le reste, ce qui serait de toute iniquité.

465. — On voit donc que le principe de la rétroactivité est loin d'être une règle générale par rapport aux tiers contractants. La rétroactivité ne peut s'appliquer que dans les hypothèses où la ratification n'a pas pour effet de créer des obligations de la part des tiers, mais d'approuver un état de choses consommé. Ainsi dans l'hypothèse d'un paiement effectué entre les mains d'une personne qui n'avait pas de pouvoirs pour le toucher, le débiteur, en cas de ratification, est censé avoir été libéré au moment même où il a versé les espèces, de sorte que si la dette portait intérêts, le ratifiant ne peut réclamer les intérêts échus entre cette époque et celle de la ratification; car la ratification est l'approbation de l'acte tel qu'il a été accompli.

466. — Tous les contrats ne sont pas susceptibles de ratification qar le mandant. Pour les contrats solennels, une procuration authentique étant nécessaire pour la validité de l'acte, et la validité de l'acte étant elle-même nécessaire pour l'existence du contrat, il est indispensable que l'acte soit refait à nouveau pour que le contrat soit obligatoire. Il en est ainsi pour le contrat de donation,

et l'hypothèque (1); c'est là un nouveau motif à ajouter à ceux invoqués par M. Pont pour prouver que les hypothèques consenties par le mandant antérieurement à la ratification, ne peuvent être annihilées par sa ratification postérieure (2). Le contrat de mariage est nul aussi et d'une nullité absolue lorsque l'un des époux n'a pas été représenté par un mandataire porteur d'une procuration authentique. Il ne peut donc être ratifié même avant le mariage, puisqu'il n'a aucune existence légale. La plupart des auteurs sont cependant d'une opinion contraire (3). Nous ne pouvons comprendre comment un acte considéré comme non existant, ainsi que le disent MM. Aubry et Rau, pourrait revivre rétroactivement. L'art. 1339 C. civ. a donné, en parlant de la donation, la règle qui doit être appliquée à tous les contrats solennels. Le donateur, dit cet article, ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. Or le contrat de mariage est soumis, comme la donation, à des règles qui sont prescrites à peine de nullité (art. 1394 C. civ.). Si ces règles ne sont pas remplies, il faut donc dire, comme l'art. 1339 : nul en la forme, il doit être refait dans la forme légale (4).

467. — Il ressort de ce que nous avons dit précédemment, que, dans certains cas, le mandant peut être tenu envers les tiers pour les actes passés en dehors du mandat ou sans mandat aucun, lors même qu'il ne les a pas

(1) Aubry et Rau, T. III, § 266, texte et note 6, p. 262.
(2) Pont, T. I, nº 1075.
(3) Domenget, T. I, nº 418; Aubry et Rau, T. V, § 502, p. 235. — Montpellier, 9 déc. 1853 (J. P. 1854, 2, 250); Nîmes, 12 nov. 1863 (J. P. 1864, 158).
(4) Civ. rej. 29 mai 1854 (J. P. 1854, 2, 250); Req. 6 avril 1858 (J. P. 1859, 612).

ratifiés. C'est, par application de l'art. 1375 C. civ., lorsque ces actes peuvent être considérés comme rentrant dans une gestion d'affaires.

468. — Le mandataire, parlant au nom d'une autre personne, ne s'engage pas lui-même, et cette proposition est vraie même quand il agit en dehors de ses pouvoirs. Toutefois, on le comprend, le mandataire ne peut pas se jouer impunément de la bonne foi de ceux auxquels il se présente comme muni de pouvoirs suffisants. Aux termes de l'art. 1982 C. civ., il est donc garant de l'existence de ses pouvoirs et tenu d'indemniser les tiers du préjudice que cette fausse qualité peut leur occasionner (1). Mais cette responsabilité ne peut exister contre lui qu'autant qu'il est en faute. S'il fait connaître l'étendue de ses pouvoirs, s'il avertit le tiers que telle opération qui lui est proposée peut bien ne pas être agréée par le mandant, le tiers, s'il passe outre, ne peut pas s'en prendre au mandataire, si l'acte est répudié par le mandant. On voit donc de quelle importance est pour le mandataire de donner une connaissance exacte de ses pouvoirs, et quelle puissante sauvegarde est pour lui cette précaution. En cas de contestation, à qui incomberait la preuve de ce fait ? La question est considérée par quelques auteurs comme n'étant pas susceptible d'une solution générale (2). Il nous semble que la charge de la preuve doit peser sur les tiers. En effet, il ne s'agit pas d'une exception à opposer par le mandataire; en principe, le mandataire n'est pas tenu, ce n'est que par suite d'une faute qui peut même prendre le caractère d'un délit, qu'il peut être déclaré

(1) Il pourrait même, dans certaines circonstances, être passible des peines édictées par l'art. 405 C. pén.

(2) Pont, T. I, nº 1057; Aubry et Rau, T. IV, § 415, note 11, p. 651.

responsable. C'est donc à ceux qui prétendent qu'il y a faute ou dol, à le prouver. La preuve doit d'autant plus être mise à la charge des tiers, qu'il y a au moins imprudence grave de leur part s'ils n'ont pas réclamé la production du mandat. Story va même plus loin : « If, from « his omission to call for or to examine the instrument, « he should encounter a loss from the defective authority « of the agent, it is properly attributable to his own fault, « since he must know, that he has no other security than « his reliance upon the good faith and credit of the « agent (1). »

469. — Indépendamment de toute faute de sa part, le mandataire est évidemment garant de la ratification, si, tout en donnant connaissance de ses pouvoirs, il s'est porté fort, c'est-à-dire s'est engagé à apporter cette ratification.

C. — Actes faits en vertu d'une fausse procuration.

470. — Nous avons supposé jusqu'ici que la teneur de la procuration n'était pas contestée, et, à plus forte raison, que la procuration émanait réellement de la personne indiquée comme mandant. Dans l'hypothèse contraire, en supposant d'ailleurs que le mandataire ne soit pour rien dans l'inexactitude ou la fausseté de la procuration et soit de parfaite bonne foi, quelle serait la validité des actes passés en vertu d'une pareille procuration ?

471. — Prenons d'abord la première hypothèse, celle où la copie ou l'expédition de la procuration n'est pas conforme à l'original.

Cette hypothèse peut se présenter d'abord lorsque la

(1) Story, § 72, p. 95 ; Delvincourt, sur l'art. 1997, T. III, p. 241, note 6 ; Laurent, T. XXVIII, nº 47.

procuration est dressée par acte notarié et en minute. En pareil cas les actes accomplis par le mandataire ne lieraient pas le mandant, et les tiers n'auraient de recours que contre le notaire qui a délivré l'expédition. Ce cas se présentera très rarement d'ailleurs, de sorte qu'il n'a pas un grand intérêt pratique.

L'importance de la question est tout autre, lorsqu'il s'agit d'un ordre donné par le télégraphe. Outre que cette manière de correspondre est très fréquente, il est fort possible qu'un employé commette une erreur, soit dans la transmission, soit dans l'interprétation des signes ; cela est même tellement possible, que la chose est arrivée, et la Cour d'Amiens a eu à se prononcer sur l'affaire (1). La question est d'autant plus délicate que les préposés du télégraphe sont irresponsables tant qu'ils se sont conformés aux règlements régissant leurs rapports avec le public ; de sorte que la perte, sur quelque personne qu'on la fasse retomber, est supportée par ceux à qui la faute n'est pas imputable. En effet le mandant ne peut pas être lié dans des conditions différentes de celles qu'il avait fixées ; le mandataire n'est pas coupable pour avoir exécuté les ordres tels qu'il les a reçus ; et le tiers, de son côté, n'a aucune imprudence à se reprocher, puisqu'il s'est assuré que le mandataire n'excédait pas les termes du mandat qui lui était représenté.

La Cour d'Amiens a cependant décidé, dans l'espèce qui lui était soumise, que la vente opérée par le mandataire était nulle. Cet arrêt se base sur les art. 1109 et 1110 C. civ. Il nous semble que ces articles ne sont pas applicables à la question. En effet, après l'art. 1109 qui dispose que le consentement n'est pas valable s'il a été donné

(1) Amiens, 11 mai 1854 (J. P. 1855, 1, 58).

par erreur, l'art. 1110 indique dans quelle mesure l'erreur est ainsi une cause de nullité : c'est lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose objet du contrat ; or tel n'est pas le cas.

Nous admettons cependant en principe la solution donnée par la Cour. Pour nous, le contrat est nul, parce que le consentement du mandant, véritable contractant, fait défaut. Il reste à savoir si le tiers peut se faire indemniser du préjudice qu'il éprouve, et, dans le cas de l'affirmative, contre qui il a son recours. La solution résulte implicitement de l'art. 1997 C. civ., de son esprit, si ce n'est de son texte. Nous déciderons donc, que si le mandataire a fait savoir au tiers qu'il a reçu son mandat par le télégraphe, le tiers a dû compter sur les erreurs qui ont pu être commises dans la transmission ; en tout cas il ne peut prétendre que le mandataire lui a fait éprouver un préjudice, puisque celui-ci a porté à sa connaissance les causes qui pouvaient vicier le mandat. Le contrat est donc censé avoir été soumis, dans la pensée des parties, à la condition suspensive de la validité de la procuration.

Mais si le mandataire a omis de faire connaître cette particularité au tiers avec lequel il contracte, il est garant de la validité de son mandat, et tenu par suite de réparer le préjudice que sa faute a causé.

472. — Si nous supposons que la procuration, en vertu de laquelle le mandataire a agi, n'émanait pas de la personne indiquée comme mandant, il va de soi que cette personne ne peut en aucun cas être tenue des engagements pris en son nom : le contrat est donc nul ; mais sur qui retombera la responsabilité? Si l'auteur du faux est connu, c'est lui qui devra supporter le montant du dommage causé, sans préjudice des actions au criminel qui pourraient être dirigées contre lui. A défaut du coupable prin-

cipal, ceux auxquels on peut reprocher une faute ou une imprudence peuvent être actionnés en réparation. C'est ainsi que la Cour de Paris a déclaré un notaire responsable des conséquences de la fausseté d'une procuration, parce qu'il avait reçu pour certifier l'individualité du mandant qui lui était inconnu, deux témoins sans domicile fixe et qu'il fut impossible de retrouver (1). Le mandataire serait aussi responsable si, connaissant la signature du mandant, il avait négligé de contrôler soigneusement celle que portait la procuration.

Mais s'il n'était pas en faute, soit parce qu'il ne connaissait pas la signature du mandant, soit parce que cette signature était si habilement contrefaite que l'erreur était possible, soit enfin parce que les ordres étaient donnés par dépêche télégraphique, il ne pourrait être déclaré responsable envers les tiers, s'il leur avait remis la procuration pour les mettre à même de reconnaître la sincérité de la signature. Sans doute, le mandataire est garant de sa qualité en ce sens que, par sa faute ou son imprudence, il ne peut en prenant ce titre causer un préjudice à autrui. Mais s'il n'est coupable ni de faute ni d'imprudence, on ne peut faire retomber sur lui la responsabilité. Nous reconnaissons que cela peut porter une atteinte au crédit du mandataire; mais la solution contraire serait-elle meilleure? nous ne le pensons pas; car si le mandataire devait être responsable, alors qu'il n'y a rien à lui reprocher, personne ne voudrait se charger d'un mandat.

Il faut d'ailleurs, nous le répétons, qu'aucun reproche d'imprudence ne puisse être mis à la charge du manda-

(1) Paris, 29 janv. 1847 (J. P. 1847, 1, 244). — Cpr. dans une espèce analogue : Aix 23 avril 1847(J. P. 1847, 2, 455). Il s'agissait d'un notaire qui avait reçu la procuration d'une personne en état d'imbécillité notoire.

taire. Il serait certainement responsable si, recevant un mandat qui ne devait être exécuté que dans un certain délai, il négligeait, par un accusé de réception, de s'assurer qu'il vient bien de la personne indiquée. La prudence commanderait aussi au mandataire, qui recevrait par télégramme un ordre important, de répéter ce télégramme, surtout si cet ordre venait d'une personne avec laquelle il ne serait pas en rapports suivis pour des affaires analogues (1).

Lorsque le mandataire a agi en son propre nom, les solutions sont nécessairement différentes ; nous examinons plus loin cette hypothèse.

§ 2. — CAS OU LE MANDATAIRE AGIT EN SON NOM.

473. — Il est possible que le mandataire, bien qu'agissant habituellement au nom du mandant, ait, pour un motif quelconque, pris des engagements en son nom pour le compte du mandant. Il se peut aussi que le mandant, voulant rester inconnu, charge le mandataire d'agir en son nom personnel. Le Code, au titre du mandat, n'a pas prévu cette hypothèse, mais les solutions découlent naturellement des principes ordinaires.

474. — Le mandataire parlant en son nom au contrat, est obligé personnellement envers les tiers. Le mandant est-il aussi tenu envers eux ? Pothier le décidait affirmativement : « Il oblige conjointement avec lui son mandant, « pour l'affaire duquel il paraît que le contrat se fait : le « mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obli- « gations que le mandataire contracte pour son affaire ;

(1) Voir en sens divers sur cette question : Aubry et Rau, T. IV, § 415, p. 651 ; Pont, T. I, nº 1066 ; Laurent, T. XXVIII, nº 59. — Amiens, 11 mai 1854 (J. P. 1855, 1, 58) ; Req. 17 déc. 1844 (J. P. 1845, 1, 341) et 15 mai 1848 (J. P. 1848, 2, 277).

« 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 (1). » Cette solution ne saurait être admise dans notre Droit actuel, du moins en principe. Pothier a copié le Droit romain. En effet à Rome on avait accordé cette action contre le mandant, parce que le mandataire ne pouvait agir au nom de celui-ci ; mais pourquoi en serait-il ainsi dans notre Droit? Si le tiers veut avoir le mandant pour obligé, qu'il refuse de traiter si le mandat n'est fait en son nom. Une observation est cependant nécessaire ; si une femme achète en son nom les provisions du ménage, si un commis traite en son nom dans les limites de son emploi, bien que le nom du mari ou le nom du patron ne soit pas prononcé, il est cependant tacitement entendu par toutes les parties, que la femme ou le commis agissent comme représentants, et qu'ils obligent leur mandant sans s'engager eux-mêmes. En dehors de cette exception, le principe que, lorsque le mandataire agit en son nom, les tiers n'ont pas d'action contre le mandant, doit toujours être observé (2).

475. — Si les tiers n'ont pas d'action dérivant du contrat, ne peuvent-ils du moins agir contre le mandant jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il a retiré de l'opération? M. Laurent le conteste, en se basant sur ce fait que l'action *de in rem verso* suppose une gestion d'affaires, et qu'aucun lien de cette nature n'existe entre les tiers et le mandant (3). Cette solution nous semble contestable. L'action *de in rem verso* est surtout une action d'équité, fondée

(1) Pothier, n° 88. Ed. Dupin, T. IV, p. 253.

(2) Cpr. Laurent, T. XXVIII, n° 62 ; Domenget, T. I, n° 398 ; Troplong, n° 539 et suiv.

(3) Laurent, T. XXVIII, n° 63.

sur ce principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. On ne peut donc méconnaître combien il serait inique, que le mandant eût tout le profit de l'opération sans que les tiers reçussent aucune indemnité (1).

Il est certain d'ailleurs que les tiers, créanciers du mandataire, peuvent se prévaloir du bénéfice de l'art. 1166 pour forcer le mandant à remplir ses engagements. Mais ce recours est loin d'avoir pour eux les mêmes avantages que l'action directe, puisqu'ils sont obligés de concourir avec les autres créanciers, et en outre qu'on peut leur opposer toutes les exceptions que le mandant pouvait invoquer contre le mandataire.

476. — Réciproquement le mandataire peut seul poursuivre l'exécution des engagements pris par les tiers. Toutefois, si le mandant n'a pas d'action personnelle contre eux, le mandataire, étant obligé de lui procurer le bénéfice du contrat, peut se voir forcé à le subroger à ses droits et actions. Mais la position des tiers ne pouvant se trouver aggravée par suite de cette subrogation, ils peuvent faire valoir contre le mandant tous les moyens de défense dont ils auraient pu exciper contre le mandataire, par exemple la compensation qui s'est opérée entre leur dette et les sommes dont le mandataire était leur débiteur (2).

477. — Il peut arriver qu'une personne, tout en achetant en son nom, se réserve la faculté de déclarer ultérieurement une autre personne comme acheteur véritable. Si cette déclaration n'a pas lieu, elle reste définitivement propriétaire ; dans le cas contraire, cette déclaration a pour effet de faire considérer le commandé comme n'ayant

(1) Paris, 6 août 1850 (J. P. 1851, 1, 150).—Cpr. Req. 17 nov. 1856 (J. P. 1858, 251).

(2) Troplong, nos 523 et suiv.; Laurent, T. XXVIII, nº 62.

jamais été propriétaire de l'immeuble, de sorte que les droits qu'il a pu consentir sont résolus rétroactivement; s'il est marié, ou tuteur, l'hypothèque légale est censée n'avoir jamais grevé cet immeuble. C'est le command qui est censé avoir été l'acquéreur *ab initio*; il est ainsi subrogé à toutes les obligations de l'acheteur primitif relatives au paiement du prix, et aux clauses et charges imposées par le contrat. On voit donc combien il est important de distinguer de la revente la déclaration de command. Aussi le droit de faire cette déclaration est-il soumis à certaines restrictions. Il faut: 1° que la faculté d'élire command soit réservée par le contrat; 2° que la déclaration de command soit faite dans le délai convenu entre les parties; 3° que la déclaration d'élection soit acceptée par le command dans le terme stipulé; 4° que la déclaration faite par le commandé et l'acceptation du command soient pures et simples et ne renferment pas d'autres conditions que celles portées dans le contrat primitif.

Cette faculté d'élire command sert souvent à cacher une revente pour éviter de payer deux fois les frais de mutation. Dans notre ancien Droit, on en faisait aussi un usage très fréquent, au préjudice des droits seigneuriaux. Pour remédier autant que possible à cet état de choses, on fixa un délai assez court, après lequel la déclaration de command, à l'égard du fisc du moins, était considérée comme une revente. Ce délai, qui variait dans notre ancienne jurisprudence, avait été fixé à six mois par les lois des 5 décembre 1790 et 13 septembre 1791. La loi du 22 frimaire an VII a réduit ce délai à vingt-quatre heures à partir de l'adjudication ou du contrat (art. 69 § 7-3°; et loi du 28 avril 1816, art. 44-3°). Lorsque l'adjudication se fait en justice, les vingt-quatre heures partent du jour où l'avoué a déclaré l'adjudicataire; mais il faut en outre que cet

avoué ait expressément réservé à son client la faculté de faire une déclaration de command (1).

478. — Nous avons à étudier la validité des actes accomplis par le mandataire en son nom, lorsque son mandat a été altéré ou est l'œuvre d'un faussaire. A l'égard des tiers, quelles que soient la bonne foi du mandataire et la cause de nullité du mandat, l'acte est valable. En effet, ils n'ont pas à s'enquérir du motif pour lequel le mandataire a traité avec eux ; l'erreur sur le motif n'est jamais une cause de nullité du contrat.

479. — L'intérêt de la question est donc restreint aux rapports entre le mandant et le mandataire ; lequel des deux doit supporter le préjudice ? A ce point de vue il faut distinguer, comme nous l'avons fait précédemment, le cas où le mandat a été simplement modifié dans sa teneur, et celui où il est complètement faux.

480. — Dans la première hypothèse, la responsabilité retombera sur celui de qui émane la copie erronée du mandat. Si les employés du télégraphe sont les auteurs de la faute, comme ils sont irresponsables, il faut examiner lequel du mandant ou du mandataire est le plus coupable d'imprudence. La solution ne nous semble pas susceptible d'être posée d'une manière absolue ; les circonstances de la cause, les habitudes des parties, devront être ici d'un grand poids. En général, cependant, la responsabilité devrait peser plutôt sur le mandant. En effet, c'est lui qui a choisi le mode de transmission du mandat; s'il a choisi une voie sujette à des erreurs possibles, il ne peut s'en prendre au mandataire. Il est encore moins fondé à se plaindre, s'il n'a pas employé tous les moyens en son

(1) Boitard, sur l'art. 707, T. II, nº 960 ; Troplong, *De la vente*, T. I, nº 76.

pouvoir pour garantir autant que possible l'exactitude de sa dépêche. Il peut en effet la recommander en payant une double taxe. La solution devrait être différente si le mandataire avait négligé de répéter le télégramme, bien qu'il eût reçu du mandant l'invitation de le faire, ou qu'il eût l'habitude de prendre cette précaution, ce qui dispensait le mandant de la lui rappeler de nouveau. Cette omission constituerait en effet une faute, et cette faute serait la cause, dans une certaine mesure, de l'inexactitude du mandat; car, sans elle, l'erreur aurait été reconnue et redressée (1).

481. — Lorsque le mandat n'émane pas de la personne spécifiée dans la procuration, elle ne peut évidemment être responsable envers le mandataire, ni obligée d'accepter les actes accomplis par lui. Le mandataire n'a donc que son recours contre le faussaire, s'il peut le découvrir. On voit donc combien il est prudent pour lui d'accuser réception des ordres qui lui sont transmis, par lettre s'il n'y a pas urgence, autrement par la voie télégraphique.

§ 3. — DU PRÊTE-NOM.

482. — Le mandant peut transférer au mandataire des droits apparents de propriété au moyen d'une vente, d'une cession ou d'une donation, et rétablir la nature de ses rapports véritables avec lui au moyen d'une contre-lettre. Le mandataire s'appelle alors un prête-nom. Aux termes de l'art. 1321 C. civ., les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers ; le prête-nom est donc censé dans ses rapports avec eux avoir tous les droits d'un véritable propriétaire et le mandant ne peut faire annuler les

(1) Cpr. Alauzet, T. II, nº 833.

actes qu'il a consentis, en prouvant qu'ils dépassaient les pouvoirs qu'il lui avait donnés.

La solution n'est pas douteuse si les tiers sont de bonne foi, s'ils ignorent la véritable qualité du prête-nom, ou du moins l'étendue de ses pouvoirs. Mais si les tiers sont de mauvaise foi et savent que le prête-nom en traitant avec eux dépasse ses pouvoirs, les actes seront-ils valables ? L'affirmative nous semble préférable ; les tiers ne sont censés légalement connaître qu'un seul contrat, le contrat apparent, et cet acte seul leur est opposable, c'est lui qui règle leurs rapports avec le mandataire. Quant à la contre-lettre, elle ne peut jamais leur être opposée ; l'art. 1321 C. civ. ne distingue pas (1).

483. — A cette question se rattache celle de savoir si, à l'égard des tiers de mauvaise foi, la mort du mandant met fin aux pouvoirs du prête-nom ? La réponse doit être semblable à celle que nous venons d'adopter, et pour les mêmes motifs ; on peut ajouter de plus que, en donnant le mandat sous la forme d'un contrat irrévocable, le mandant a voulu indiquer par là que les pouvoirs qu'il conférait devaient durer, même après sa mort ; cette stipulation est parfaitement valable lorsqu'elle est expresse ; elle l'est donc aussi quand elle résulte tacitement des agissements du mandant (2).

(1) Laurent, T. XXVIII, nº 77. — Req. 25 janv. 1864 (J. P. 1864, 449). — Contra : Aubry et Rau, T. IV, § 410, p. 636 ; Pont, T. I, nº 1080 ; Civ. rej. 9 févr. 1848 (J. P. 1848, 2, 129).

(2) Laurent, T. XXVIII, nº 87 ; Troplong, nº 738 ; Domenget, T. I, nº 591. — Contra : Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Pont, T. I, nº 1143.

CHAPITRE VII.

DE LA POSITION DU SUBSTITUÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LE MANDANT, LE MANDATAIRE ET LES TIERS.

484. — La substitution peut avoir été faite de deux manières, soit au nom du mandant, soit au nom du substituant lui-même.

Dans le premier cas, si la substitution a été autorisée par le contrat expressément ou tacitement et si le substitué remplit les conditions de solvabilité voulues, nous avons vu que le substituant s'efface totalement; le substitué prend sa place et devient le mandataire direct du mandant; c'est ce dernier qui est censé avoir donné le mandat au substitué; par suite, c'est à lui que le substitué doit rendre compte, et il peut l'y forcer directement sans que celui-ci puisse opposer aucune compensation provenant de ses rapports avec le substituant (1). Réciproquement le mandant seul peut être actionné par le substitué et ce dernier ne peut s'attaquer au substituant; car celui-ci ne s'est pas obligé en son nom; il a donné le mandat comme mandataire et dans les limites de ses pouvoirs (2).

(1) Laurent, T. XXVII, n° 493; Pont, T. I, n° 1024; Aubry et Rau, T. IV, § 413, p. 617; Troplong, n° 484. — Req. 28 avril 1859 (J. P. 1860, 472); Civ. rej. 22 mars 1875 (J. P. 1875, 727).

(2) Troplong, n° 484. — Contra : Pont, T. I, n° 1028; Aubry et Rau, *loc. cit.*; Laurent, T. XXVII, n° 494.

Il n'en serait autrement que si le mandataire avait négligé, en faisant la substitution, de porter à la connaissance du substitué les instructions qu'il avait reçues et qui étaient nécessaires pour la bonne exécution du mandat.

485. — La solution serait différente si le mandataire n'avait pas reçu le pouvoir de substituer. Il peut, il est vrai, dans le silence du contrat, charger un tiers de l'exécution du mandat; mais ce tiers est son préposé agissant sous sa responsabilité; il ne devient donc pas le mandataire direct du maître. Toutefois celui-ci peut l'actionner directement, l'art. 1994 C. civ. lui en donne le pouvoir; et comme le substitué n'ignore pas quel est le maître de l'affaire, il ne peut, pas plus que dans le cas précédent, lui opposer une fin de non recevoir, dérivant de ses rapports avec le substituant. Quant au recours du substitué pour le paiement de ses déboursés, il est certain qu'il peut agir contre le substituant qui est un mandant à son égard, et qu'il peut se prévaloir de l'art. 1166 C. civ. pour intenter contre le maître l'action du mandataire. Mais pour cette action, il est obligé de venir en concours avec les autres créanciers. Aussi on peut se demander si, de même que le mandant a une action directe contre lui, réciproquement il ne peut recourir directement contre le mandant. L'affirmative paraît assez équitable, mais cette action est toujours restreinte dans les mêmes limites que celle que le mandataire aurait pu exercer lui-même; la position du mandant ne peut se trouver aggravée par le fait d'une substitution à laquelle il n'a pas acquiescé. Il est d'ailleurs hors de doute que le substitué peut opposer à l'action du mandant la compensation avec ce qui lui est dû à raison de l'exécution.

486. — Que décider dans l'hypothèse où la substitution a eu lieu malgré la défense formelle du mandant?

Quant au mandant, nul doute qu'il n'ait deux obligés, le mandataire et le substitué. Le substitué de son côté a son recours contre le mandataire, surtout si le mandataire lui a laissé ignorer la défense de substitution. Il peut aussi réclamer ses frais du mandant, si celui-ci l'a actionné en reddition de compte, car par cela même il a approuvé les actes accomplis.

487. — Dans le deuxième cas, il se forme un contrat de mandat parfaitement distinct entre le mandataire et le substitué et indépendant du contrat primitif; le substituant est seul comptable envers le substitué des dépenses, salaires, etc., et réciproquement le substitué rend valablement ses comptes entre les mains du substituant. De ce que le substitué a eu simplement en vue la personne du substituant qu'il considérait comme le *dominus rei* et envers lequel seul il s'engageait, il semblerait résulter que le mandant n'a pas d'action directe contre lui, et qu'il peut seulement intenter l'action appartenant à son mandataire. Mais l'art. 1994, dans sa partie finale, prend soin de déclarer que, *dans tous les cas*, le mandant peut agir directement contre le substitué; et cette phrase doit d'autant mieux s'appliquer à notre espèce, que, dans tout autre cas, elle est à peu près superflue. Toutefois, il faut bien comprendre ce que le mandant peut ainsi réclamer. Il peut simplement demander au substitué de rendre son compte à lui directement et sans passer par l'intermédiaire du mandataire. La loi n'a pas voulu que, par une faute de son mandataire, le mandant se trouve déchu du droit de réclamer ce qui en fait lui appartient, et soit obligé de concourir avec les créanciers du mandataire, peut-être insolvable. Mais c'est là tout ; et la situation du substitué, qui, nous le supposons, est de bonne foi et ne connaissait nullement le véritable maître, ne peut être

aggravée. Ainsi, le substitué a-t-il bien accompli l'ordre que le mandataire lui avait donné, bien qu'il fût contraire au mandat principal, le mandant ne peut pas réclamer de dommages-intérêts; le substitué a-t-il déjà rendu compte au mandataire, il est complètement déchargé; enfin est-il créancier de certaines sommes envers le mandataire, il peut opposer la compensation au mandant (1), et par conséquent le mandant doit lui tenir compte des dépenses, salaires et autres frais qui pourraient être réclamés au substituant.

488. — Dans ses rapports avec les tiers, le substitué se trouve dans la situation d'un mandataire ordinaire; nous n'avons donc rien de particulier à dire sur ce point.

489. — Entre le mandant et les tiers, la situation varie suivant que la substitution a eu lieu au nom du mandant ou au nom du substituant, et par suite suivant que le substitué a agi au nom du mandant ou au nom du substituant; les conséquences de ces deux hypothèses ressortent des explications que nous avons données.

La même distinction doit être faite en ce qui concerne les rapports du substituant avec les tiers.

(1) Civ. rej. 23 févr. 1874 (J. P. 1875, 877); Lyon, 6 déc. 1859 (J. P. 1860, 472). — Pont, T. I, nº 1026; Aubry et Rau, T. IV, § 413, p. 647; Laurent, T. XXVII, nº 491. — Cpr. Story, § 216 *a*, p. 274, et § 388, p. 474.

CHAPITRE VIII.

DE QUELLES MANIÈRES FINIT LE MANDAT.

§ 1. — DES CAUSES QUI FONT CESSER LE MANDAT.

490. — Le mandat finit : 1° par la révocation, 2° par la renonciation, 3° par la mort du mandant ou du mandataire, 4° par la déconfiture du mandant ou du mandataire, 5° par leur interdiction ou leur changement d'état. A cette énumération de l'art. 2003, nous ajouterons : 6° la déclaration d'absence et l'envoi en possession des biens du mandant, 7° la substitution, 8° la cessation des pouvoirs du constituant, 9° l'expiration du temps fixé à sa durée par la convention ou par la loi (1), 10° l'évènement de la condition à laquelle il est subordonné, 11° enfin la consommation de l'affaire qui en fait l'objet, ou l'impossibilité de l'exécuter par suite d'un cas de force majeure.

Nous allons examiner successivement les huit premières de ces causes d'extinction du mandat. Quant aux autres, elles n'ont pas besoin d'explications.

491. — 1° *Révocation du mandat.* — En règle générale, les contrats étant l'œuvre de deux volontés, ne peuvent être détruits que du consentement réciproque de ceux qui

(1) Les procurations pour toucher les arrérages de rentes et pensions de l'Etat ne sont valables que pour 10 ans (Ordonn. du 1er mai 1816, art. 4).

les ont formés. Il est fait exception à cette règle en ce qui concerne le mandat, pour les motifs suivants. Le mandat est un contrat dans l'intérêt du mandant ; or on ne peut lui rendre un service malgré lui ; il peut donc faire remise de l'obligation contractée dans ce but. En second lieu, le mandat est un contrat qui suppose dans le mandant une certaine confiance dans le mandataire, puisqu'il remet ses intérêts entre les mains de celui-ci ; il peut donc, lorsqu'il a des motifs ou même de simples soupçons pour se défier du mandataire, lui retirer la direction de ses affaires, sans être obligé de divulguer et de discuter au grand jour les motifs de cette révocation. Enfin, l'acte que le mandataire devait accomplir peut devenir inopportun, par suite de circonstances survenues postérieurement au contrat ; le mandant doit être seul juge de ses intérêts, il peut donc empêcher l'exécution du mandat.

La première de ces raisons ne s'applique qu'au mandat gratuit ; mais les autres expliquent suffisamment pourquoi le Code maintient au mandant, sans réserves, le droit de révocation, même lorsque le mandat est salarié. Il faut que le mandant ait toute liberté d'action ; et il serait lié dans une certaine mesure, souvent, à son grand préjudice, il hésiterait à révoquer le mandat, s'il était obligé de payer le salaire ou du moins une indemnité. On ne peut donc tirer de ce fait un argument, ainsi que nous l'avons déjà dit, pour prouver que le mandat salarié n'est pas un contrat synallagmatique. C'est une exception introduite en faveur du mandant et parfaitement justifiée.

492. — On conçoit cependant que la révocation ne soit pas toujours possible. Elle ne peut avoir lieu : 1° lorsque le mandat a été donné, non pas dans l'intérêt seul du mandant, mais aussi dans l'intérêt du mandataire ou des tiers, qui ont un droit acquis à l'accomplissement du man-

dat. Ainsi la Cour de Cassation a décidé que le mandat donné à un associé, même postérieurement au contrat de société, est irrévocable s'il est moins relatif à l'administration de la société que compris dans un ensemble de conventions où les tiers sont intéressés (1). Nous citerons aussi, comme mandat irrévocable dans l'intérêt des tiers, le mandat de payer résultant d'une lettre de change, d'un chèque, ou de l'effet de commerce appelé un mandat; il y a renonciation, envers le preneur de l'effet, au droit de révocation. Mais on ne devrait pas considérer comme un mandat irrévocable, une simple lettre de crédit, c'est-à-dire un titre par lequel une personne charge son banquier de tenir à la disposition de telle personne une certaine somme d'argent. La question a été soumise à la Cour de Cassation, qui a refusé tout recours au mandataire qui avait payé avant l'époque fixée, le mandant ayant dans l'intervalle et avant l'échéance révoqué le mandat (2). Nous citerons aussi comme mandat irrévocable, le mandat donné par un débiteur à son créancier, de vendre ses meubles pour se payer sur le prix. Mais nous rappelons que la clause de voie parée a été prohibée pour les immeubles par la loi du 2 juin 1841.

2° Lorsque le mandat est la condition, ou l'une des clauses d'un contrat synallagmatique; il fait corps avec ce contrat et participe de son irrévocabilité; tel est le mandat de vendre résultant d'une cession de biens, le mandat donné au mari par le contrat de mariage, le mandat d'administrer donné par l'acte de société à l'un des associés (art. 1856 C. civ.). Cependant, par exception, l'art. 22 de la loi du 24 juillet 1867 dispose que les admi-

(1) Req. 6 janv. 1873 (J. P. 1873, 37).
(2) Civ. rej. 14 janv. 1880 (D. P. 1880, 1, 158).

nistrateurs des sociétés anonymes sont révocables, et cette disposition générale doit être entendue même du cas où ils ont été constitués par l'acte de société (1).

3° Lorsque le mandat a été stipulé irrévocable (2). Il peut aussi être convenu que le mandant n'aura le droit de révoquer le mandat qu'en payant une indemnité au mandataire. Cette convention n'a même pas besoin d'être expresse, et les juges peuvent la voir dans les faits de la cause (3).

493. — En dehors des cas que nous venons d'examiner, le droit de révocation appartient à tout mandant, et si le mandat avait été donné conjointement par plusieurs personnes, chacune d'elles aurait individuellement, du moins en ce qui concerne son intérêt particulier, le droit de le révoquer (4). Cette décision suppose cependant que le mandat n'est pas indivisible; car s'il résultait du contrat que le mandat était indivisible et que l'un des associés ne pourrait le révoquer sans l'assentiment des autres, le droit de révocation individuelle ne serait plus admissible (5).

494. — La révocation, pas plus que la constitution du mandat, n'est soumise à aucun mode spécial de manifestation. Elle peut être écrite ou verbale, expresse ou même tacite. Elle peut donc résulter de tous les faits qui sont de

(1) Pardessus, T. IV, n° 1041 ; Molinier, T. I, n° 448. — Civ. rej. 25 mai 1868 (D. P. 1868, 441).

(2) Cependant l'art. 46 du projet de loi Suisse sur les obligations dispose que toute renonciation faite par le mandant au droit de révoquer ou de modifier le mandat est nulle et de nul effet.

(3) Laurent, T. XXVIII, n° 98 ; Pont, T. I, n° 1160.— Req. 8 avril 1857 (J. P. 1858, 473).

(4) Troplong, n° 719 ; Domenget, T. I, n° 569 ; Pont, T. I, n° 1158.

(5) Req. 8 janv. 1868 (J. P. 1868, 399).

nature à indiquer chez le mandant l'intention évidente de retirer ses pouvoirs. Comme il s'agit d'une question d'intention, les juges ont donc un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la portée des faits dont on prétend l'inférer. Aussi l'art. 2006 ne doit-il pas être entendu d'une manière absolue. « La constitution d'un nouveau mandataire « pour la même affaire, » dit cet article, « vaut révocation « du premier. » On peut voir, il est vrai, dans cette nomination nouvelle, l'intention de changer de mandataire; mais il est possible aussi que le mandant ait voulu avoir deux mandataires tenus pour le tout de l'exécution du mandat.

Pour qu'on puisse considérer la deuxième procuration comme révoquant la première, il faut qu'il y ait incompatibilité entre elles ; ainsi une procuration générale n'emporte pas révocation d'une procuration spéciale donnée auparavant ; et une procuration spéciale n'aurait pas pour effet de faire considérer comme non avenue une procuration générale antérieure ; elle ne vaudrait révocation que pour le point spécial dont il s'agit.

Mais il suffit qu'il y ait incompatibilité, et il n'est pas nécessaire que le second mandat produise son effet et soit mis à exécution ; comme il s'agit avant tout d'une question d'intention de la part du mandant, on comprend que la nullité du second mandat pour défaut d'acceptation du mandataire ou toute autre cause, n'empêche pas le premier d'être éteint.

Il est certain aussi que l'art. 2006 donne seulement un exemple, et que la nomination d'un autre mandataire n'est pas le seul fait qui puisse indiquer le changement de volonté du mandant. La révocation peut résulter aussi bien de ce que le mandant s'est mis lui-même à entreprendre ce qu'il avait donné mandat de faire, ou de ce qu'il a retiré

des mains du mandataire les pièces nécessaires pour l'exécution, par exemple les titres des créances qu'il l'avait chargé de toucher.

495. — 2° *Renonciation du mandataire.* — L'exécution du mandat étant, du moins en principe, un service rendu par le mandataire, il est juste que si les bons rapports qui l'avaient engagé à donner au mandant un témoignage d'amitié viennent à cesser, il soit libre de refuser de donner suite à sa promesse ; en second lieu, le mandat étant gratuit par nature, si l'exécution doit occasionner un préjudice trop considérable au mandataire, l'équité exige qu'il puisse s'y soustraire. Mais d'un autre côté, le mandant, comptant sur les soins qui lui étaient promis, pourrait éprouver un préjudice, si la renonciation avait lieu à l'improviste. De là, la nécessité de concilier avec les intérêts du mandant, les justes ménagements que mérite le désintéressement du mandataire. Il convient donc de distinguer deux hypothèses.

496. — Si les choses sont encore entières, la renonciation ne peut causer au mandant aucun préjudice ; aussi le mandataire peut-il renoncer suivant son bon plaisir, et sans avoir à indiquer les motifs de sa conduite, à la seule charge d'en avertir le mandant pour que celui-ci prenne ses dispositions en conséquence.

497. — La renonciation est-elle de nature à occasionner un préjudice au mandant, le mandataire est en faute s'il renonce sans motif suffisant, et il est par conséquent responsable des conséquences de son refus d'agir. Mais la faute, et par suite la responsabilité, n'existent plus lorsque, dit l'art. 2007 C. civ., le mandataire se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans éprouver un préjudice considérable. Le mot *considérable* ne doit évidemment pas s'entendre d'une façon absolue ; il faut entendre considérable eu égard au préjudice que l'inexécu-

tion fera éprouver au mandant. L'art. 2007 ne parle que d'un préjudice matériel comme étant un motif d'excuse autorisant la renonciation; il faut y ajouter les autres causes qui, comme une maladie, enlèvent tout caractère de faute à l'inexécution du mandat. Pothier indique comme justes causes, l'inimitié capitale survenue entre les parties, le dérangement des affaires du mandant, un voyage nécessaire (1). Le Code n'ayant rien fixé à cet égard, il appartient aux tribunaux de concilier les intérêts respectifs du mandant et du mandataire (2).

498. — Les règles précédentes, très équitables quand le mandat est gratuit, se comprennent moins lorsque le mandat est salarié. Aussi dans certaines législations une différence est-elle faite entre les deux cas : « This renun-
« ciation may be before any part of the authority is exe-
« cuted, or when it is in part executed. But, in either
« case, if the agency is founded upon a valuable conside-
« ration, the agent, by renouncing it, makes himself liable
« for the damages which his principal may sustain the-
« reby. If the agency is purely voluntary and gratuitous,
« there, according to our law, the principal will not be
« entitled to any damages for its non-execution (3). »

Ainsi le mandataire salarié, même lorsque les choses sont entières, est tenu d'exécuter le mandat sous peine de dommages-intérêts. Dans notre Droit, il est certain qu'il peut renoncer. Il peut même renoncer pendant l'exécution, lorsqu'il a à craindre un dommage considérable. Bien que, pour justifier cette décision, l'on n'ait plus les mêmes motifs que lorsque le mandat est gratuit, cependant la généralité des termes de l'art. 2007 C. civ. ne permet pas d'en restreindre l'application. Toutefois, les

(1) Pothier, nos 40 et suiv. Ed. Dupin, T. V, p. 226.
(2) Pont, T. I, no 1167.
(3) Story, § 478, p. 637.

tribunaux devront, en vertu de l'art. 1992 C. civ., admettre beaucoup moins facilement la renonciation dans ce dernier cas.

499. — De même que le mandant ne peut pas dans tous les cas user du droit de révocation, le mandataire n'est pas toujours libre de renoncer sans motif. Ainsi, il ne peut renoncer sans cause légitime, même *rebus integris*, lorsque le mandat fait partie d'un contrat synallagmatique (1). Tel est le cas de l'associé nommé gérant par le contrat.

500. — 3° *Mort du mandant ou du mandataire.* — Nous avons expliqué, en parlant du Droit romain, les motifs de cette disposition.

Lorsque le mandat a été donné par plusieurs personnes pour une affaire commune, la mort de l'une d'elles n'éteint pas le mandat par rapport aux autres (2). Le motif de décider est le même que pour la révocation. Mais lorsque le mandat a été donné conjointement à plusieurs mandataires, la mort de l'un deux pourra dans certains cas l'éteindre complètement, c'est lorsque la volonté du mandant était que tous les mandataires concourussent à l'acte.

504. — D'ailleurs, si le mandat finit par la mort du mandant, c'est uniquement parce que telle est l'intention présumée des contractants. Le mandant peut donc décider que le mandat ne sera pas éteint par son décès, du moins de plein droit; car il ne peut imposer à ses héritiers un mandataire irrévocable, sauf à titre d'exécuteur testamentaire. Les héritiers sont donc tenus d'observer le mandat, mais comme des mandants ordinaires, c'est-à-dire qu'ils sont libres de le révoquer. Cette proposition est univer-

(1) Pont, T. I, n° 1169.

(2) Pont, T. I, n° 1138. — Contra : Troplong, n° 739 ; Domenget, T. I, n° 594.

sellement admise (1). Cependant certains auteurs ont cru devoir faire une exception dans le cas où l'héritier du mandant décédé est mineur (2). Cette exception, tirée de Casaregis, nous paraît d'autant moins admissible, que ces auteurs reconnaissent que le mandant peut, par une disposition expresse, décider que le mandat ne sera pas éteint par la minorité de l'héritier. En effet le mandant, dans la plupart des cas, aura pu prévoir la possibilité de l'état de minorité dans lequel devra se trouver son héritier; en indiquant sa volonté de faire continuer le mandat après son décès, il a donc voulu dire qu'il devrait subsister malgré la minorité de l'héritier; pourquoi exiger alors une clause expresse (3)?

La volonté du mandant de faire continuer le mandat après sa mort n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels; elle peut résulter de la nature même du mandat.

502. — Cependant cette faculté qui appartient au mandant, est soumise à une double restriction.

Il faut d'abord que les actes dont est chargé le mandataire soient de nature à être exécutés par un mandataire de l'héritier. Ainsi un mandataire chargé de vendre des immeubles ne pourrait pas effectuer ce mandat si l'héritier était un mineur ou une femme mariée; car, la mort ayant dépouillé le mandant de ses droits de propriété, le mandataire n'est plus l'agent de celui-ci, mais le représentant de l'héritier, c'est-à-dire d'un incapable.

La seconde restriction est posée dans l'art. 1939 C. civ.

(1) Troplong, n° 733; Domenget, T. I, n° 586; Pont, T. I, n° 1145; Laurent, T. XXVIII, n° 85. — Paris, 1er déc. 1876 (D. P. 1878, 2, 74).

(2) Troplong, n° 734; Domenget, T. I, n° 588; Casaregis, disc. 31, n° 33, et disc. 35, n° 8.

(3) Pont, T. I, n° 1145.

Pour comprendre la portée de cet article, il faut le rapprocher de l'art. 1937. Aux termes de ce dernier article, le dépositaire doit restituer la chose à celui qui a fait le dépôt, ou à celui au nom duquel il a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir. Au contraire, d'après l'art. 1939, en cas de mort du déposant, la chose déposée ne peut être rendue *qu'à son héritier*. Il est très vrai que ces mots ne doivent pas s'entendre d'une façon complètement absolue. Ils ne s'appliquent pas à l'hypothèse où l'héritier n'a plus aucun droit sur la chose tandis qu'un tiers a sur elle un droit de légitime propriété. Tel serait le cas de vente par le déposant de la chose déposée ; tel serait aussi le cas où le déposant n'aurait eu sur la chose déposée qu'un droit d'usufruit qui s'est éteint par sa mort. Le dépositaire dans ce cas est si bien fondé à remettre, suivant ses instructions et même depuis la mort du déposant, les choses à l'acheteur ou au nu-propriétaire, que ceux-ci peuvent les revendiquer en ses mains ; ils ont un droit acquis que la mort du déposant ne peut leur enlever.

L'art. 1939 a voulu empêcher qu'une personne pût en charger une autre de garder certaines choses pour les remettre après sa mort à un individu désigné ; en un mot il a voulu empêcher que le contrat de dépôt pût servir à cacher une disposition que le Code avait prohibée, une donation à cause de mort. Mais, pour que cet article soit applicable, est-il nécessaire qu'il soit prouvé, ainsi que le dit M. Pont (1), que le déposant n'avait pas l'intention de se dessaisir actuellement et irrévocablement au profit du tiers? Nous ne le pensons pas. En effet, si le déposant voulait se dépouiller irrévocablement, pourquoi n'ordonnait-il pas que la chose fût immédiatement remise à ce

(1) Pont, T. I, nos 481 et 482. — Cpr. Req. 22 mai 1867 (J. P. 1867, 733).

tiers, et voulait-il qu'elle fût livrée seulement après sa mort. Il est donc présumable que s'il a agi ainsi, c'est qu'il voulait jusqu'au dernier moment se réserver le moyen de révoquer sa libéralité. Aussi l'art. 1939 est-il absolu, et défend-il par son texte de rechercher des questions d'intention qui peuvent être cause de bien des difficultés. Il y a d'ailleurs un autre motif de le décider ainsi. Le déposant a-t-il transmis de son vivant, par un contrat direct, un droit au tiers sur la propriété de l'objet, celui-ci peut le réclamer même après la mort du donateur. Mais s'il n'a pas traité directement avec lui, il n'a pu lui transférer la propriété de la chose ; la donation ne s'accomplit qu'après le décès du déposant, c'est-à-dire à une époque où il lui est juridiquement impossible de disposer de ses droits, puisqu'il en est dessaisi. A ce moment ce sont les héritiers qui sont les propriétaires du dépôt, c'est donc à eux seuls qu'il doit être rendu (1).

503. — La mort du mandant ou du mandataire ne fait pas cesser le mandat, lorsque ce contrat est à la fois dans l'intérêt des deux parties ou d'un tiers. Ainsi un débiteur remet à une caution par voie d'endossement en blanc, des valeurs destinées à lui permettre de faire face à l'obligation résultant du cautionnement ; elle a le droit de négocier ces titres, même après la mort du débiteur (2). Le mandat de payer résultant d'une lettre de change, celui qui découle d'une élection de domicile, ou d'une cession de biens, ne s'éteignent pas non plus par la mort du mandant ou du mandataire (3).

(1) Laurent, T. XXVII, nos 117, 118 ; Troplong, nos 146 et suiv.; Aubry et Rau, T. IV, § 416, p. 654 et § 403, texte et note 13, p. 624. — Cpr. Req. 10 févr. 1879 (D. P. 1879, 1, 298).

(2) Req. 22 janv. 1868 (D. P. 1868, 1, 168).

(3) Aubry et Rau, T. IV, § 416, texte et note 13, p. 654 ; Laurent, T. XXVIII, no 86.

504. — 4° *Par la déconfiture du mandant ou du mandataire.*— A la déconfiture il faut assimiler la faillite, qui est le plus souvent l'état de déconfiture pour les commerçants ; on pourrait même ajouter : *à fortiori* ; car par la faillite, le commerçant se trouve dessaisi de tous ses droits et actions.

Il est facile de comprendre pourquoi le Code indique la déconfiture comme une des causes qui mettent fin au mandat. Elle est fondée sur l'intention présumée des parties. Le mandant ne peut vouloir conserver sa confiance à une personne dans cette position et le mandataire ne peut être censé consentir à faire des avances pour un insolvable.

Les mêmes motifs n'existent plus, et la faillite elle-même ne met pas fin au mandat, lorsqu'il est dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou fait partie d'un ensemble de conventions synallagmatiques (1).

505. — 5° *Par l'interdiction légale ou judiciaire du mandant ou du mandataire.*— Bien que l'art. 2003 C. civ. ne parle que de l'interdiction, il convient par identité de raison de l'étendre à tous les changements d'état quelconques qui rendent les parties incapables de donner ou de recevoir un mandat. Il est évident que le mandataire ne peut faire pour le mandant un acte que ce dernier est incapable de faire par lui-même. Ainsi le mandataire d'une personne tombée en état d'interdiction ne peut plus vendre ses biens immobiliers, puisque pour cette vente il faut désormais l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Mais s'il s'agissait d'un simple mandat d'administration, pour les actes duquel il ne faut aucune autorisation spéciale, il semblerait que le mandat dût continuer, sauf pour le mandataire à rendre compte au

(1) Pont, T. I, n° 1149 ; Laurent, T. XXVIII, n° 95 ; Civ. rej. 31 juill. 1872 (J. P. 1873, 373).

tuteur réprésentant du mandant. Le Code ne l'a pas voulu; le mandat, quelle que soit son étendue, est complètement éteint. En effet, l'interdiction change entièrement les rapports entre les parties ; le mandataire ne se trouve plus en présence de la personne avec laquelle il avait des relations d'amitié, relations qui l'avaient peut-être engagé à accepter le mandat, mais en présence d'une personne étrangère. En outre la loi charge le conseil de famille de désigner un tuteur pour l'administration de tous les biens de l'interdit, tuteur responsable pour la totalité de cette administration et grevé d'une hypothèque légale comme garantie des droits de celui-ci. Cette disposition est d'ordre public, et les arrangements pris antérieurement par l'interdit ne peuvent prévaloir contre elle.

Le mandat donné par une femme est également éteint par son mariage quant aux actes qu'elle ne peut faire sans autorisation. Si le mandat était un mandat d'administration, il prendrait également fin pour les biens dont l'administration doit appartenir au mari. En effet, s'il s'agit d'un bien qui tombe dans la communauté, le mari en devient seul propriétaire comme chef de la communauté. S'il reste propre à la femme, mais que par suite du régime matrimonial adopté le mari doive en être l'administrateur, la femme en choisissant ce régime est censée par là même avoir donné à son mari un mandat tacite, mandat qui révoque celui donné précédemment. Si la femme gardait l'administration de ses biens, le mandat continuerait à subsister (1).

De même, le mandat donné par une personne à laquelle on adjoint plus tard un conseil judiciaire, est éteint quant aux actes qu'elle devient incapable de faire sans l'assistance du conseil; il subsiste pour le surplus.

(1) Contra : Troplong, nº 749.

506. — Lorsque le changement d'état se produit en la personne du mandataire, le mandat est toujours éteint complètement. Ainsi, bien qu'une femme mariée puisse être mandataire, son mariage met cependant fin au mandat, parce que, dans ce cas, le véritable mandataire serait le mari, auquel le mandant n'a pas entendu donner sa confiance. La nomination d'un conseil judiciaire anéantirait également le mandat. On objecte que rien n'empêche les personnes pourvues d'un conseil judiciaire de s'obliger (1). Le fait est exact, mais il ne peut avoir d'influence sur la solution; en effet, si le mandat prend fin dans ces deux cas, c'est dans un but de protection pour le mandant. Le mandant peut être éloigné, n'avoir pas connaissance des changements d'état éprouvés par le mandataire, et il serait injuste de lui faire supporter les actes accomplis par le mandataire, alors que celui-ci se trouve dans une position qui aurait pu motiver la révocation du mandat, si le mandant l'avait connue. Il résulte donc de ce qui précède que le mandat ne cesse d'exister dans cette double hypothèse, que si le mandant n'a pas eu connaissance du changement d'état; s'il est sur les lieux et laisse le mandataire gérer sans observation, c'est qu'il lui continue sa confiance; il n'y aurait dès lors aucun motif pour annuler les actes passés dans ces conditions.

507. — 6° *Par la déclaration d'absence.* — L'absence du mandant, la présomption de sa mort, quelque forte qu'elle soit, n'ont pas pour effet de mettre fin au mandat ; le mandataire ne peut donc être tenu, lorsqu'il veut faire usage de sa procuration, à prouver l'existence du mandant (2).

Il arrive cependant un moment où la présomption de la

(1) Pont, T. I, n° 1147.
(2) Une exception existe dans l'art. 562 du Code de procédure.

mort de l'absent devient assez grande pour que les héritiers présomptifs puissent se faire mettre en possession de ses biens, et à ce moment le mandat doit nécessairement prendre fin ; mais l'existence du mandat a pour effet de retarder cette époque. En effet, en règle générale, les héritiers peuvent faire déclarer l'absence et se faire envoyer en possession, lorsque quatre ans se sont écoulés depuis les dernières nouvelles (art. 115 C. civ.). Lorsque le mandant a laissé une procuration, l'absence ne peut être déclarée que dix ans révolus à partir de la même époque (art. 221 C. civ.). La procuration produit donc son effet dix ans au moins depuis les dernières nouvelles. Pour qu'il en soit ainsi, une condition est cependant nécessaire; il faut que la procuration soit générale, ou du moins confère des pouvoirs assez étendus pour justifier l'absence. Une procuration spéciale, ou portant sur des points peu importants, ne pourrait retarder la déclaration d'absence.

508. — 7° *Par la substitution.* Cette cause d'extinction du mandat ne peut se produire que par rapport au mandataire et encore elle n'est pas toujours la conséquence de la substitution. Des explications que nous avons données précédemment, il résulte que le mandataire est déchargé complètement du mandat, lorsqu'il s'est substitué une personne dans les conditions prévues par le contrat.

509. — 8° *Par l'extinction des pouvoirs du constituant sur la chose.*— C'est toujours l'application du même principe que nous avons eu si souvent l'occasion d'exprimer : on ne peut faire par autrui que ce qu'on a capacité de faire soi-même. Ainsi une personne qui avait donné un mandat pour administrer un immeuble, vend cet immeuble : le mandat se trouve éteint. Un mari qui avait pouvoir d'administrer les biens de sa femme, perd ce droit par suite de la dissolution du contrat de mariage : le mandat

donné par lui relativement à ces biens se trouve également détruit. Un tuteur charge un tiers de gérer une partie des biens du mineur : la majorité de celui-ci, en mettant fin aux pouvoirs du tuteur, éteint en même temps le mandat qu'il avait donné.

510. — L'application de cette règle est surtout intéressante en matière de substitution. Lorsque la substitution a eu lieu avec l'autorisation du mandant, soit que le nom du substitué fût indiqué dans le contrat, soit qu'il fût laissé au choix du mandataire (1), le substitué devenant l'agent direct du mandant, les causes d'extinction qui peuvent provenir de la part du mandataire substituant ne sont d'aucune influence. Ainsi, que le mandataire primitif meure ou soit interdit, le mandat du substitué n'en subsiste pas moins; il y a d'autant plus de motifs de le décider ainsi, que le mandataire primitif, comme nous l'avons dit au numéro précédent, perd tous ses pouvoirs et devient étranger au mandat par le fait même de la substitution. Lorsque la substitution a été faite par le mandataire sans autorisation, le substitué est l'agent du mandataire. Cependant, par suite du principe posé ci-dessus, la révocation du mandataire primitif par le mandant, la mort, la faillite ou la déconfiture du mandant, mettent fin aussi au pouvoir du substitué, alors même que la substitution aurait eu lieu au nom du substituant, sauf le recours du substitué de bonne foi contre celui-ci. Toutefois, pour le cas de révocation, il faut faire cette réserve, que le mandant, tout en révoquant les pouvoirs du mandataire, peut restreindre la révocation à celui-ci et maintenir au substitué le droit d'agir. Si les causes d'extinction qui proviennent de la part du mandant, mettent fin au mandat du substitué, en est-il de même de celles qui sur-

(1) Contra : Troplong, n° 758.

viennent dans la personne du substituant? Le doute n'est pas possible, puisque le substitué est son agent direct et tient de lui ses pouvoirs. La mort, la faillite ou l'interdiction du substituant éteindront donc le mandat du substitué. Ce que nous disons du substitué s'applique *à fortiori* au mandataire du tuteur; à la mort du tuteur, le mandataire n'a plus de pouvoirs (1).

§ 2. — DU MOMENT A PARTIR DUQUEL LE MANDAT PREND FIN ENTRE LE MANDANT ET LE MANDATAIRE.

511. — Les circonstances que nous avons indiquées dans le paragraphe précédent, n'ont véritablement pour effet de faire considérer le mandat comme n'ayant jamais existé, qu'autant qu'elles se produisent *rebus integris*. Autrement, elles ont bien pour effet d'annuler le mandat pour l'avenir ; mais tous les actes conclus antérieurement sont valables, et le mandant reste tenu de rembourser au mandataire tous les frais faits jusqu'alors, et un salaire proportionnel à l'exécution, s'il en avait été stipulé. En principe, le mandant ne doit rien autre chose, bien que, dans certain cas, il doive réparation du préjudice causé par une révocation faite sans motif légitime.

512. — Tous les actes passés par un mandataire dont les pouvoirs ont cessé, ne peuvent motiver de sa part aucune répétition, sauf ce qu'il pourrait réclamer à titre de gérant d'affaires. Cependant il était nécessaire, pour que le mandataire eût toute sa liberté d'action, et n'eût pas à redouter de se voir responsable envers les tiers par suite de la cessation du mandat arrivée à son insu, que cette cessation ne pût lui être opposée que pour les actes ac-

(1) Cpr. Troplong, nos 484, 753 et suiv.; Duranton, T. XVIII, no 289 ; Pothier, no 112. Ed. Dupin, T. IV, p. 265 ; Pont, T. I, no 1154; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nos 274, 285 et suiv.

complis depuis la connaissance qu'il en aurait acquise. De là les dispositions si éminemment équitables de l'art. 2008, qui consacre une dérogation au principe d'après lequel l'erreur de l'une des parties ne peut valider un contrat nul. Il faut observer d'ailleurs que cet article ne s'occupe que du cas où le mandat était valable par lui-même, et n'est devenu inexistant que par une circonstance postérieure. Si le mandat était nul *ab initio*, la bonne foi du mandataire ne lui serait d'aucun secours.

513. — Le mandant a donc grand intérêt, lorsqu'il révoque le mandat, à en faire la notification au mandataire. Du reste cette notification n'est pas nécessaire pour constituer de mauvaise foi le mandataire ; dès que la connaissance de la cessation du mandat, par suite de révocation, de mort, de faillite ou de changement d'état, lui est parvenue, il ne peut plus agir sans engager sa responsabilité. La jurisprudence a même reconnu un cas où le mandataire est présumé avoir connaissance de la fin du mandat et où il ne peut même se prévaloir de sa bonne foi ; c'est le cas de faillite; le jugement qui la déclare est censé légalement connu de tous (1). Il faudrait alors en dire autant du jugement prononçant l'interdiction. Nous n'admettons pas cette décision ; car elle est contraire aux termes formels de l'art. 2008 C. civ. qui a fait une exception en faveur du mandataire.

514. — En l'absence de toute notification, est-ce au mandant d'établir que le mandataire avait connaissance de la cessation de ses pouvoirs, ou bien est-ce au mandataire à prouver qu'il a agi dans l'ignorance de ce fait ? Certains auteurs soutiennent que, rendre le mandataire responsable, c'est supposer qu'il est de mauvaise foi ; or la bonne foi est toujours présumée. C'est donc au mandant ou à

(1) Civ. cass. 17. déc. 1856 (J. P. 1857, 113).

ses héritiers à faire tomber cette présomption (1). Dans un autre système, on dit que le mandant n'a qu'à prouver une chose, la cessation du mandat antérieure à l'exécution des actes; lorsqu'il a fait cette preuve, les actes doivent être réputés nuls; et pour repousser cette conclusion, le mandataire doit opposer l'exception résultant de sa bonne foi; or *reus excipiendo fit actor*, c'est à celui qui produit une exception à la prouver (2).

Le second système nous semble préférable; car s'il peut arriver que l'exécution du mandat implique de la mauvaise foi de la part du mandataire, cela n'est pas toujours vrai; le mandataire peut avoir agi comme *negotiorum susceptor* et dans l'espérance d'une ratification. Cependant cette solution ne doit pas, suivant nous, être suivie indistinctement dans tous les cas. En effet, il nous semble ressortir des art. 2005 et 2006 que le mandant qui révoque la procuration est tenu d'en faire la notification au mandataire; cela est très raisonnable d'ailleurs, car le plus souvent rien ne révèle au dehors l'existence de la révocation. Il est donc présumable que le mandataire n'en a pas eu connaissance. Si le mandant a négligé de prendre cette précaution, il est en faute, et s'il prétend que néanmoins le mandataire a eu connaissance de la révocation, c'est à lui à le prouver.

515. — Bien qu'en thèse générale le mandataire soit tenu de s'arrêter dès qu'il a connaissance de l'extinction du mandat, il y a cependant certains actes qu'il peut accomplir et qui même lui sont imposés; lorsque l'opération est commencée et qu'il y a péril en la demeure, il doit l'achever. La solution donnée pour cette hypothèse, par l'art. 1991 C. civ. dans le cas où le mandat a pris fin

(1) Pont, T. I, nº 1073; Domenget, T. I, nº 655; Req. 9 nov. 1832 (J. P. à sa date).

(2) Laurent, T. XXVIII, nº 113.

par la mort dn mandant, doit nécessairement être généralisée. Le mandataire a aussi le droit de faire tout ce qui est une conséquence directe des opérations précédemment exécutées.

516. — Lorsque le mandat prend fin par une cause venant du mandataire, telle que sa renonciation, sa faillite, sa déconfiture, il est tenu d'en faire immédiatement la notification au mandant, pour que celui-ci n'en éprouve aucun préjudice, et puisse pourvoir à son remplacement. Faute de le faire, à moins d'impossibilité de sa part, il est responsable.

Si le mandat cesse par la mort du mandataire, l'obligation de faire la notification incombe aux héritiers; ils sont en outre tenus de prendre toutes les mesures qui sont indispensables jusqu'à ce que le mandant ait pu veiller à ses intérêts. Toutefois on décide généralement que si les héritiers étaient des mineurs ou des femmes mariées, l'omission de ces mesures conservatoires n'engagerait pas leur responsabilité ou du moins qu'il faudrait apprécier moins rigoureusement leur conduite (arg. art. 419 C. civ.). Enfin il est certain qu'aucune responsabilité ne serait encourue si les héritiers ignoraient l'existence du mandat (1).

517. — D'après l'opinion générale, l'art. 2010 contient une disposition d'équité qui doit être étendue à toute cause de cessation du mandat provenant de la part du mandataire. Ainsi l'obligation qui incombe aux héritiers, existerait pour le tuteur du mandataire interdit, pour le syndic du mandataire failli (2). Cette décision nous semble très contestable. Qu'il y ait une obligation morale, c'est évident; mais il ne s'ensuit pas qu'il y ait une obligation

(1) Domenget, T. I, nº 676; Duranton, T. XVIII, nº 293; Troplong, nº 835; Pont, T. I, nº 1185.

(2) Pont, T. I, nº 1183.

légale dont l'inexécution doive entraîner une condamnation à des dommages-intérêts. Une pareille obligation ne pourrait être mise à leur charge qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi, et cette disposition n'existe pas. On ne peut même raisonner par analogie avec le cas prévu par l'art. 2010 ; les héritiers succèdent aux obligations de leur auteur et par conséquent, à celles qui résultent du mandat ; la position du tuteur et celle du syndic sont tout-à-fait différentes (1).

§ 3. — DU MOMENT A PARTIR DUQUEL LE MANDAT PREND FIN A L'ÉGARD DES TIERS.

518. — Lorsque le mandat a pris fin, et que par suite le mandataire n'a plus qualité pour représenter le mandant, il semblerait que les actes passés par le mandataire ne devraient pas être opposables au mandant, sauf le recours des tiers contre le mandataire. Les tiers peuvent, il est vrai, agir en dommages-intérêts contre le mandataire s'il les a trompés et s'il est de mauvaise foi ; mais le mandataire peut être insolvable, il peut lui-même être de bonne foi, et d'un autre côté, les tiers peuvent avoir intérêt au maintien des actes accomplis ; aussi la loi a-t-elle trouvé la position des tiers trompés par la procuration qui leur était présentée, assez digne d'intérêt pour décider que « la révocation notifiée au seul mandataire ne peut être « opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette « révocation (art. 2005). » L'art. 2009 a généralisé ce principe en l'appliquant à toutes les causes qui peuvent mettre fin au mandat.

519. — Mais aussi on devait assurer au mandant les moyens nécessaires pour éviter les effets de cette disposition si défavorable à son égard. La première mesure

(1) Laurent, T. XXVIII, nº 116.

qu'il ait à prendre, c'est d'ôter au mandataire l'acte qui lui permet de se prévaloir de cette qualité. De là l'art. 2004, qui donne au mandant le droit de contraindre le mandataire à lui remettre soit l'écrit sous seing privé qui constate la procuration, soit l'expédition de cet acte s'il avait été rédigé en minute. Dans ce dernier cas, le mandant devrait aussi par prudence notifier la révocation au notaire détenteur de la minute, pour qu'il n'en délivre pas une seconde expédition. Le droit de réclamer la procuration emporte pour le mandant dans certains cas le droit d'exiger la restitution des lettres qu'il a adressées au mandataire; ce sont celles qui constatent les ordres donnés, pourvu qu'elles ne traitent pas d'autres sujets étrangers au mandat. La remise des autres lettres, même de celles relatives à l'exécution du mandat, ne peut être exigée; ces lettres sont la propriété du mandataire et elles peuvent servir à sa décharge (1).

520. — Le retrait de la procuration ne suffirait pas toujours pour mettre le mandant complètement à l'abri. Le mandat peut en effet être donné pour une suite d'opérations, de sorte que les tiers, ayant pris une fois pour toutes connaissance de la procuration, n'en exigent pas la représentation chaque fois qu'ils traitent avec le mandataire. Le mandant agirait alors sagement en leur notifiant la révocation, ou, s'il ne les connaît pas, en prenant toutes les mesures en son pouvoir pour la porter à leur connaissance. Si malgré ces précautions, un tiers de bonne foi contractait avec le mandataire, il est hors de doute que le mandant serait tenu (2).

521. — Notons enfin que la bonne foi est exigée des

(1) Pont, T. I, nº 1163; Troplong, nº 768; Duranton, T. XVIII, nº 275.

(2) Bordeaux, 2 juin 1869 (J. P. 1870, 84).

tiers au moment du contrat et indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du mandataire. Le tiers était-il de mauvaise foi, alors que le mandataire était de bonne foi, il ne peut opposer la validité de l'acte ; l'intention du mandataire ne doit être prise en considération qu'au point de vue des dommages-intérêts que le tiers serait en droit de réclamer de lui, conformément à l'art. 1997.

522. — La bonne foi des tiers est-elle présumée ? L'affirmative est généralement admise (1). C'est donc au mandant à prouver que les tiers avaient connaissance de la cessation du mandat. Ce serait aussi au mandant à prouver la fausseté de la date, s'il prétendait que les actes qui lui sont opposés et qui n'ont pas acquis date certaine antérieurement à la cessation du mandat, ont été passés depuis cette époque et antidatés. Car, nous l'avons dit, il n'est pas considéré comme un tiers par rapport aux actes dans lesquels il a été représenté par le mandataire ; il est censé y avoir été partie, et par conséquent à son égard l'acte fait foi de sa date. Il en serait différemment cependant, s'il y avait eu un concert frauduleux entre le mandataire et les tiers (2).

(1) Duranton, T. XVIII, nº 275 ; Pont, T. I, nº 1180. — Bordeaux, 2 juin 1869 (J. P. 1870, 84).

(2) Troplong, nº 763 ; Pont, T. I, nº 1182 ; Aubry et Rau, T. IV, § 416, note 17, p. 655, et T. VIII, § 756, p. 259.

II.

DE LA COMMISSION.

CHAPITRE PREMIER.

CARACTÈRES CONSTITUTIFS DE LA COMMISSION.

523.—Les controverses qui s'élèvent sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par un mandat, controverses que nous avons examinées plus haut, se présentent également quand il s'agit de déterminer la signification précise du mot *Commission*. L'art. 94 du Code de commerce (art. 91 de l'ancienne rédaction) définit le mot Commissionnaire ; mais le second alinea de cet article, si on prend le premier à la lettre, semble détruire précisément ce que celui-ci paraît indiquer comme constituant le caractère distinctif de la commission.

Lisons d'abord le premier alinea : « Le commission-« naire est celui qui agit en son propre nom, ou sous un « nom social pour le compte d'un commettant.» Si on rapproche cette définition de celle du mandataire, telle qu'elle est donnée par l'art. 1984 du Code civil, il semble résulter de la comparaison des textes, que ce qui constitue le mandat, c'est l'accomplissement de l'acte au nom du mandant, tandis que dans la commission le commissionnaire

agit en son nom propre. Tel est en effet, d'après certains auteurs (1), le criterium de ces deux contrats; le *caractère* de l'acte n'est rien pour eux, la seule chose qu'il faut considérer c'est le *mode d'exécution*.

524. — Nous nous sommes déjà expliqué [nos 235 et suiv.] sur cette manière d'entendre l'art. 1984 C. civ., et nous n'avons pas à répéter les arguments qui nous ont paru devoir faire rejeter ce système. Pour nous, que le mandataire agisse en son nom ou qu'il agisse au nom du mandant, le contrat intervenu entre eux et en vertu duquel ces actes sont accomplis, est le même; seulement, dans un cas, le mandataire se prévaut de son contrat pour se montrer envers les tiers dans sa véritable qualité, celle d'intermédiaire; dans l'autre cas, il se présente comme partie principale, comme le maître de l'affaire, et les tiers le traitent comme tel.

Si telle est notre opinion en matière civile, telle elle doit être aussi en matière commerciale; et nous repoussons d'autant plus le système contraire, qu'il peut établir une confusion regrettable, le commissionnaire jouissant de droits que n'a pas un simple mandataire.

525. — On peut déjà, pour prouver qu'il ne faut pas considérer comme seul commissionnaire celui qui agit en son nom, arguer du second alinea de ce même article 94 C. com., où il est parlé du commissionnaire agissant au nom du commettant. La validité de cet argument a été contestée, et on a prétendu que, si l'art. 92, qui par le remaniement de ce titre est devenu le deuxième alinea de l'art. 94, se trouvait dans le Code, c'était par suite d'un oubli. L'objection pouvait peut-être se soutenir avant la loi du 23 mai 1863; mais à présent elle est inadmissible. Il est en effet évident que si cet article n'était que le ré-

(1) Pont, T. I, nº 827; Bravard-Veyrières, p. 212.

sultat d'une erreur législative, les législateurs de 1863 n'auraient pas manqué de le faire disparaître ou du moins d'y supprimer le mot de commissionnaire, ainsi que l'ont fait les législateurs belges dans leur loi du 5 mai 1872 (art. 13) ; au lieu de cela, ils l'ont reproduit textuellement. Nous ajouterons même, qu'avant la loi de 1863, l'objection ne nous eût pas paru d'un grand poids. En effet, l'intérêt pratique de la question, et il est important, réside dans l'art. 95 (anciens art. 93 et 94) qui accorde au commissionnaire un privilège sur les marchandises qui lui sont consignées, pour la garantie de ses avances et de ses frais; un négociant reçoit des marchandises pour la vente, il paie le transport et fait des avances sur leur valeur, puis il les vend en son nom : il a privilège sur le prix. Le même négociant, dans les mêmes conditions, vend au nom du propriétaire ; il aurait perdu, par ce seul fait, son privilège ? On n'en comprendrait pas le motif. Pourquoi favoriserait-on celui qui vend en son nom, plutôt que celui qui vend au nom d'autrui ? leurs devoirs sont-ils différents ? la tâche de l'un est-elle plus lourde que celle de l'autre (1) ?

526. — On ne pourrait pas davantage justifier cette différence et cette faveur comme étant la récompense des services exceptionnels que rend au commerce le commissionnaire qui agit en son nom. Il est évident, ainsi que le constatent tous les auteurs, que, dans un grand nombre de cas, il est indispensable pour le bien des affaires, pour la rapidité et la sécurité des transactions, que le commissionnaire traite en son nom. En effet cela évite la

(1) Cependant il est à remarquer que le Code Hollandais, qui donne pour le commissionnaire une définition analogue à celle de notre Code, refuse, dans l'art. 79, le privilège au commissionnaire qui a agi au nom du commettant : « Hij heeft het « voorregt niet, bij de volgende artikelen bedoeld. »

nécessité de s'assurer de l'existence du mandat. De plus, le commissionnaire est un négociant dont la solvabilité et l'honorabilité sont connues sur la place où il traite ; le commettant, au contraire, est un étranger, dont le crédit est en général totalement inconnu de ceux qui se mettent en rapport avec le commissionnaire. Si donc le commissionnaire agissait au nom de son commettant, c'est-à-dire obligeait cet inconnu sans s'obliger lui-même, on hésiterait le plus souvent à traiter avec lui, ou du moins on ne le ferait qu'après avoir pris des renseignements ; d'où entraves pour le commerce et perte de temps ; et par suite préjudice pour le commettant et pour les tiers.

527. — Si l'avantage que présente un commissionnaire agissant en son propre nom, est très réel, il peut arriver cependant que le commettant ait un grand intérêt à ce que son nom soit connu. Il y a par exemple des maisons commerciales dont le nom et le crédit sont universellement connus dans un certain rayon, quelquefois même dans un pays tout entier ; leur crédit est certainement supérieur à celui de leur commissionnaire ; peut-être même, le commissionnaire qu'elles emploient pour une opération leur est-il inconnu, et n'ayant aucune confiance dans sa solvabilité, elles veulent que les tiers soient obligés directement envers elles. Elles enjoindront à leur commissionnaire de traiter comme leur représentant et en leur nom.

L'utilité de cette double forme de la commission, au point de vue de l'exécution, est donc incontestable et répond aux besoins du commerce. Il n'y a par conséquent aucun motif de préférence pour l'une d'elles (1).

528. — Nous ne faisons d'ailleurs en ceci que suivre les traditions de notre ancien Droit. Il est vrai que Casaregis constate que, en règle générale, dans le commerce,

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 14.

les commissionnaires agissent en leur nom : « Mercatores « non solent tam propria quam aliena negotia propalare, « sed ea secreto suoque sub proprio nomine agere, « nusquam exprimendo nomen committentis vel sui cor- « responsalis, cui forte quoque expedit, ob motiva pru- « dentialia, sub alieno nomine sua negotia peragere (1). » Straccha fait aussi mention de cet usage (2). Savary le reconnaît aussi implicitement, puisqu'il recommande même au commissionnaire, de ne point se constituer débiteur personnel, autant qu'il le pourra, envers ceux de qui il achète les marchandises, mais de les prendre au nom du commettant et de les faire porter sous le nom de celui-ci sur les registres des vendeurs (3). C'est cet usage à peu près constant encore de nos jours, qui a motivé la rédaction du premier alinea de l'art. 94 C. com. C'est la même raison sur laquelle, nous l'avons vu, a été basée la définition du mandat dans le Code civil, avec cette différence toutefois que pour le mandat civil l'usage est d'agir au nom du mandant. Mais on voit que Savary ne repoussait nullement le commissionnaire agissant en son nom. D'autres auteurs sont d'ailleurs formels sur ce point. Toubeau déclare que celui qui a reçu un ordre d'un négociant « peut faire ou faire faire les ventes, échanges ou « achats en son nom ou de celuy qui luy en a donné « l'ordre (4). » Emérigon distingue encore mieux les deux manières d'agir pour le commissionnaire : « En règle « générale, le commissionnaire, qui promet, qui stipule,

(1) Casaregis, disc. 37, n° 5 ; Ansaldus, *De commercio*, disc. 30, n° 32.

(2) Straccha, *De mercatura*, tit. *mandati*, n° 47.

(3) Savary, *Le parfait négociant*, liv. II, ch. LVI, p. 146 de l'édit. de Paris 1675, et part. II, liv. III, ch. II, p. 211 de l'édit. de Lyon, 1701 (5e édit.).

(4) Toubeau, *Les Institutes du droit consulaire*, Paris 1682, liv. II, tit. IV, ch. I, p. 514.

« qui agit en sa qualité de préposé, ne s'oblige pas en son « nom propre... Mais le commissionnaire qui contracte « en son nom, s'oblige sans distinction vis-à-vis du tiers « avec qui il contracte... (1). » Le commissionnaire est même défini par certains auteurs, dans notre ancien Droit : une personne qui achète ou vend des marchandises au nom d'autrui (2).

529. — Le caractère distinctif de la commission ne réside donc pas dans la manière dont l'agent doit accomplir les ordres reçus. Les termes du second alinea de l'art. 94 C. com., qui renvoient, pour la détermination des droits et des devoirs du commissionnaire qui agit en son nom, au titre *Du mandat* du Code civil, ne sont en rien contraires à notre manière de voir; car il est évident qu'ils n'ont trait qu'aux rapports du maître et du commissionnaire avec les tiers, et non aux rapports des parties entre elles.

530. — Si nous examinons les Codes de Commerce étrangers, on peut voir que généralement ils se sont emparés de la disposition de ce deuxième alinea de l'art. 94, mais dans un sens tout différent de celui dans lequel nous l'entendons. Nous avons déjà cité le Code Hollandais et le Code Belge [v. n° 525, texte et note 1] (3). Les Codes Allemand et Portugais ont sur ce point des dispositions encore plus précises ; ils déclarent formellement que si le

(1) Emérigon, *Traité des assurances et contrats à la grosse*, Marseille 1783, T. II, ch. IV, sect. XII du *Traité des contrats à la grosse*, § 1, p. 465, et T. I, ch. V, sect. III du *Traité des assurances*, p. 137. — Cpr. Valin, *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681*, 1766, T. II, liv. III, tit. VI, art. III, p. 32.

(2) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, V° *Commissionnaire*, n° 1 ; Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, *eod. verbo*.

(3) V. aussi l'art. 71 du Code Italien.

commettant a stipulé que les opérations seraient faites en son nom, il n'y a pas contrat de commission, mais simple mandat pour une affaire commerciale (1). Telle paraît bien être aussi l'opinion adoptée dans la législation Danoise (2).

(1) « Ist von dem Auftraggeber ausdrücklich bestimmt, dass « das Geschäft auf seinen Namen abgeschlossen werden soll, so « ist dies keine kaufmännische Kommission, sondern ein ge- « wöhnlicher Auftrag zu einem Handelsgeschäft.» (art. 360 Codes Allemand et Autrichien). — « Quando o mandatario contracta « com terceiro em seu proprio nome, ou d'uma firma social, a « que pertença, é commissario. Quando o mandatario contracta « com terceiro em nome do committente, é mandatario mercan- « til, mas nâo commissario propriamente dicto. » (art. 768 Cod. Portugais; v. aussi les art. 45 et 972 du même Code).

(2) « Den Omstændighed, at Kommissionæren antages til at « udföre en enkelt Forretning for Mandanten, er vistnok en « karakteristisk Eiendommelighed for Kommissionsforholdet, « men synes dog ikke at have saa stor Vægt, at dette skulde « beföie til at opstille Begrebet om en Kommissionskontrakt. « Forsaavidt Kommissionæren ved at udföre den ham over- « dragne Ordre handler i Mandantens Navn, ville nemlig de i « Systemerne om Fuldmagtskontrakten opstillede Retsregler « kunne anvendes. Anderledes stiller Sagen sig, dersom Kom- « missionæren ved Udförelsen af den ham overdragne Ordre « handler i eget Navn. Der opstaaer da et Restsforhold, der vel « maa henföres under Fuldmagtsbegrebet i videre Forstand, « men som dog frembyder saa meget Afvigende fra det sædvan- « lige Fuldmagtsforhold, at der turde være Föie til at behandle « dette som en særegen Kontrakt, *Kommissionskontrakten.*» (A. Hindenburg, *Om Kommissionskontrakten*, dans le Journal de Droit de Copenhague « Tidsskrift for Retsvæsen », année 1866, 3e livr., p. 239). — Consulter aussi, sur ce point de la législation danoise, les trois dissertations suivantes, publiées à Copenhague en 1872 à l'occasion d'un concours pour le professorat: J. H. Deuntzer, *Om Fuldmagt og dermed beslægtede forhold*; A. C. Evaldsén, *Bidrag til læren om Fuldmagt og dermed beslægtede Retsforhold*; J. F. Utke Damm, *Om Commissionsforholdet og navnlig den egentlige Commissionshandel, med Bemærkninger om Fuldmagtsforhold i almindelighed.*

Mais toutes les législations n'ont pas adopté cette manière de voir. Le Code Espagnol se contente de dire que le commissionnaire *peut* agir en son nom : « El comisionista, aunque trate por cuenta ajena, puede obrar en « nombre propio. » (art. 118). Enfin, celles des pays les plus commerçants du monde, l'Angleterre et les Etats-Unis, admettent que le *factor* ou *commission merchant* peut traiter aussi bien en son nom qu'en celui du *principal*, et au point de vue de ses droits de privilège et de rétention, ils ne font aucune différence entre les deux cas (1).

531. — L'un des caractères distinctifs de la commission est donc, d'après nous, dans la nature commerciale de son objet. Mais si ce caractère suffit pour distinguer la commission du mandat civil, il n'est pas suffisant pour marquer les différences qui la séparent des autres agissements pour le compte d'autrui en matière commerciale et qui portent généralement le nom de préposition. Nous avons déjà vu en quoi diffère le préposé, appelé aussi facteur, du commissionnaire [n° 193]; les Codes de commerce étrangers consacrent en général un titre spécial aux facteurs et commis; on voit par exemple dans le Code Espagnol que le facteur est « el gerente de un estableci- « miento de comercio o fabril por cuenta ajena autoriza- « do para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las « cosas concernientes a él. » (art. 187). Le préposé ou facteur est donc un mandataire général chargé de remplacer ou de suppléer le maître dans une succursale ou dans une branche spéciale de son commerce, par suite, de faire successivement tous les actes qui s'y rapportent. Généralement il reçoit un salaire déterminé à tant par an ou par mois et complètement indépendant du nombre et de l'impor-

(1) Russell, *A treatise on mercantile agency*, 2d ed., London, 1873, p. 1 et 230; Story, *Commentaries on the law of agency*, 8th ed., Boston, 1874, §§ 261 et suiv., p. 322 et suiv.

tance des affaires qui se concluent par son entremise. Il est donc à la solde du maître auquel il doit tout son temps ; en outre du mandat qui donne au préposé le droit d'agir pour le maître, il intervient entre eux un véritable contrat de louage d'ouvrage. Aussi toutes les législations sont-elles unanimes pour refuser au facteur le droit de faire le commerce pour son propre compte ou de s'entremettre pour le compte d'autres personnes dans des affaires du genre de celles qui lui ont été confiées (1). Le commissionnaire au contraire est un négociant ayant une existence commerciale propre, et qui s'oblige envers d'autres commerçants à faire pour leur compte quelques opérations déterminées ou un ensemble d'opérations. Le commissionnaire n'est donc pas à la solde de son commettant, ni considéré comme son commis; il conserve la faculté de vendre pour son propre compte et d'accepter la représentation d'autres maisons trafiquant de choses pareilles; il reçoit pour ses soins une indemnité proportionnée à la valeur des opérations qu'il a été chargé de conclure. Mais est-il nécessaire, pour qu'il y ait commission, que les opérations soient spécialement et individuellement déterminées ? Nous ne le pensons pas; dès que les conditions que nous avons indiquées se trouvent remplies, peu importe qu'il s'agisse d'une opération individuelle ou d'une série d'opérations. Rien ne s'oppose à ce que le commissionnaire soit en rapports suivis d'affaires avec le commettant, et qu'un compte-courant soit ouvert entre eux ; il ne perdrait nullement sa qualité s'il était stipulé par exemple, que seul il serait chargé, dans telle localité, d'écouler les produits de ce commettant, ou de faire les achats de matières premières dont il aurait besoin. Telle nous paraît être

(1) Code Esp., art. 180; Code Port., art. 148; Codes Allemand et Autrichien, art. 56; Projet Suisse, art. 435.

l'opinion de Savary, et c'est aussi celle que nous adoptons dans notre Droit actuel, rien dans le Code de commerce ne nous paraissant repousser cette interprétation (1).

532. — Nous avons dit que, pour qu'il y ait commission, il est nécessaire que l'acte soit commercial.

Lorsque l'acte est commercial par lui-même, indépendamment de la qualité des contractants, par exemple lorsqu'il s'agit de lettres de change, ou d'opérations rentrant dans le droit maritime (art. 632 et 633 C. com.), il ne peut y avoir de difficulté. Pas de doutes possibles non plus, lorsque l'acte intervient entre deux commerçants et pour faits de leur commerce. Mais il est possible que l'acte ne soit commercial que d'un côté, soit parce que l'ordre est donné par un non-commerçant à un commissionnaire de profession ou à un marchand vendant des choses de même nature, soit parce que l'ordre est donné par un commerçant à un non-commerçant. Enfin les deux parties peuvent n'être commerçantes ni l'une ni l'autre, et l'acte n'être commercial que par suite de l'intention du mandant, qui, par exemple, donne mandat d'acheter un lot de marchandises dans l'intention de les revendre avec bénéfice.

533. — Pour résoudre ces différentes hypothèses, M. Clamageran propose une distinction (2). Le mandataire agit-il en son nom, il y a commission si le mandataire est

(1) Contra : Delamarre et Le Poitvin, T. II, nos 10 et suiv.; Bédarride, no 9; Alauzet, T. II, no 815. — La définition suivante donnée par Russell nous semble bien conforme à notre manière de voir : « A factor, or commission merchant, is an agent to « whom goods are consigned or delivered for sale, by or for a « merchant or other person residing abroad or at a distance « from the place of sale, and who, in return for his trouble, « receives a compensation, commonly called factorage or com- « mission. » (*Op. cit.* p. 1).

(2) Clamageran, no 348.

commerçant, simple mandat dans le cas contraire. Agit-il au nom du mandant, il y a ou il n'y a pas commission, suivant que ce mandant fait ou ne fait pas acte de commerce.

Il est facile de voir combien cette argumentation est vicieuse. Dans ce système, la qualification et le caractère du contrat intervenu entre celui qui a donné l'ordre et celui qui l'a reçu, dépend de la qualité de celui des deux dont le nom est présenté aux tiers contractants. « Si vous devez « agir en mon nom », dit cet auteur , « alors vous n'êtes « autre chose que mon organe, *nudus minister* ; c'est « moi qui agis par l'intermédiaire de votre personne, « c'est moi qui parle par votre bouche, c'est moi qui « contracte et qui m'oblige. Vous n'êtes rien aux yeux des « *tiers*, *tout se passe entre eux et moi* ..... Si vous de- « vez agir en votre nom, les choses changent d'aspect. « Ce n'est plus moi qui agis, c'est vous ; c'est vous qui « contractez, qui vous engagez *vis-à-vis des tiers*. »

Que pourrait-il résulter de ce raisonnement ? Simplement que, à l'égard des tiers, la commercialité de l'acte dépendrait de la qualité de celui qui s'engage envers eux; or ce n'est pas à l'égard des tiers qu'il s'agit de savoir quelles sont les conséquences de l'opération, mais entre les parties. Nous recherchons si le mandataire sera salarié de droit, et s'il jouira du privilège de l'art. 95. C. com. pour garantie de ses avances. La manière d'exécuter le mandat ne peut avoir d'influence sur son caractère, et faire qu'il soit tantôt civil et tantôt commercial. Il faut donc prendre une autre base d'argumentation.

534. — Lorsque l'acte est commercial de la part du mandataire, si par exemple un propriétaire charge un commerçant de vendre les produits de ses terres, il paraît difficile de ne pas admettre que le commerçant ait droit à un salaire ; le mandant a dû y compter. Quant au privilège, on a fait remarquer avec juste raison que ce

n'est là qu'une juste compensation des avantages qui résultent pour le mandant de la qualité du commissionnaire, avantages consistant dans le droit d'obtenir promptement justice devant la juridiction commerciale, de requérir l'exécution provisoire des jugements, et la mise en faillite si le commissionnaire manque à ses engagements (1). Toutefois il faut observer que si le commerçant, chargé de la commission, peut être traduit devant le tribunal de commerce, le propriétaire, qui, lui, n'a pas fait acte de commerce, échappe à la juridiction de ce tribunal, de sorte que le commerçant sera obligé d'avoir recours aux tribunaux civils et par suite sera soumis aux modes de preuves exigées devant cette juridiction.

535. — Dans l'hypothèse où l'acte est commercial de la part du mandant, nous déciderons également que l'acceptation du mandat par un non-commerçant constitue un acte de commerce, et que ce dernier jouit par conséquent des droits et est soumis aux obligations d'un commissionnaire. En effet le mandat a pour objet un acte de commerce. L'agent s'associe donc à une opération commerciale, se fait l'instrument et l'intermédiaire par lequel cette opération s'accomplit. L'art. 94 n'exige pas autre chose, quand il définit le commissionnaire.

On argumente, il est vrai, de l'art. 632 C. com. pour prétendre que c'est l'*entreprise* de commission, et non une commission unique, qui est réputée acte de commerce, et par suite soumet le mandataire à la juridiction commerciale, en même temps qu'elle lui donne le droit de se prévaloir des art. 94 et suiv. Cette interprétation du mot *entreprise* nous semble peu admissible, alors que le même article considère comme constituant un acte de commerce

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 27. — Civ. cass. 7 mai 1845 (J. P. 1845, 2, 550).

toute opération de banque ou de *courtage*. Un simple raisonnement suffit d'ailleurs à montrer que tel n'est pas le sens de l'art. 632. En effet, ce qui fait le commerçant, c'est l'habitude de se livrer à des actes de commerce. Or si le commissionnaire de profession est commerçant, il était bien inutile de dire que son *entreprise* constitue *un acte de commerce*, d'autant mieux que tous les actes qu'il accomplit sont commerciaux par suite de la qualité qui lui est reconnue. L'art. 632 ne peut donc s'appliquer qu'à l'acte isolé de commission (1).

536. — La solution sera exactement la même si un non-commerçant donne un mandat dans le but de faire une opération de commerce. Toutefois, dans ce cas, il faut, pour que l'agent non-commerçant puisse être soumis à la juridiction commerciale, qu'il ait pu avoir connaissance soit par la nature de l'opération, soit par une indication expresse, du caractère de l'acte dont il s'était chargé.

537. — La qualité de commerçant n'étant exigée ni de la part du commettant ni de la part du commissionnaire pour qu'il y ait commission (2), toute personne peut donc, en général, donner et recevoir une commission aussi bien qu'un mandat.

Mais, de même que dans le droit civil, nous trouvons certaines incapacités résultant de la minorité, de l'interdiction, et du mariage pour les femmes.

538. — Les effets résultant de l'incapacité des mineurs et des femmes mariées doivent être considérés à un double point de vue: à l'égard du commettant, et à l'égard des tiers.

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 29.

(2) Le Code Portugais paraît contraire aux solutions que nous venons de donner : « So pode ser commissario mercantil um « commerciante, ou uma sociedade com firma. As regras d'esta « secçâo acerca dos commissarios, e da commissâo, so podem « applicar-se a negociantes de commissôes. » (art. 40).

A l'égard du commettant, le mineur ou la femme mariée peuvent opposer leur incapacité pour se dispenser d'exécuter les obligations qui résultent du contrat, tandis que celui-ci ne peut se soustraire à celles qu'il a contractées et notamment refuser à l'incapable le remboursement de ses dépenses.

A l'égard des tiers, les actes passés par le mineur ou la femme mariée sont certainement valables si ceux-ci ont agi au nom du commettant (1). Ils sont aussi obligatoires pour les tiers, si le mineur et la femme mariée ont traité en leur nom ; mais le contrat est annulable dans l'intérêt de ces incapables qui peuvent se refuser à l'exécuter.

539. — Tout ce que nous avons dit sur ce point relativement au mandat civil est donc applicable aussi à la commission. Il faut toutefois observer que, moyennant certaines conditions énumérées par les art. 2 et 4 du Code de commerce, le mineur âgé de plus de dix-huit ans et la femme mariée peuvent être habilités à faire le commerce et ont dès lors toute capacité pour s'obliger valablement, et notamment pour donner et recevoir des commissions.

540. — En outre des incapacités qui tiennent à la condition juridique, il en est d'autres provenant de la qualité des personnes ou des fonctions qu'elles remplissent, fonctions qui sont jugées incompatibles avec l'exercice du commerce.

Au premier rang de ces incapables sont les courtiers, dont les fonctions, bien différentes de celles du commissionnaire, consistent à mettre en présence les contractants, sans qu'ils puissent être les agents de l'une ou de l'autre des parties. L'art. 85 C. com. leur défend de faire, dans aucun cas et sous aucun prétexte, des opérations de commerce ou de banque pour leur compte, et de s'inté-

(1) Contra : Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 39.

resser même indirectement dans aucune opération commerciale. Comme conséquence directe de ce principe, qu'ils sont de purs intermédiaires, l'art. 86 les empêche de se rendre les garants des parties pour l'exécution des marchés, et l'art. 85 § ult., de recevoir ou de faire des paiements pour leur compte. Cette prohibition ne s'applique plus cependant aux courtiers de marchandises depuis la loi du 18 juillet 1866, qui a rendu libre ce courtage.

541. — Les règles que nous venons d'indiquer pour les courtiers sont appliquées par les art. 85 et 86 C. com. aux agents de change. Toutefois ces règles se trouvent nécessairement modifiées par l'art. 19 de l'arrêté du 27 prairial an X, dont les dispositions sont la reproduction de l'art. 36 de l'arrêté du Conseil du 24 septembre 1724, et qui oblige les agents de change à garder le secret le plus inviolable aux personnes qui les ont chargés de négociations ; d'où nécessité pour eux d'acheter et de vendre en leur nom, et par suite responsabilité personnelle de leur part pour l'exécution des marchés dans lesquels ils ont servi d'intermédiaires obligatoires. Le motif de cette responsabilité est d'ailleurs fixé par l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X ; l'agent de change est responsable de la livraison des effets qu'il a vendus et du paiement de ceux qu'il a achetés, parce qu'il ne peut vendre sans avoir les titres en sa possession, ni acheter sans être muni des sommes nécessaires ; le paiement pour compte lui est interdit (1). L'agent de change, revêtu d'un caractère public, se distingue donc profondément d'un commissionnaire, même dans l'exercice de ses fonctions. En dehors de ses fonctions, il ne peut servir de commissionnaire pour aucune opération commerciale ; l'art. 85 C. com. et

(1) Alauzet, T. II, n° 666.

l'art. 10 de l'arrêté du 27 prairial an X ne peuvent laisser de doutes sur ce point.

542. — Les fonctionnaires publics auxquels les art. 175 et 176 du Code pénal interdisent certains actes de commerce, ne peuvent non plus les faire pour autrui en qualité de commissionnaires. La même incapacité existe aussi pour les avocats, les magistrats et les notaires.

543. — Il nous reste à examiner quel serait le sort d'un contrat de commission accepté par ces différentes personnes au mépris de leur incapacité, et des actes passés par elles en vertu de cette commission.

Lorsque la commission n'a pas été accomplie, le commettant ne peut les forcer à enfreindre la loi ou les règlements qui leur commandent de s'abstenir. Mais si elles l'ont exécutée, elles ne peuvent refuser de rendre compte, en invoquant la nullité du contrat. Cette prohibition n'est pas faite dans leur intérêt, comme celle qui est édictée en faveur des femmes mariées et des mineurs ; et leur infraction à la loi n'a d'autre effet que de les rendre passibles des pénalités ou des déchéances portées par les lois et réglements.

Quant aux actes passés avec les tiers, leur validité ne fait aucun doute, pour le motif que nous avons indiqué.

544. — Si les personnes dont nous venons de parler ne peuvent être commissionnaires, à plus forte raison ne peuvent-elles être parties dans un contrat de commission à titre de commettants; elles ne peuvent faire par personnes interposées ce qu'il leur est défendu de faire personnellement. Cependant, de même que dans le cas précédent, la nullité de la commission ne pourrait être opposée par elles. On fait toutefois, et avec raison, une exception pour les commissions données ou acceptées par les

fonctionnaires publics dans les hypothèses prévues par les art. 175 et 176 du Code pén. L'infraction à ces dispositions constitue un délit, et ceux qui y prennent part en connaissance de cause, s'en rendent les complices ; ils ne peuvent donc se prévaloir mutuellement du contrat (1).

545. — Le principe général que toute personne capable peut donner et recevoir une commission s'entend non seulement des personnes physiques, mais aussi des personnes morales, c'est-à-dire des sociétés commerciales. C'est là ce que veut dire l'art. 94 C. com. : « Le com- « missionnaire est celui qui agit en son propre nom ou « sous *un nom social.* » Les termes de cet article ne s'appliquent qu'aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite. Mais on ne peut admettre qu'il veuille exclure les sociétés anonymes ; il faut dire, d'ailleurs, que si les sociétés anonymes donnent souvent des commissions, elles remplissent rarement l'office de commissionnaires (2).

(1) Domenget, T. II, nº 711 ; Alauzet, T. I, nº 22; Delamarre et Le Poitvin, T. I, nº 48.

(2) V. cep. Code portugais, art. 40.

CHAPITRE II.

FORMATION DU CONTRAT.

546. — Nous avons vu, en parlant du mandat, comment se forme le contrat et à quel moment il faut en reporter la formation, dans la double hypothèse où les offres proviennent du mandant et où l'initiative est venue du mandataire; ces règles sont également applicables à la commission.

547. — Il en est de même en ce qui concerne la manière dont sont donnés et se constatent ces deux contrats ; nous ferons cependant cette observation que, à raison de la rapidité des transactions commerciales, la forme authentique est tout-à-fait inusitée dans la pratique, et que c'est généralement, pour ne pas dire uniquement, par la correspondance que sont donnés et constatés les ordres ou les offres de service que se font les commerçants. Au point de vue de la preuve, cette manière d'agir offre toute sécurité, étant donnée la force probante que la loi commerciale accorde aux lettres des commerçants, ainsi qu'aux copies de celles qu'ils envoient, lorsque ces copies sont faites sur des registres tenus conformément aux prescriptions des art. 10 et suiv. C. com.

Lorsque la commission est verbale, la preuve en est permise par témoins, quel qu'en soit le montant ; les juges peuvent même admettre de simples présomptions. Deux

législations étrangères paraissent en ceci être opposées à la nôtre. Le Code espagnol, art. 117, et le Code portugais, art. 44 (1), exigent que le commissionnaire ne se contente pas d'un pouvoir verbal, mais qu'il le fasse régulariser par écrit avant la conclusion de l'affaire.

548. — Nous avons examiné la question de savoir si le mandat pouvait être tacite; la même question se présente pour la commission. L'affirmative nous paraît hors de doute; nous l'avons admise en matière civile; à plus forte raison doit-elle l'être dans le commerce, où les rapports de commerçant à commerçant et les usages ne permettent pas qu'une lettre demeure sans réponse. Supposons, par exemple, que Pierre, qui est en relations avec Paul, qui connaît à peu près ses besoins et a fait déjà un certain nombre d'opérations analogues pour son compte, lui écrive: il y a sur la place telles marchandises de qualité remarquable à des conditions très avantageuses; à moins d'ordre contraire, j'en achèterai pour votre compte une certaine quantité. Il est hors de doute que si celui à qui de pareilles offres sont faites, ne répond pas dans l'espace de temps moralement suffisant, ces offres ne doivent être considérées comme acceptées, et l'achat fait en conséquence comme opposable au commettant. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit dit en termes formels que l'absence de réponse équivaudra à un consentement; il suffit que cette intention de la part de celui qui fait les offres résulte des termes et de l'esprit de la lettre qui les contient.

On devrait *a fortiori* le décider ainsi, si les achats se faisaient à des époques périodiques et en quantités éga-

(1) « Se o commissario for verbalmente constituido, a com-
« missâo deve ratificar-se por escripto antes da conclusâo do
« negocio. »

les; bien plus, ces achats exécutés aux époques ordinaires, même sans avis donné à l'avance, et acceptés sans protestation de la part du commettant, l'empêcheraient de refuser les achats postérieurs faits dans les mêmes conditions. Il devrait donc notifier à l'auteur de ces achats sa défense de les renouveler. On a justement comparé à la tacite reconduction, ces commissions successives résultant des habitudes entre les parties et censées se renouveler par suite d'un accord tacite (1). Si le commettant est obligé de les subir, il faut décider par réciprocité que le commissionnaire, à moins d'un refus formellement exprimé à l'avance, est obligé de les exécuter. Le commettant a pu légitimement compter sur leur exécution, et le défaut d'exécution lui cause un préjudice dont réparation lui est due.

549. — Le point de savoir si un commerçant est lié par une lettre d'offres qu'il a laissée sans réponse dans les délais usuels, peu susceptible de donner prise au doute lorsque ce commerçant est en relations d'affaires avec celui qui les a faites, est plus délicat si on suppose que ces offres proviennent d'un étranger. Si elles sont sérieuses, c'est-à-dire si elles portent sur des marchandises ou objets relatifs à l'industrie de celui qui les reçoit, celui-ci est à notre avis tenu d'y répondre ; pourvu toutefois que leur auteur ait annoncé son intention d'agir s'il ne recevait pas de réponse, et stipulé que le silence équivaudrait à consentement. En effet il y aurait faute grave et mauvaise foi de la part de ce commerçant d'induire en erreur la personne qui aurait fait ces offres, offres sérieuses qu'elle avait des motifs puissants pour

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 54; Mémorial du commerce, 1841, T. V, p. 212.

croire acceptées (1). Toute offre ne remplissant pas ces conditions n'obligerait à aucune réponse.

550. — On voit donc que la règle *sola patientia indu-cit mandatum* n'existe, d'une manière absolue, pas plus dans le Droit commercial que dans le Droit civil. Il faut, pour qu'elle soit applicable et qu'elle puisse être considérée comme légitime et équitable, qu'il y ait de la part de l'agent une espèce de mise en demeure, une provocation pour le maître de l'affaire à s'expliquer. Elle ne serait certainement pas admissible, si le maître n'avait connaissance de l'opération que d'une manière indirecte, par un tiers non spécialement chargé de l'avertir, ou par la voie des journaux ; l'agent ne pouvait compter que la connaissance en parviendrait au maître, il n'a donc pu considérer son silence comme emportant acceptation ; il a agi à ses risques et périls et dans la simple espérance d'une ratification.

551. — Anciennement, en Italie, le commissionnaire de profession ne pouvait pas refuser ses services à ceux qui les réclamaient : « Mercatores exercentes mercaturæ offi-« cium, non possunt aliis mercatoribus operam suam de-« negare, quoad ea quæ artem mercatoriam respiciunt, et « ideo tenentur exterorum mercatorum ad se recur-« rentium merces, res vel pecunias excipere, mandataque « ad eorum negotia expedienda eis data acceptare (2). » Notre ancien Droit français n'a jamais admis cette obligation pour le commissionnaire, et dans notre Droit actuel, il est hors de doute qu'elle ne doit pas l'être davantage. Il est vrai que « quiconque s'annonce comme exerçant une « profession, fait appel au public, est censé lui faire une

(1) Contra : Massé, T. IV, n° 46. — Cpr. Delamarre et Le Poitvin, T. II, n^os^ 48 et suiv.

(2) Casaregis, disc. 199, n° 5.

« offre permanente de ses services, pour les opérations « qui font l'objet de cette profession. » Et M. Bravard-Veyrières ajoute : « dès lors, quand vous chargez un com- « missionnaire d'une opération (un commissionnaire de « profession, s'entend), vous ne faites qu'accepter ses of- « fres de services, que joindre votre volonté à la sienne. « Le contrat est donc formé dès que l'ordre est donné, le « lien de droit existe dès ce moment (1). » Cette conclusion est peut-être, en principe, poussée trop loin. En effet, le commissionnaire ignore complètement la nature des ordres qui peuvent lui être donnés. Il n'entend pas s'engager d'une manière absolue; ces ordres peuvent être tels, tout en étant licites d'ailleurs, que par des sentiments de délicatesse, ou même des sentiments de convenance personnelle, il répugne à les accomplir. Les offres de services sont donc soumises à cette condition sous-entendue de la part de leur auteur, que la nature des actes à accomplir lui agrée. Le commissionnaire peut donc refuser la commission, et son refus n'a pas besoin d'être motivé (2). C'est un point admis par toutes les législations étrangères, et par le Code Italien lui-même (3).

552. — Mais à raison des offres de service qui résultent de la nature même de sa profession, le commissionnaire devant être censé en cas de silence de sa part accepter la commission, doit nécessairement, si son intention est de la refuser, faire connaître son refus par une notification, son silence prolongé pouvant induire en erreur le commettant ; il faut, pour que celui-ci n'éprouve aucun préjudice, que cette notification soit faite assez à temps pour

(1) Bravard-Veyrières, *Traité des bourses de commerce, etc.*, p. 217.

(2) Contra : Bravard-Veyrières, p. 218.

(3) Code Ital. art. 72 ; Code Esp. art. 120; Code Port. art. 804.

lui permettre de sauvegarder ses intérêts. Aussi le Code Espagnol exige que le refus soit notifié par retour du courrier : *en el corréo mas proximo al dia en que recibio la comision* (art. 120); le Code Italien, sans fixer de délai positif, se contente d'exiger la notification *nel più breve termine possibile* (art. 72)(1). Ces dispositions, bien que non consacrées dans notre loi par un texte formel, n'en doivent pas moins être observées (2).

553. — L'intérêt du commerce a aussi fait admettre que le refus d'un commissionnaire de se charger d'une opération, ne le dispense pas de prendre toutes les mesures conservatoires qui sont nécessaires pour sauvegarder les droits et la chose du commettant jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de charger une autre personne de ce soin. On a contesté cependant qu'il y ait là une obligation pour le commissionnaire (3). Mais cette dernière opinion ne saurait être admise ; car si l'on ne peut méconnaître au commissionnaire le droit de se refuser à l'exécution du mandat qui lui est transmis, il est évident aussi que par suite des offres de services que supposait la nature de la profession de celui-ci, le commettant était assez en droit de compter sur une acceptation pour expédier ses marchandises sans avoir pris son avis. Il est donc équitable que, sans entrer dans les actes d'exécution, le commissionnaire prenne au moins provisoirement les mesures les plus urgentes. La nécessité de cette obligation est si évidente que la plupart des Codes étrangers l'ont imposée par un

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 167 ; et les Codes étrangers cités à la note précédente.

(2) Bédarride, n° 14 ; Alauzet, T. II, n° 848 ; Massé, T. IV, n° 45 ; Troplong, n° 346 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 167.

(3) Domenget, T. II, n° 753 ; Persil et Croissant, *Des Commissionnaires*, p. 23.

texte formel (1). Cette obligation n'est d'ailleurs aucunement onéreuse pour le commissionnaire, qui a pour garantir le remboursement de ses frais un droit de rétention sur les marchandises. En outre, cette faible avance n'est rien en comparaison du préjudice que, sans cela, le commettant pourrait éprouver. Cette obligation pour le commissionnaire n'existe plus lorsque le commettant a eu le temps nécessaire pour se pourvoir d'un autre correspondant. Sur le refus de l'expéditeur de prendre une décision, le commissionnaire aurait, sans nul doute, le droit de faire ordonner par le tribunal la consignation de ces marchandises dans un lieu public, aux frais du propriétaire, et même d'en faire ordonner la vente jusqu'à concurrence de ses déboursés (2).

554. — Il peut se faire cependant que le commissionnaire se trouve obligé d'accomplir la commission. C'est quand elle a pour objet l'exercice d'un droit prescriptible et qui est frappé de déchéance s'il n'est pas exercé dans un délai déterminé, et que l'urgence ne permet pas au commissionnaire de notifier son refus assez tôt pour que

(1) L'art. 72 du Code Italien, par exemple, est ainsi conçu : « Il commissionario che non vuole accettare il mandato, deve « nel più breve termine possibile far conoscere il suo rifiuto al « committente, e se questi gli spedi merci od effetti deve, non « ostante il suo rifiuto, farli riporre in luogo sicuro e vegliare « alla loro conservazione a spese del committente, finchè questi « abbia potuto dare le disposizioni che crede di suo interesse. » De même: art. 323 Code Allemand et Code Autrichien ; art. 121 Code Espagnol ; art. 56 Code Portugais ; art. 16 de l'ancien Code du Wurtemberg.

(2) V. aussi Code Allemand, art. 323 : « Das Handelsgericht « kann auf seinen Antrag verordnen, dass das Gut in einem « öffentlichen Lagerhause oder bei einem Dritten so lange « niedergelegt wird, bis der Eigenthümer anderweitige Vor- « kehrung trifft. »

le commettant puisse prendre des mesures efficaces. Tel est le cas où une lettre de change est envoyée à un commissionnaire pour l'encaissement la veille ou le jour de l'échéance. Il est tenu de la présenter à l'acceptation ou au paiement, et, en cas de défaut d'acceptation ou de paiement, de la faire protester. A cet effet il doit avancer les frais de protêt (1). Mais si, en plus des frais, la lettre, à cause d'irrégularités, de défaut de timbre par exemple, donnait lieu à une amende, le commissionnaire, à moins d'une acceptation expresse, ne saurait être obligé d'en faire l'avance; et dans ce cas il n'aurait qu'à suivre la marche indiquée par les auteurs, charger un huissier ou un notaire de faire le protêt, en les avertissant qu'il n'entend aucunement se reconnaître débiteur ou garant des frais, et, sur leur refus, les faire commettre par la justice (2).

(1) Contra : Domenget, T. II, n° 753.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 168; Bédarride, n° 18. — Cpr. Code Espagnol, art. 122, et Code Portugais, art. 57.

CHAPITRE III.

DES RAPPORTS ENTRE LE COMMETTANT ET LE COMMISSIONNAIRE.

SECTION I.

OBLIGATIONS DU COMMISSIONNAIRE.

§ 1. — DIVERSES OBLIGATIONS DU COMMISSIONNAIRE.

555. — La commission n'étant qu'une variété du mandat, les obligations générales qui incombent à tout mandataire, doivent aussi exister à la charge du commissionnaire. De même qu'un mandataire, le commissionnaire doit : 1° accomplir l'ordre qui lui est transmis; 2° l'exécuter entièrement et de la manière indiquée; 3° se conduire avec diligence et fidélité, et enfin, 4° rendre compte de son opération.

Nous avons, en parlant du mandat, examiné en détail chacune de ces obligations. Pour éviter des redites, nous nous bornerons à faire quelques observations générales exigées par le caractère particulier que la nature commerciale de l'acte à accomplir donne à la commission.

§ 2. — MODE D'EXÉCUTION.

556. — En matière civile, la spéculation a, en général, une place très restreinte. Aussi un mandat civil,

lorsque aucun délai n'a été fixé pour l'exécution et que la nécessité d'agir sans retard n'a pas été notifiée au mandataire ou ne ressort pas des termes du mandat, n'est-il pas présumé urgent, et le mandataire a-t-il capacité pour l'accomplir à quelque époque que ce soit, tant que l'ordre n'a pas été révoqué. Il en est tout autrement dans le commerce; le but du commerçant est de faire un bénéfice en spéculant sur la différence des cours des marchandises entre les diverses places, et il saisit, pour l'achat ou la vente, le moment précis qui lui semble favorable. Donc, lorsqu'il transmet un ordre d'achat ou de vente sans indication de délai, doit-on présumer, à cause de la variabilité des cours, que le commettant a voulu que l'opération soit immédiatement exécutée. Aussi le commissionnaire qui ne connaît pas et n'a pas à s'immiscer dans le secret des opérations du commettant, est-il tenu d'agir sans délai (1), sous peine de se voir laisser l'opération pour compte, ou du moins d'être tenu de dommages-intérêts. En vain prétendrait-il qu'il prévoyait une baisse et que cette baisse est en effet survenue, si le commettant prouve que, l'achat n'ayant pas été fait en temps opportun, il n'a pu remplir en temps utile les obligations qu'il avait contractées en prévision de cet achat. Si au lieu d'une baisse c'est une hausse qui se produit, il est évident que le commettant peut réclamer la marchandise au cours du jour où l'ordre devait être exécuté (2), sans que réciproquement le commissionnaire puisse, en cas de baisse, garder à son profit la différence entre le cours du jour de la réception de l'ordre et le prix auquel l'achat a réellement eu lieu. En différant d'exécuter la commission, le commissionnaire

(1) Casaregis, disc. 119, nº 15; Code Portug. art. 801. — V. cep. Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 61.

(2) Lyon, 23 juillet 1851 (J. P. 1852, 2, 610).

s'expose donc à perdre, jamais à gagner : « Qui passe « commission perd (1). »

557. — Cependant il ne faudrait pas pousser ce principe à l'extrême. Si le commissionnaire doit se faire l'instrument docile des volontés présumées ou exprimées du commettant, il doit être, avant tout, un instrument intelligent, et il engagerait sa responsabilité si, dans le cas par exemple d'un ordre de vente, il passait outre malgré une baisse considérable et imprévue, occasionnée par des circonstances exceptionnelles qu'il devait supposer inconnues du commettant. Il devrait donc, avant de procéder à la vente, avertir immédiatement le commettant et demander de nouvelles instructions.

Il est aussi à peine besoin de faire remarquer que, bien que le commissionnaire n'ait pas à discuter l'opportunité des négociations dont il est chargé, il ne doit pas cependant exécuter sa commission à l'aveugle, et il est certain qu'il ne pourrait se retrancher derrière la lettre de ses instructions si elles portaient la preuve évidente d'une erreur.

558. — Sous le bénéfice de cette restriction nécessaire, il est de principe que le commettant doit se conformer avec la plus scrupuleuse attention aux instructions relatives à la nature, à la qualité, à la quantité et à la provenance des marchandises (2). Aucune modification n'est permise. Le commettant est le seul juge de ce qui convient aux besoins de son commerce. Telle marchandise lui est nécessaire; telle autre peut être en effet plus avan-

(1) Savary, *Le parfait négociant*, Ed. de Paris, 1675, liv. II, ch. LVI, p. 148; Edit. de Lyon 1701, IIe part. liv. III, ch. II, p. 214.

(2) Savary, *Le parfait négociant*, Ed. de 1675, l. II, ch. XLVII, p. 42; Ed. de 1701, 2e part., l. I, ch. VIII, p. 105; Code Allemand, art. 362; Code Espagnol, art. 127.

tageuse pour un autre négociant, mais lui n'en a aucun besoin; de quel droit donc pourrait-on le forcer à l'accepter. C'est pourquoi nous n'admettons pas l'extrême latitude qui est accordée au commissionnaire par MM. Delamarre et Le Poitvin dans le cas où l'ordre donné ne peut être exécuté par suite d'un cas de force majeure. D'après ces auteurs, « il est tenu, dans les cas insolites, de sub-« stituer une autre chose à la chose commandée, comme « il l'est dans le cas fortuit de substituer une autre per-« sonne à la sienne (1). » Nous ferons d'abord observer que l'analogie trouvée par ces auteurs entre ces deux espèces de substitution, n'existe aucunement. La substitution d'une personne à une autre n'est en définitive qu'un changement dans les moyens prescrits pour parvenir au but demandé; il importe peu au fond, si l'opération a été bien conduite, qu'elle l'ait été par Pierre ou par Paul. Tout autre est la substitution portant sur l'objet même de la commission, car c'est la modification du but poursuivi par le commettant. Sans doute la solution de MM. Delamarre et Le Poitvin dans l'espèce qu'ils examinent, serait excellente si le mandat autorisait le commissionnaire à agir au mieux des intérêts du commettant. Dans ce cas, si véritablement le commissionnaire avait agi en homme intelligent et en bon commerçant, le commettant n'aurait rien à dire, car il s'en serait rapporté à lui. Mais quand l'ordre est formel, n'est-ce pas dire au commissionnaire : Si vous ne pouvez pas l'exécuter tel qu'il vous est donné, arrêtez-vous, et ne faites pas à la place une chose en dehors de mes prévisions et qui ne servirait qu'à renverser mes projets. Est-ce à dire que dans tous les cas et sans

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 210. — Cpr. Clamageran, n° 358.

aucun examen, le tribunal devra laisser à la charge du commissionnaire les opérations qui ne rentreront pas dans les termes précis de son mandat ? Non, sans doute; il peut se faire que l'opération soit manifestement aussi utile au commettant que celle qu'il avait prescrite, et le tribunal ne peut accorder de prime à la mauvaise foi. Le commissionnaire n'agit plus en réalité comme commissionnaire, mais comme *negotiorum gestor*. Mais en cas de doute sur l'avantage que pourrait retirer le commettant de la négociation, il faudrait nécessairement la laisser pour le compte du commissionnaire.

Il faut donc reconnaître que, en règle générale, dès que le commissionnaire ne peut, par suite d'un cas de force majeure, exécuter un ordre exprès tel qu'il lui est donné, la prudence lui commande de réclamer immédiatement des instructions, ce qui sera possible le plus souvent, des lignes télégraphiques sillonnant presque tous les Etats civilisés, ou si le temps ou la possibilité de le faire lui manquent, de s'abstenir ; en agissant ainsi, jamais il ne se rend responsable, le commettant ne pouvant lui reprocher de n'avoir pas outrepassé les pouvoirs qu'il lui avait donnés (1).

Telle est aussi la disposition formelle du Code Espagnol : si un accident empêche d'accomplir à la lettre les instructions reçues, ou si en les exécutant un préjudice grave devrait en résulter pour le commettant, le commissionnaire doit s'arrêter et l'en avertir par le courrier le plus prochain, *por el correo mas proximo*, mais dans aucun cas il ne peut agir d'une manière contraire aux ordres exprès du commettant : *pero en ningun caso podra obrar el comisionista contra la disposicion expresa del*

(1) Cpr. Troplong, nos 363 et 365 ; Alauzet, T. II, no 840.

comitente (art. 129). Le jurisconsulte Danois dont nous avons déjà cité un extrait et qui examine cette question, reconnaît qu'au premier abord il semblerait que le commissionnaire pourrait se départir de ses instructions dans l'intérêt du commettant et qu'il ne pourrait être désavoué par lui s'il avait agi avec sagesse, mais il déclare aussi qu'après un examen approfondi de la question, on ne peut accorder un droit pareil au commissionnaire, et que celui-ci ne doit jamais dépasser son mandat (1).

559. — Les mêmes règles s'appliquent au prix fixé par le commettant. Mais, plus encore qu'en matière civile, ce prix ne doit jamais être considéré que comme une limite qu'il n'est pas permis de dépasser. Pour remplir son devoir, le commissionnaire est tenu de chercher à vendre plus cher que le minimum fixé et à acheter meilleur marché que le maximum indiqué ; et il ne fait de doute pour personne, qu'un commissionnaire qui aurait vendu au-dessous du cours ou acheté au-dessus, bien qu'en restant dans les limites de la commission, serait en faute, et obligé d'indemniser le commettant de la différence entre le prix de la vente ou de l'achat et le taux du cours (2).

560. — Le commissionnaire est-il toujours tellement lié par le prix fixé qu'il ne puisse, dans le cas d'absolue nécessité, soit vendre à un prix moins élevé, soit acheter plus cher ?

Lorsque le commissionnaire se trouve dans l'impossibilité de se conformer à son mandat, qu'il doit, suivant l'expression de Toubeau, exécuter « à la lettre, fort exac-

(1) Hindenburg, *op. et loc. cit.*, p. 241.
(2) Troplong, nº 431 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 304.

« tement et précisément (1), » il doit immédiatement, ainsi que nous venons de le dire, en référer à son commettant, et si la réponse ne lui parvient pas en temps raisonnable, le silence du commettant vaut approbation tacite des mesures qu'il a proposées ; c'est ainsi que les nations commerçantes l'ont toujours interprété. « In the « ordinary course of business between merchants and « their correspondents, it is understood to be the duty of « the one party, receiving a letter from the other, to « answer the same within a reasonable time; and if he « does not, it is presumed that he admits the propriety of « the acts of his correspondent, and confirms and adopts « them. This presumption seems now, in favor of com- « merce, to be universally acted upon (2). » La rapidité des moyens actuels de communication permettra presque toujours d'avoir une réponse en temps voulu.

561. — Il peut y avoir cependant des circonstances où, à cause de l'absence ou de l'interruption des communications télégraphiques, le commissionnaire soit obligé d'agir sans délai et avant d'avoir une réponse (3). Tel serait le cas où des marchandises lui parviendraient dans un état de détérioration tel qu'il serait nécessaire de vendre immédiatement et au rabais pour éviter une perte totale. « If goods are perishable and perishing, the agent may « deviate from his instructions, as to the time or price at « which they are to be sold. So, if they are accidentally « injured, and must be sold to prevent further loss (4). »

(1) Toubeau, *Les Institutes du droit consulaire*, 1682, liv. II, tit. IV, ch. I, p. 515.

(2) Story, § 258, p. 317 ; Emérigon, *Traité des assurances*, T. I, ch. V, sect. VI, § 2, p. 145.

(3) Casaregis, Disc. 119, nos 55, 63 et 64 ; Code Portug. art. 810.

(4) Story, § 193, p. 241, et § 141, p. 179 ; Russell, p. 21 ; Code Portugais, art. 810.

Le commissionnaire dans ce cas ne saurait être rendu responsable, et la faute serait de n'avoir pas agi comme il l'a fait. Le Code Espagnol (art. 151) exige que le commissionnaire se fasse autoriser à la vente pàr le tribunal (1). Cette formalité peut constituer une bonne précaution pour la sauvegarde du commissionnaire, mais certainement elle n'est pas nécessaire pour la validité et la régularité de la vente (2).

562. — Tout autre est la question, lorsque le commissionnaire vend au-dessous du prix fixé, sous le prétexte qu'une baisse imminente et considérable est à craindre. Cette hypothèse est loin d'être identique à la précédente ; ici pas d'urgence absolue, pas d'intérêt certain et indiscutable pour le commettant à ce que la vente ait lieu sans aucun retard. En effet, est-il certain que la baisse n'est pas passagère, et que les cours ne se relèveront pas? Le commettant peut avoir intérêt à attendre quinze jours ou un mois, plutôt que de vendre peut-être au-dessous de son prix de revient; il peut aussi préférer enlever ses marchandises pour les vendre sur une autre place où la baisse ne s'est pas fait sentir ; dans tous les cas il

(1) « Si ocurriere en los efectos encargados à un comisionista « alguna alteracion que hiciere urgente su venta para salvar la « parte posible de su valor, y fuese tal la premura que no haya « tiempo para dar aviso al propietario y aguardar sus ordenes, « acudirà el comisionista al Juez de primera instancia, el cual « autorizarà la venta con las solemnidades y precauciones que « estime mas prudentes en beneficio del propietario. »

(2) Alauzet, T. II, nº 841 ; Bédarride, nº 30. — Le Code Allemand n'exige pas l'autorisation du tribunal, mais il faut que la vente soit faite publiquement ou, si elle a un cours de bourse ou de marché, non publiquement, mais par l'intermédiaire d'un courtier ou d'un commissaire priseur. Le commissionnaire doit en outre donner immédiatement avis de la vente au commettant. Art. 365, 366, 343). Code Autrichien, mêmes articles.

doit être consulté. Aussi, à supposer que, le commissionnaire ayant demandé les instructions du commettant, les marchandises aient dans l'intervalle éprouvé une nouvelle baisse, il ne saurait être rendu responsable pour ne les avoir pas vendues dès leur réception ; le commettant devait, s'il le jugeait convenable, lui accorder par le mandat une plus grande latitude.

Nous ne nierons cependant pas qu'il ne puisse y avoir des circonstances où le commissionnaire ne soit nullement en faute pour avoir dépassé la limite fixée par le mandat, et ait agi au contraire en homme sage et prudent en traitant comme il l'a fait. Il en serait certainement ainsi dans le cas où un capitaine, chargé de vendre un chargement sur une côte éloignée, avec ordre de prendre dans le même lieu un chargement de retour, se trouverait dans l'impossibilité de s'en défaire aux conditions marquées. La vente dans ce cas serait indispensable, parce que les frais d'un double transport seraient trop onéreux, que ce long séjour dans la cale d'un navire déprécierait la marchandise, et qu'enfin la seconde partie de l'opération ne pourrait être accomplie. La vente opérée par le capitaine au mieux des intérêts du propriétaire serait donc obligatoire pour celui-ci, mais ce serait à titre de gestion d'affaires et non comme exécution du mandat (1).

563. — Lorsque le commissionnaire a fait des avances au commettant, il peut aussi, en remplissant certaines formalités, vendre au-dessous du prix marqué et même malgré la volonté du commettant ; mais c'est là une hypothèse particulière que nous aurons à examiner plus loin.

564. — Quant au point de savoir si le commissionnaire

(1) Bédarride, nº 67; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 207; Alauzet, T. II, nº 841.— Cpr. Code Allemand, art. 363.

peut acheter au dessus du prix fixé, et quelles sont les conséquences de cet achat, nous nous reportons à ce que nous avons dit en parlant du mandat. Cependant il faut observer que le commissionnaire agissant ordinairement en son nom, il sera très difficile au commettant de réclamer la marchandise, même en offrant le prix total payé par le commissionnaire, ce dernier pouvant prétendre que, en voyant le cours des marchandises au-dessus de la limite fixée, il n'a pas eu l'intention de remplir un ordre qu'il ne pouvait exécuter à la lettre, et a entendu acheter pour son compte. Notons en outre que le commettant n'aurait même pas la faculté de lui réclamer des dommages-intérêts pour inexécution du mandat, si l'impossibilité d'acheter au prix fixé n'était pas la suite d'une faute à lui imputable.

565. — M. Bédarride en a tiré un argument pour soutenir que si le commettant n'a pas d'action contre le commissionnaire, réciproquement le commissionnaire ne peut forcer le commettant à recevoir la marchandise au prix fixé. D'ailleurs, ajoute cet auteur, le commettant ne refusera l'offre du commissionnaire que s'il survient une baisse qui le mettrait en perte; or, dans ce cas, le commettant ne peut-il pas dire : le hazard m'avait affranchi de cette perte en rendant le mandat impossible à exécuter littéralement ; la perte à laquelle je serais exposé est donc la conséquence unique de l'excès de mandat dont vous, mon commissionnaire, vous vous êtes rendu coupable, et cet excès constituant une faute, les conséquences doivent en retomber sur son auteur (1). M. Bédarride reprend donc le système des Sabiniens, système qui, nous l'avons vu, n'était même plus suivi par les jurisconsultes

(1) Bédarride, nº 97.

romains, et, à leur exemple, a été repoussé par nos anciens auteurs. Ce système est aussi à peu près universellement rejeté aujourd'hui (1), et on objecte avec raison que dès qu'on exécute son ordre tel qu'il l'indique, le commettant ne peut avoir à se plaindre ; c'est affaire à lui s'il se trompe dans ses spéculations. Quant à l'action du commettant contre le commissionnaire, le premier peut prouver, soit par la correspondance, soit par les livres, que l'opération a été faite pour son compte ; et quand même il ne pourrait faire cette preuve, l'argument qu'en tire M. Bédarride ne serait pas plus concluant.

566. — Le commissionnaire doit aussi respecter son mandat en ce qui concerne le mode et l'époque du paiement. A défaut de stipulations spéciales, il doit observer en ce point les usages de la place. Ainsi, s'il vend à crédit, alors qu'il ne devait traiter qu'au comptant, non seulement il est tenu envers le commettant à payer intégralement le prix qu'il n'a pas encore reçu, mais encore il est garant de l'insolvabilité des tiers survenue depuis le contrat (2).

Cependant, si en vendant à terme le commissionnaire avait obtenu un prix plus élevé, devrait-il en tenir compte pour la totalité au commettant ? L'affirmative nous semble inadmissible ; le commettant a droit seulement au

(1) Alauzet, T. II, n° 844 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, n^os 302 et suiv. ; Domenget, T. II, n° 773. — Code Allemand, art. 364 : « Hat der Kommissionair den für den Einkauf gesetzten Preis « überschritten, so kann der Kommittent den Einkauf als nicht « für seine Rechnung geschehen zurückweisen, sofern sich der « Kommissionair nicht zugleich mit der Einkaufsanzeige zur « Deckung des Unterschiedes erbietet. » De même : Code Autrichien, art. 364 ; Code Espagnol, art. 135; Hindenburg, *Om Kommissionskontrakten*, loc. cit. p. 255.

(2) Code Espagnol, art. 154 et 157 ; Code Portugais, art. 32.

prix que le commissionnaire aurait pu obtenir en suivant le mandat, c'est-à-dire en vendant au comptant; quant à l'excédant, il représente l'intérêt des sommes que le commissionnaire se trouve obligé d'avancer au commettant. Le commettant aurait d'ailleurs le droit, s'il le préférait, de recevoir l'opération telle qu'elle se trouve faite et de profiter de la totalité du prix en ratifiant le terme accordé par son commissionnaire (1).

567. — On peut se demander si le commissionnaire qui est chargé d'acheter des marchandises, et qui a dans ses magasins des marchandises remplissant exactement les conditions exigées, soit qu'elles lui appartiennent en propre, soit qu'il ait mission de les vendre pour le compte d'un autre commettant, peut les employer à l'exécution du mandat ? L'usage du commerce l'autorisait certainement autrefois, puisque Casaregis l'indique comme étant une opération usuelle (2). En effet, la demande du commettant se trouve remplie dès qu'on lui remet les marchandises dont il a besoin; peu lui importe quel en soit le vendeur. Les Codes Espagnol et Portugais, qui ont fait de nombreux emprunts à Casaregis, se sont cependant écartés de son opinion sur ce point; ils portent que le consentement du commettant est indispensable pour que le commissionnaire puisse lui envoyer ses propres marchandises (3). Nous n'en voyons cependant pas la nécessité, et

(1) Alauzet, T. II, nº 845 ; Domenget, T. II, nº 775 ; Bédarride, nº 81. — Contra : Dalloz, vº *Commissionnaire,* nº 239.

(2) Casaregis, Disc. 120, nºs 24 et 35.

(3) « Tambien es indispensable el consentimiento del comi-
« tente para que el comisionista pueda ejecutar una adquisi-
« cion que le està encargada con efectos que obren en su poder,
« bien sea que le pertenezcan à él mismo, ò que los tenga por
« cuenta ajena.» (art. 162 C. Esp.).— « Da mesma sorte nâo pode
« o commissionario, sem consentimento expresso do commit-

nous pensons que la doctrine de Casarégis doit être suivie de préférence (1). C'est cette doctrine qu'a adoptée le Code Allemand (art. 376) et qui est proposée dans le nouveau projet de loi fédérale Suisse (art. 452). En effet le commissionnaire ne peut léser son commettant, le prix de ces marchandises étant déterminé par le cours de la place. Cependant le commissionnaire doit avertir le commettant lorsque ce sont ses propres marchandises qu'il lui expédie. La bonne foi l'oblige à le faire ; car il se trouve dans les conditions d'un vendeur et il ne peut, suivant nous, exiger un droit de commission (2). Cependant le Code Allemand l'y autorise même dans ce cas.

Les solutions que nous venons de donner sont également applicables à la question de savoir si le commissionnaire peut acheter pour son compte ou pour le compte d'un autre commettant les marchandises qu'il est chargé de vendre.

568. — Le commissionnaire est-il obligé d'exécuter en personne la commission ou peut-il s'en décharger sur un tiers ? Le Code de commerce n'a pas prévu cette question, et nous pensons que les solutions que nous avons données pour le mandat sont également applicables. Le commissionnaire, à moins d'autorisation expresse ou tacite, ne peut donc substituer en ce sens qu'il ne peut se décharger de la commission en la transmettant à une autre

« tente, satisfazer uma ordem d'este com effeitos, que tenha « em seu poder, quer seus quer de conta alheia. » (art. 78 C. Port.). — Sic : Story, § 211, p. 259 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 249. — Rouen, 22 avril 1872 (D. P. 1873, 5, 99).

(1) Domenget, T. II, nº 762 ; Bédarride, nº 87 ; Alauzet, T. II, nº 846. — Bordeaux, 18 janv. 1848 (J. P. 1848, 2, 121). — Cette solution est aussi admise en Danemark (Hindenburg, p. 245).

(2) Cpr. Code Espagnol, art. 163.

personne qui serait seule tenue envers le commettant (1). Mais ce n'est pas le chef de la maison de commerce à qui l'ordre a été transmis, qui est tenu de l'exécuter matériellement en personne ; il peut le faire accomplir par ses commis agissant sous sa responsabilité. On s'adresse à la maison de commerce plutôt qu'à la personne même du commerçant. Telle est aussi la disposition de l'art.136 du Code Espagnol.

Les hypothèses à examiner étant absolument les mêmes pour la commission que pour le mandat, nous renvoyons à ce que nous avons dit relativement à ce dernier contrat, en faisant les seules restrictions suivantes :

1° Dans le cas où l'ordre est muet en ce qui concerne la substitution, et où, à l'impossibilité physique pour le commissionnaire d'agir se joint l'urgence d'accomplir la commission, le commissionnaire doit, à peine de responsabilité, en charger un autre négociant ; ce n'est pas pour lui une simple faculté comme en matière civile. L'intérêt du commerce exige cette décision, et c'est le cas d'appliquer cette règle de Casaregis : « Mandatum exten- « ditur ad eum casum, in quo mandans ipse si fuisset in- « terrogatus, idem verisimiliter respondisset (2). » Aussi ne répond-il que de son choix, et non de la gestion du substitué (3).

2° Lorsque la substitution est permise, le substituant, pour être déchargé de toute responsabilité, ne doit pas se borner à choisir un substitué qui ne soit pas *notoirement incapable ou insolvable*. La nature de la commission, le soin que réclament les opérations commerciales,

(1) Casaregis, Disc. 36, nos 4 et 6.
(2) Casaregis, Disc. 36, no 16.
(3) Delamarre et Le Poitvin, T. II, no 198.

exigent davantage ; il faut que le substitué soit généralement considéré comme capable et solvable, c'est-à-dire en état de remplir convenablement la commission (1). Il est évident toutefois que le commissionnaire n'est pas tenu de garantir la solvabilité et la capacité du substitué ; en cela il ne peut que s'en rapporter à la notoriété publique. Quant à apprécier si le choix du commissionnaire était fait d'une manière conforme à ses devoirs, c'est une question de fait qui dépend beaucoup du lieu où se trouvent, l'un par rapport à l'autre, le substituant et le substitué. Si le substitué est sur la même place que le substituant, ou sur une place voisine, les négociants connaissant réciproquement leur crédit et leur capacité, et les informations pouvant facilement être prises, on doit se montrer plus rigoureux que si le substitué demeure sur une place éloignée ou à l'étranger. C'est là d'ailleurs une question d'appréciation.

3° Il est un cas spécial où le commissionnaire reste garant des agissements du substitué, bien que la substitution soit permise tacitement par le mandat ; en effet, aux termes de l'art. 99 C. com., le commissionnaire de transports est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse la marchandise. Sa responsabilité ne cesserait que s'il en était exonéré par une clause du contrat, ou si le substitué avait été désigné par le commettant.

§ 3. — ÉTENDUE DE LA COMMISSION.

569. — De même que le mandataire, le commissionnaire est tenu d'accomplir, indépendamment de l'ordre

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, n° 202 ; Bédarride, n° 23.

principal, certains faits accessoires qui ne sont pas exprimés, mais qui y sont implicitement contenus.

La première catégorie de ces actes résulte du principe que le commissionnaire doit faire tout ce qui est nécessaire pour arriver au but qui lui est indiqué. Par exemple, si on lui consigne des marchandises venant de l'étranger, il doit payer les droits de douane et les droits d'octroi; car sans cela il ne pourrait retirer les marchandises. Il doit aussi acquitter les frais de transport, s'ils sont encore dus ; enfin il doit s'assurer de l'identité des marchandises, vérifier leur état en présence du voiturier (1), faire constater les manquants ou les avaries conformément à l'art. 106 C. com. et en donner immédiatement avis à l'expéditeur. Faute de le faire, il serait présumé les avoir reçues en bon état et conformes, quant à l'espèce et à la quantité, aux indications de la lettre de voiture; de plus, la réception et le paiement éteignant tout recours contre le voiturier, il serait responsable envers le commettant pour n'avoir pas fait la réserve de ses droits.

Nous supposons d'ailleurs que les détériorations proviennent du fait du transport ; si elles sont occasionnées par le vice propre de la marchandise, la réception sans réserves par le commissionnaire ne peut être invoquée contre lui comme une preuve qu'il l'a reçue en bon état, et ne lui enlève même pas le droit de refuser postérieurement de se charger de la garde ou de la vente de cette marchandise. Il est nécessaire cependant qu'il fasse ses réclamations au commettant dans un délai assez restreint ; car au bout d'un certain temps, il lui serait difficile de prouver que les détériorations existaient antérieurement à la ré-

(1) Code Esp. art. 149 ; Codes Allemand et Autrichien, art. 365; Ordonnance de Bilbao, ch. XII, art. 14.

ception et qu'elles ne sont pas la conséquence de son défaut de soins. En outre le silence gardé pendant un temps trop prolongé, ne pourrait être interprété que comme indiquant son intention de conserver la marchandise.

570. — Les marchandises que le commissionnaire a ainsi reçues du commettant ou qu'il a achetées pour son compte, doivent être déposées dans un lieu convenable, et il est tenu de veiller à leur conservation. Il est responsable des détériorations ou de la perte, tant qu'elles ne proviennent pas du vice propre de la marchandise, ou d'un cas fortuit.

S'il est commis à un achat, son mandat contient pouvoir de prendre livraison et d'expédier la marchandise, en obligeant le commettant pour le paiement du fret ou de la voiture.

571. — En outre de ces obligations qui découlent de la commission et en sont une conséquence directe, il en est d'autres qui prennent leur origine, soit dans les usages du commerce et spécialement dans ceux de la place où s'exécute la commission, soit dans les habitudes constantes des parties. Ces dernières doivent être observées, même quand elles sont contraires à l'usage habituel, tant que le commettant n'a pas manifesté sa volonté de les faire cesser.

A défaut d'habitudes particulières, on doit s'en rapporter aux usages ; par son silence le commettant s'y réfère tacitement (1). Ainsi il est d'usage que le commissionnaire paie la marchandise qu'il achète. Cet usage qui est sou-

(1) « Em toda a commissâo, dada por um commerciante a seu « correspondente, se entende comprehendida a ordem ou man- « dato de fazer tudo aquillo, que por estylo e uso do commercio « se costuma fazer em similhantes casos, posto que nâo va ex- « presso no mandato. » (art. 799 C. Port.).— Story, § 199, p. 245; Hindenburg, loc. cit. p.244.

vent une nécessité lorsque le commissionnaire achète en son nom, existe aussi lorsque l'achat est fait au nom du commettant; celui-ci ne pourrait donc prétendre que le commissionnaire a payé à tort, parce que lui, commettant, avait une compensation à opposer à l'acheteur. De même le commissionnaire vendeur a mandat tacite, même lorsque la vente a eu lieu au nom du commettant, d'en toucher le prix, et il est tenu, sous peine de responsabilité, de faire toutes les démarches nécessaires pour obtenir le paiement (1). Quant à savoir si le commettant peut interdire aux tiers de payer au commissionnaire, c'est une question que nous aurons à examiner ultérieurement.

572. — Un point plus délicat à résoudre, est de savoir si le commissionnaire a, dans le silence du mandat, pouvoir tacite d'assurer les marchandises qu'il est chargé d'envoyer par mer; nous supposons qu'il n'y a entre les parties aucun antécédent qui puisse servir de règle. Emérigon cite le cas d'un commissionnaire assurant les marchandises qui lui étaient annoncées par le commettant, parce que, le navire tardant à paraître, il craignait qu'il n'eût péri; le navire arrive heureusement au port, et le commettant refuse de rembourser la prime d'assurance; Emérigon décide qu'il est obligé de faire ce remboursement; mais il se base sur ce fait que le commettant ayant reçu l'avis de l'assurance opérée et n'ayant pas immédiatement protesté, était censé l'avoir ratifiée par son silence (2). Il est certain que sans cette circonstance la solution aurait dû être différente, car c'était le commettant lui-même qui avait fait l'expédition; il pouvait donc assurer à ce moment les marchandises; s'il ne l'avait pas fait, c'est qu'il avait

(1) Straccha, *De mercatura*, tit. *Mandati*, nº 23.
(2) Emérigon, *Traité des assurances*, ch. v, sect. vi, § 2.

mieux aimé courir les risques de la navigation que de payer les frais d'assurance, et le commissionnaire ne pouvait puiser, dans aucune clause de son mandat, le droit d'agir à sa place.

Tout autre est la question que nous avons posée ; dans cette hypothèse, c'est le commissionnaire qui est l'expéditeur et règle les conditions du transport. Le Code Portugais (art. 85) renferme sur ce sujet une disposition formelle. Il oblige le commissionnaire à assurer, en lui enjoignant de soumettre, par une clause du contrat, la validité de l'assurance à la condition que le commettant n'ait pas déjà fait l'assurance lui-même (1). M. Massé paraît suivre la doctrine du Code Portugais et déclare en faute le commissionnaire qui néglige d'assurer (2). La jurisprudence de l'Angleterre et des Etats-Unis, tout en reconnaissant au commissionnaire le droit d'assurer, ne l'y oblige cependant pas d'une façon formelle. « They are not posi-« tively bound to insure, » dit Story, « unless they have « received orders to insure, or promise to insure, or the « usage of trade, or the habit of dealing between them and « their principals, raises an implied obligation to insu-« re (3).» Le Code Allemand dispose également que le commissionnaire n'est responsable du défaut d'assurance que s'il avait reçu l'ordre d'assurer (4). Pour nous, nous pen-

(1) « Todas as vezes que o commissario expede qualquer ex-« portaçâo de conta alheia, é obrigado a segural-a, ainda que « para o seguro nâo tenha ordem expressa. O commissario toda-« via devera fazer este seguro condicional, isto é, debaixo da « condiçâo de se tornar sem effeito, caso o committente de per « si tenha feito o seguro. Cessa a obrigaçâo do commissario, « tendo ordem expressa para nâo segurar. »

(2) Massé, T. IV, nº 48.

(3) Story, § 111, p. 129 et § 190, p. 236 ; Russell, p. 23.

(4) Art. 367 : « Der Kommissionair ist wegen Unterlassung

sons que l'obligation d'assurer n'est pas comprise dans le mandat d'expédier des marchandises par mer; car l'assurance n'est pas une des conséquences nécessaires de l'expédition. Cependant, si le commissionnaire avait assuré, aurait-il le droit de réclamer le remboursement de la prime? Il est hors de doute d'abord, que le commettant, pour savoir s'il doit accepter ou répudier l'assurance, ne peut attendre la perte ou l'arrivée du navire; il est tenu de prendre un parti dès le moment même où il reçoit l'avis du commissionnaire. Peut-il même se refuser au remboursement de la prime, nous ne le pensons pas; car si l'assurance n'est pas une chose indispensable, elle constitue une précaution très utile que doit prendre en général un homme prudent. Le commissionnaire a donc agi comme *negotiorum gestor* et pour l'utilité du maître de la chose. En assurant il a fait un acte de bonne administration, il peut donc se prévaloir de l'art. 1375 C. civ., bien que l'assurance soit devenue postérieurement inutile par suite de l'heureuse arrivée du navire. Dire que l'avantage de l'assurance pour le mandant doit être appréciée par la nature de l'évènement, ainsi que le prétend M. Bédarride (1), n'est-ce pas en définitive dire que le commissionnaire, pour faire acte de bonne administration, aurait dû attendre, pour contracter l'assurance, l'avis de la perte du navire (2).

573. — Une obligation qui existe aussi pour le mandataire, mais qui est surtout importante pour le commis-

« der Versicherung des Guts nur dann verantwortlich, wenn « er von dem Kommittenten den Auftrag zur Versicherung er- « halten hat. » Code Autrichien, art. 367. — Cpr. Projet Suisse, art. 440.

(1) Bédarride, nº 113.

(2) Domenget, T. II, nº 984. — V. cep. Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 100.

sionnaire, c'est de tenir le commettant exactement au courant de tout ce qui a trait à l'opération dont il est chargé, lui donner connaissance des obstacles qui s'opposent à l'exécution, et des circonstances qui pourraient porter le commettant à modifier ses instructions; enfin l'avertir immédiatement de l'accomplissement des ordres, *por el correo mas inmediato al dia en que se cerro el convenio* (1). C'est cette notification qui empêche désormais le commettant, soit de changer, soit de révoquer le mandat. L'exécution par elle-même ne saurait avoir cet effet et l'opération resterait pour le compte du commissionnaire, à moins que les nouveaux ordres ne lui fussent parvenus dans un délai trop rapproché de l'exécution pour qu'il lui eût été possible d'en donner avis.

§ 4. — RESPONSABILITÉ DU COMMISSIONNAIRE.

574. — La responsabilité du commissionnaire est, en général (2), plus grande que celle d'un mandataire ordinaire, et cela, pour les deux motifs suivants : 1° Le commissionnaire est un mandataire salarié; 2° le commissionnaire en se présentant comme tel est censé garantir sa capacité pour remplir les actes dépendant de sa profession. Le commissionnaire n'est donc pas, comme l'est souvent le mandataire, choisi par une personne connaissant ou pouvant connaître sa capacité, et qui, par suite, doit, jusqu'à un certain point, s'en prendre à elle-même si elle

(1) Code Esp., art. 134; Code Port., art. 64; Codes Allem. et Autr., art. 361.

(2) Nous disons : *en général*; car si la commission était gratuite, on devrait appliquer les mêmes règles de responsabilité que pour le mandat gratuit, surtout si elle était accomplie par une personne qui n'est pas commissionnaire de profession. Ce cas se présente d'ailleurs rarement.

s'adresse à un incapable, alors surtout que ce dernier n'a pas recherché cette fonction. Le commettant, le plus généralement, ne connaît pas le commissionnaire; il le prend, parce que celui-ci s'offre à sa confiance; il a donc le droit d'attendre de sa part toute la capacité et toute la diligence d'un bon commerçant. C'est donc en prenant pour point de comparaison ce type abstrait d'un bon commerçant, *eines ordentlichen Kaufmanns* (1), qu'on doit contrôler la conduite du commissionnaire. Mais on ne peut exiger davantage. « Mandatarius non tenetur plus opere quam quod ab « aliis mercatoribus in loco ubi exequitur mandatum ob- « servatum est (2). »

Toutes les fois donc que la conduite du commissionnaire n'est pas conforme à ses devoirs, le commettant est en droit, soit de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé (3), soit de laisser l'opération pour le compte du commissionnaire, si, telle qu'elle est, elle ne remplit pas le but qu'il avait en vue, et ne lui est d'aucune utilité. Il est donc certain que le commissionnaire est garant des vices des marchandises qu'il a achetées; et sa responsabilité n'est pas restreinte aux vices apparents et qu'un examen superficiel suffisait à faire découvrir, elle s'étend même aux vices cachés dont une vérification scrupuleuse pouvait seule indiquer l'existence.

575. — C'est au commettant, bien entendu, à prouver que les marchandises qu'il reçoit sont défectueuses. Est-il à cet égard renfermé dans les bornes assez étroites fixées par les art. 105 et 106 C. com.? Est-il nécessaire qu'avant

(1) Code Allem., art. 361 et 367.
(2) Casaregis, Disc. 176, nº 44.
(3) Toutefois le commissionnaire de transports doit l'indemnité pour cause de retard, sans qu'il soit besoin pour le propriétaire d'établir l'existence d'un préjudice.

leur réception, il en fasse constater l'état par des experts nommés par le président du tribunal de commerce ? Il nous semble impossible de le soutenir. Ces règles sont nécessaires et s'expliquent parfaitement pour les avaries occasionnées par la faute du voiturier, et les termes de ces articles montrent bien qu'il s'agit en effet uniquement du débat qui peut intervenir entre le destinataire et le voiturier. Mais elles ne peuvent être appliquées par analogie au cas où la marchandise expédiée est atteinte d'un vice propre 'ou n'est pas conforme à celle réclamée par le commettant. Le commettant a à prouver une faute du commissionnaire, tous les moyens de preuve lui sont permis, et la simple réception sans réserves ne saurait avoir pour effet de le rendre non recevable à présenter des réclamations ultérieures, car il est possible qu'il n'ait pas pu immédiatement constater la qualité et l'état de la marchandise (1). Il faut toutefois observer que si le vice des marchandises était de telle nature qu'il pût y avoir doute sur le point de savoir s'il devait être attribué à leur mauvaise qualité ou s'il provenait de la faute du voiturier, il serait au moins prudent pour le commettant de le faire constater dès l'arrivée et en présence du voiturier, conformément à l'art. 106.

576. — Le défaut de protestation après la constatation opérée ne permettrait plus au commettant de réclamer ou de revenir sur cette acceptation. De même, le silence gardé sur l'avis du commissionnaire annonçant les modifications qu'il avait fait subir au mandat, lui enlèverait le droit de laisser l'opération pour le compte de celui-ci et de lui réclamer des dommages-intérêts. En effet, nous avons vu qu'entre commerçants le défaut de réponse à une lettre

(1) Troplong, nº 400 ; Bédarride, nº 101.

équivaut à ratification, et la ratification couvre les vices de l'exécution.

Les causes qui font cesser la responsabilité sont d'ailleurs les mêmes que dans le mandat; nous y renvoyons [nos 370 et suiv.]. MM. Delamarre et Le Poitvin soutiennent que le commissionnaire, dans le cas de naufrage ou d'incendie, doit sauver la chose du commettant par préférence à la sienne propre, quel que soit le peu de valeur de la première comparée à celle de la seconde. Nous ne voyons aucun motif pour aggraver en ceci la responsabilité du commissionnaire, et nous croyons qu'il convient de lui appliquer sur ce point les mêmes règles qu'au mandataire salarié.

§ 5. — DEL CREDERE.

577. — Le commissionnaire est tenu, soit qu'il agisse en son nom, soit qu'il agisse au nom du commettant, de traiter avec des personnes qui puissent faire honneur à leurs engagements, et il serait certainement en faute s'il vendait à des personnes ne présentant aucune garantie de solvabilité (1). Mais on ne peut exiger davantage et rendre le commissionnaire responsable des changements que la fortune des contractants peut subir entre le moment de la vente et celui du paiement, pas plus qu'on ne peut le rendre garant des apparences de solvabilité présentées par les tiers (2). Nous supposons d'ailleurs que le commissionnaire a agi dans les limites de ses pouvoirs ; car, s'il avait vendu à terme quand il de-

(1) Code Espag., art. 155.

(2) V. le commentaire sur le ch. xx, § 5 du *Guidon*, dans les *Us et coutumes de la mer*, p. 288 de l'édit. de Rouen 1671, et p. 194 de l'édit. d'Amsterdam de 1788. — Toubeau, *Institutes du droit consulaire*, 1682, liv. II, tit. IV, ch. I, p. 520.

vait le faire au comptant, il serait non moins certain qu'il répondrait de l'insolvabilité survenue depuis la vente (1).

578. — Dans tous les cas d'ailleurs où, dans le silence des parties, l'insolvabilité des tiers devrait être aux risques du commettant, une convention spéciale peut très bien la mettre à la charge du commissionnaire. Une convention analogue existait à Rome et était appelée par les interprètes *fidejussio indemnitatis*. Cette convention fut fréquemment employée en Italie au moyen âge, en matière de commission, sous le nom de *del credere*, et de là elle passa dans notre Droit commercial sous le nom de *ducroire*, ainsi que le fait est attesté par Savary (2) et les anciens auteurs qui ont traité du Droit commercial. « Les commis-« sionnaires qui sont par convention expresse faite entre « le commettant et le commissionnaire sont salariez de « double provision, ou double droit de commission, sça-« voir de quatre, cinq ou plus pour cent, ceux-là sont « cautions en leur propre, et tenus de faire toutes les « parties bonnes à leurs commettans, c'est l'usage et la « pratique du négoce des commissions (3). »

Le *ducroire* est donc la convention par laquelle un commissionnaire répond envers son commettant de la solvabilité de ceux avec lesquels il traite, et s'engage à lui

(1) Toubeau, loc. cit.; Code Portug., art. 55; Code Allem., art. 369.

(2) Savary, liv. II, ch. LVII, p. 159 de l'édit. de Paris 1675, et part. II, liv. III, ch. III, p. 233 de l'éd. de Lyon 1701.

(3) *Le Guidon*, loc. cit. ; Boucher, *Institution au Droit maritime*, an XII, ch. XIV, n° 426 ; Straccha, *De mercatura*, tit. *Mandati*, n° 37. — Le ducroire est admis par toutes les législations étrangères, notamment en Angleterre (Russell, p. 2), aux Etats-Unis (Story, § 215, p. 271), en Allemagne (art. 370), en Autriche (art. 370), en Espagne (art. 158), en Danemark (Hindenburg, loc. cit., p. 259).

procurer le paiement à l'échéance, quelle que soit la cause de leur insolvabilité, fût-elle la conséquence d'un cas fortuit. Comme indemnité des risques que court le commissionnaire, il lui est accordé une rétribution spéciale qui est généralement égale au montant de la commission. Quel est le caractère de cette convention ? Aux Etats-Unis on semble la considérer comme un cautionnement : « It « has been sometimes suggested, that this contract ma- « kes the factor the primary debtor to his principal, on « the sale. But this doctrine is unmaintainable, both « upon principle and authority. The true engagement of « the factor, in such cases, is merely to pay the debt, if « it is not punctually discharged by the buyer. In legal « effect, he warrants or guaranties the debt, and thus « he stands more in the character of a surety for the debt, « than as a debtor. Hence it is well established, that he is « not liable to pay the debt, until there has been a de- « fault by the buyer (1). » Dans notre Droit, certains auteurs considèrent la convention de ducroire comme une assurance à prime (2); d'autres la tiennent pour une convention d'une nature spéciale à laquelle toutes les règles de l'assurance ne sauraient être appliquées (3). Il faut dire d'ailleurs que l'on est généralement d'accord sur les conséquences qu'elle entraîne, ce qui réduit à une question de mots le débat que nous venons de signaler. En effet, il est certain que le commettant n'a pas à prouver l'insolvabilité de l'acheteur ni à discuter ses biens, et qu'à l'échéance il peut agir directement contre le commissionnaire. La question ne peut faire de doute lorsque le

(1) Story, § 215, p. 272.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nos 88 et suiv. ; Bédarride, no 139 ; Troplong, no 376.

(3) Alauzet, T. II, no 836.

commissionnaire a vendu en son nom, car c'est à lui seul qu'il appartient de poursuivre l'acheteur. Dès lors, si l'acheteur est solvable, le commissionnaire aura dû au jour de l'échéance lui réclamer le paiement du prix et tenir ce paiement à la disposition du commettant. Si l'acheteur n'a pas payé, c'est qu'il est dans l'impossibilité, soit momentanée, soit absolue, de le faire, et dans tous les cas le commissionnaire a garanti le paiement à l'échéance. C'est donc à lui seulement que le commettant peut s'adresser. Il en est exactement de même dans le cas où le contrat a été fait au nom du commettant ; car même dans ce cas, c'est au commissionnaire à exercer les poursuites et à remettre au commettant à l'échéance le montant de la vente.

La convention de ducroire ne change d'ailleurs en rien les rapports du commissionnaire avec le commettant, et le commissionnaire jouit pour le paiement de tous les délais qu'il a accordés aux tiers par le contrat et dans les limites de son mandat.

579. — Le ducroire mettant à la charge du commissionnaire les risques de l'insolvabilité des débiteurs, peut avoir pour lui des conséquences très graves. On ne peut donc le présumer et il doit être formellement consenti. Nous ne voulons pas dire cependant qu'il faut que, par des termes formels, le commissionnaire ait déclaré promettre la garantie de tous les contrats passés par son entremise. Le consentement, tant qu'il ne s'agit pas d'un contrat solennel, n'est soumis à aucun mode spécial de manifestation, et il suffit que les faits de la cause soient assez précis et concluants pour indiquer d'une manière non équivoque, bien que tacite, la volonté du commissionnaire. Une convention de ducroire pourrait, par exemple, ressortir des habitudes permanentes des parties. La jurisprudence l'a vue également dans le fait par le commissionnaire de recevoir une

commission double du taux ordinaire, et de dissimuler le nom de ceux avec lesquels il contractait, cette circonstance ne permettant pas au commettant de s'assurer de la solvabilité des tiers (1).

580. — De ce que le ducroire est une espèce d'assurance, il en résulte qu'il n'est valable qu'autant qu'il y a des risques à courir. Donc, pas de ducroire possible, si la vente doit être faite au comptant, et si la marchandise ne doit être livrée que contre paiement du prix.

Mais que décider si le commissionnaire autorisé à vendre à terme vend au comptant ; en fait il n'a couru aucun risque, pourra-t-il néanmoins réclamer la double commission ? Les opinions sont très partagées sur ce point. MM. Delamarre et Le Poitvin n'hésitent pas à dire qu'il y aurait un abus si on se prononçait pour l'affirmative, et que ce serait donner au commissionnaire un lucre sans risques (2). Savary était cependant d'un avis contraire : « La seconde chose est de convenir avec les commettans « s'ils demeureront du croire, ou non : c'est-à-dire, s'ils « seront garents de la solvabilité des débiteurs qu'ils « feront en la vente des marchandises ; car en ce cas, il « faut que les commettans payent aux commissionnaires « une plus grande commission, à cause des grands ris- « ques qu'ils courent en faisant les deniers bons, soit que « la marchandise se vende comptant, ou à crédit, parce « qu'il faut que le fort porte le foible, qui est ordinaire- « ment le double ; néanmoins c'est selon qu'ils en sont

(1) Toulouse, 27 nov. 1869 (J. P. 1870, 913). — Bédarride, nos 142 et suiv. ; Alauzet, T. II, no 836 ; Delamarre et Le Poitvin, T. III, no 94 ; Demangeat sur Bravard-Veyrières, p. 246, note 1.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, no 96. — Sic : Alauzet, T. II, no 837 ; Domenget, T. II, no 786.

« convenus avec les commettans (1). » Cette opinion nous semble préférable. En effet le ducroire est un contrat aléatoire. Au moment où il est passé, le commissionnaire s'engage moyennant une prime à garantir le paiement; mais il ignore à quelle échéance il pourra vendre, et par conséquent le temps pendant lequel il restera soumis aux risques. Le contrat existe à ce moment. Plus tard, dans l'exécution de l'ordre, le commissionnaire trouve à traiter au comptant, ce qui annulle ses risques. C'est une chance favorable pour lui, mais qui ne peut avoir pour effet d'annuler le contrat.

Cette solution nous paraît en outre s'accorder avec l'intérêt du commettant. En effet, à prix égal, une vente au comptant est plus avantageuse qu'une vente à terme. Pour diminuer ses risques, le commissionnaire fera donc son possible afin d'obtenir cette vente au comptant, tandis que s'il devait perdre par là son droit de ducroire, il se garderait bien de procurer cet avantage au commettant. Qu'on ne dise pas qu'il préfèrera vendre au comptant à des prix inférieurs, que de vendre à terme à des conditions plus avantageuses; car si véritablement il trahit les intérêts de son commettant, celui-ci a le droit d'en demander réparation.

Faisons observer en dernier lieu que la vente au comptant n'est pas toujours à l'abri de tout risque. La vente au comptant en effet ne suppose pas généralement que le vendeur reçoive d'une main le paiement tandis que de l'autre il remet la marchandise, qu'il ne se dessaisisse que contre le versement des espèces. On traite au comptant lorsque aucun terme précis n'est fixé pour le règlement,

(1) Savary, l. II, ch. LVII, p. 159 de l'éd. de 1675; IIe part., l. III, ch. III, p. 223 de l'éd. de 1701.

bien que peut-être le paiement ne soit réellement effectué qu'au bout d'un certain nombre de jours. Or l'acheteur, dans l'intervalle et après avoir été mis en possession des marchandises, peut faire faillite (1); son apparence de solvabilité peut aussi être trompeuse.

581. — Si la vente a été faite à terme, et qu'ensuite le paiement ait été anticipé moyennant un escompte, il découle du principe que nous avons admis, que le commissionnaire a droit au ducroire sans distinguer si l'escompte a eu lieu au moment de la livraison ou postérieurement (2). Il y a d'autant plus de raison pour le décider ainsi, que le commissionnaire en traitant à terme courait par cela même les risques de l'insolvabilité de l'acheteur, puisque l'escompte est une opération toute volontaire de la part de ce dernier, sur laquelle par conséquent il ne pouvait compter avec certitude. Or cette libération anticipée et volontaire de l'acheteur ne peut avoir pour effet d'enlever au commissionnaire les droits qui lui appartiennent vis-à-vis du commettant par le fait de la vente.

582. — Quant à la question de savoir si l'escompte doit être laissé à la charge du commissionnaire, ou si le commettant n'a droit qu'à la somme escomptée, elle est tout-à-fait indépendante de la précédente. Il n'est pas nécessaire en effet de savoir si le commissionnaire retient ou ne retient pas le *del credere*, ainsi que le pense M. Pardessus (3); il suffit de rechercher si le commettant n'a pas interdit la faculté d'escompter, et si en escomptant le commissionnaire a suivi les usages de la place. Le commettant ne saurait donc avoir le choix que lui laisse cet

(1) Bédarride, nº 147.

(2) Bédarride, nº 148. — Contra : Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 97; Domenget, T. II, nº 787 ; Alauzet, T. II, nº 837.

(3) Pardessus, T. I, nº 569.

auteur, et refuser de recevoir comptant la somme escomptée pour le seul motif qu'il préfère recevoir le paiement intégral à l'échéance fixée. Il est d'ailleurs hors de doute que si le commissionnaire ne tient compte au commettant du prix de la vente qu'à l'échéance, il ne saurait retenir l'escompte puisqu'il a profité des fonds pendant ce temps (1).

§ 6. — REDDITION DE COMPTE.

583. — Il serait à peine besoin de dire que le commissionnaire doit rendre un compte exact et faire raison de la totalité des sommes et des bénéfices qu'il a retirés de l'opération, si, dans la pratique, cette règle n'était souvent méconnue ; et la Cour de Lyon a énergiquement flétri cette fraude qui, paraît-il, était même passée en usage sur cette place (2). D'ailleurs le commissionnaire de profession devant, comme négociant, tenir des livres, peut être obligé à fournir un compte plus détaillé qu'on n'en exigerait d'un mandataire civil, et à l'appui du compte, il doit produire, s'il en est requis, les factures, bordereaux de courtiers et autres pièces justificatives.

A cela on objecte cependant que le commissionnaire se trouve par là réduit à faire connaître au commettant le nom des tiers avec lesquels il contracte, et que ce dernier peut en profiter pour nouer des relations directes avec la clientèle du commissionnaire et se dispenser de payer le droit de commission. Cette considération a paru assez puissante à la Cour de Cassation pour qu'elle reconnaisse au commissionnaire le droit de refuser de faire

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 98 ; Domenget, T. II, nº 787.

(2) Lyon, 23 août 1831 (J. P. à sa date).

connaître au commettant le nom des tiers. Elle admet cependant que les tribunaux peuvent condamner le commissionnaire à donner ces renseignements, si le commettant allègue des dissimulations frauduleuses dans le compte du commissionnaire et si cette communication n'est pas de nature à causer un préjudice à celui-ci (1).

Cette jurisprudence nous semble changer les rôles ; elle arrive à ce résultat inadmissible que ce n'est pas au commissionnaire à justifier de l'exactitude de son compte, mais au commettant à prouver que le compte est infidèle et inexact ; mais comment le commettant pourra-t-il savoir que le commissionnaire n'a pas porté le produit véritable de ses opérations, s'il n'a pas en main les pièces qui lui permettraient le contrôle. La Cour a sans doute raison de vouloir protéger l'industrie des commissionnaires, mais en agissant ainsi, ne met-elle pas dans une certaine mesure à leur discrétion les intérêts du commettant, intérêts tout aussi dignes de protection et de faveur que ceux des autres (2).

Aussi certains Codes étrangers reconnaissent-ils formellement au commettant le droit d'exiger que le nom des tiers contractants lui soit divulgué. Il en est ainsi des Codes Espagnol (art. 156) et Portugais (art. 54). Quant au Code Allemand, l'art. 376 porte que, si en notifiant l'exécution le commissionnaire n'indique pas le nom de l'acheteur ou du vendeur, il est censé être lui-même cet acheteur ou ce vendeur et il peut être actionné par le commettant en cette qualité. Telle est aussi la disposition adoptée par le projet Suisse (art. 454). Il est à remarquer

(1) Req. 7 déc. 1858 (J. P. 1860, 22) et 30 mars 1859 (J. P. 1860, 22). — Pardessus, T. I, nº 564.

(2) Alauzet, T. II, nº 856 ; Demangeat sur Bravard-Veyrières, p. 246, note 2.

que, dans certains cas, le commissionnaire est obligé par quelques législations étrangères à faire connaître le nom de ceux avec lesquels il a traité, même sans aucune demande préalable du commettant : c'est lorsqu'il a vendu à terme. S'il omettait de faire cette déclaration au commettant, il perdrait le bénéfice de ce terme, et serait considéré comme ayant traité au comptant (1). Sur ce point, l'Ordonnance du 26 mai 1739 sur les lettres de change pour la ville de Francfort-sur-le-Mein contenait les dispositions suivantes, qui montrent quelles précautions étaient prises afin d'empêcher le commettant de connaître les débouchés du commissionnaire : Tout commissionnaire qui n'est pas responsable à titre de ducroire et qui a vendu à terme pour une somme de cent rixdalers et au delà, doit indiquer au commettant le nom de l'acheteur dans un billet cacheté, sous peine d'être responsable personnellement du paiement ; tant que le commissionnaire n'est pas en faillite, le commettant ne peut ouvrir ce billet, et dès qu'il a reçu les fonds, il doit le renvoyer cacheté tel qu'il l'a reçu ; sans cela il serait passible de dommages-intérêts (2).

584. — La règle que nous admettons doit-elle fléchir

(1) Code Esp., art. 156 ; Code Port., art. 54 ; Ordonnance de Bilbao, ch. XII, art. 11 ; Hindenburg, loc. cit. p. 257.

(2) « Damit aber in dergleichen Begebenheiten nicht allein,
« sondern auch in dem *Casu*, da derjenige, so solche Commis-
« sions-Waaren erkauffet, fallit worden, aller Streit, Verdacht
« und Zweifel verhütet werde, ob die dem Committenten ange-
« wiesene insolvente und andere *Debitores* in der That diejenige
« seyn, welche seine Waaren bekommen haben ; so sollen in
« Zukunfft alle *Commissarii*, welche nicht *del credere* stehen,
« so offt sie vor ein hundert oder mehr Reichsthaler Commis-
« sions-Waaren an einen Mann auf Zeit verkauffen, ihrem Com-
« mittenten nebst der *Fattura* sothaner verkaufften Waaren

lorsque le commissionnaire est ducroire et garantit le paiement? La négative est certaine ; car la convention de ducroire ne change pas les rapports du commettant et du commissionnaire ; et, dans cette hypothèse, le commettant a un intérêt aussi grand à s'assurer que les marchés ont bien été passés aux conditions portées dans le compte.

585. — Le commissionnaire, lorsqu'il est détenteur de fonds pour le commettant, doit, pour en faire la remise, suivre les habitudes qui existaient à ce sujet entre eux ; à défaut, il doit demander des instructions précises. C'est là un conseil que donne Savary (1), et le commissionnaire a d'autant plus d'intérêt à le suivre, que, s'il le néglige, il peut être déclaré responsable de la perte des fonds arrivée pendant le fait de la remise. Ainsi, s'il expédie des billets de banque, il est responsable de la perte de la lettre qui les contient (2); s'il envoie des lettres de change ou des chèques, il est garant de la solvabilité du débiteur. Mais dès qu'il agit conformément aux instructions qu'il a

« den Namen dessen, der solche erhandelt, in einem verpet-
« schirten Zettel, bei Straff, dass die Zahlung sonst an sie ge-
« fordert werden solle, zusenden, die Committenten aber solchen,
« so lang kein Falliment darzwischen gekommen, oder ihnen
« von ihren *Commissariis* berichtet worden, zu eröffnen nicht
« befugt, sondern, damit sie der *Commissariorum* Auswege
« nicht auskundschafften, und an sich ziehen, bey richtigen Ein-
« gang der Gelder jedesmahlen ohnerbrochen zurück zu schick-
« en angewiesen, auch, dafern sie diesem zuwider handlen
« würden, denen *Commissariis* billigmässige Satisfaction zu
« thun schuldig seyn. » (*Des Heiligen Reichs Stadt Frankfurt am Mayn erneuerte und vermehrte Ordnung in Wechsel- und Kaufmannsgeschäften vom Jahre 1739*, § 53. Edit. officielle de 1845, p. 39 et 40).

(1) Savary, l. II, ch. LVII, p. 160 de l'éd. de 1675, et IIe part. l. III, ch. III, p. 223 de l'éd. de 1701.

(2) Lyon, 16 mars 1854 (J. P. 1854, 1, 570.)

reçues, il ne répond pas de la force majeure. Savary le constate pour la lettre de change : « Il est constant, et « c'est une maxime parmi les négociants, que lorsqu'un « commettant a donné l'ordre à un commissionnaire de « lui remettre des lettres de change, qu'elles sont à ses « risques, périls et fortunes (1). » L'art. 64 du Code Portugais donne une décision analogue pour les envois de numéraire (2). Le commissionnaire autorisé à envoyer des billets de banque, peut-il néanmoins se prétendre libéré de toute responsabilité par cela seul qu'il a déposé la lettre à la poste ? Cela ne suffit pas, suivant nous ; le commissionnaire doit prendre toutes les mesures de précaution usitées en pareil cas pour garantir au destinataire l'exacte remise de la lettre, et, dans le cas de perte, le remboursement des valeurs (3). Le commissionnaire ne pourrait s'en dispenser sans l'assentiment du commettant, soit formel, soit résultant tacitement du silence gardé par lui antérieurement dans des cas semblables (4).

(1) Savary, *loc. cit.*

(2) « Os riscos occurrentes na devoluçâo de fundos, que so« bram em poder do commissario, cumprida a commissâo, cor« rem por conta do committente, salvo se o commissario se des« viou das ordens e instrucçôes na remessa. » V. aussi Ordonnance de Bilbao, ch. XII, art. 14.

(3) Dijon, 17 avril 1873 (J. P. 1874, 485). — V. cep. Paris, 11 août 1842 (J. P. 1843, 1, 133).

(4) V. aussi un arrêt d'Aix dont le pourvoi a été rejeté par la Chambre des Requêtes le 10 août 1870 (J. P. 1872, 544), et qui exagère, suivant nous, la responsabilité du commissionnaire.

SECTION II.

GARANTIES ATTACHÉES AUX DROITS DU COMMETTANT.

§ 1er. — SOLIDARITÉ.

586. — En Droit civil, l'art. 1995, faisant l'application au mandat d'un principe général, dispose que, entre plusieurs mandataires chargés de la même opération, il n'y a de solidarité qu'autant qu'elle est exprimée. En est-il de même entre commissionnaires ? Nous ne nous occupons pas du cas où la commission est donnée à une société commerciale ; car il n'y a pas alors autant de commissionnaires que d'associés, il n'y en a qu'un, c'est l'être moral, la société, et les associés sont tenus exactement de la même manière que pour tout autre contrat intéressant la société. Nous supposons que la commission a été donnée soit à deux ou plusieurs sociétés, soit à deux ou plusieurs personnes entre lesquelles n'existe pas de société.

Malheureusement, le Code de commerce traite de la commission d'une façon très incomplète, et en particulier ne s'explique pas sur ce point. Aussi deux opinions se trouvent-elles en présence, l'une déclarant que dans le commerce la solidarité est la règle générale (1), l'autre soutenant au contraire que, tout aussi bien qu'en matière civile, la solidarité est l'exception et n'est jamais présumée, de sorte que, dans le silence du Code de commerce, il

(1) Delamarre et Lepoitvin, T. III, nº 39 ; Troplong, nº 497.

faut se reporter aux dispositions de l'art. 1995 C. civ. (1).

587. — Cette deuxième opinion nous semble préférable ; car si la solidarité était vraiment la règle générale en matière de commerce, qu'était-il besoin au Code de commerce, dans l'art. 340, de l'attacher expressément aux engagements qui découlent des lettres de change. Ne résulte-il pas aussi de l'art. 22 du même Code, qui n'est que la confirmation de l'art. 1862 du Code civil et qui déclare solidaires les engagements pris par plusieurs personnes associées entre elles, que si les engagements ont été contractés en dehors de toute société, il n'y a pas de solidarité ?

Certainement il n'est pas nécessaire que la convention de solidarité soit expresse. C'est avant tout l'intention des parties qu'il faut consulter ; et les juges peuvent la tirer de la nature de l'opération et des arrangements pris entre les commissionnaires et le commettant pour l'exécution ; nul doute que s'il en ressort l'existence d'une association ou d'une société de fait entre les commissionnaires, ils ne doivent être considérés comme tenus solidairement. En résumé, la solidarité ne doit pas être présumée par cela seul qu'une commission a été acceptée conjointement par deux personnes ; mais le commettant peut prouver par tous moyens de preuves que la solidarité était dans l'intention des parties et convenue tacitement (2).

(1) Massé, T. III, nos 1909 et suiv. ; Alauzet, T. II, no 861 et T. III, nos 1181 et suiv.; Domenget, T. I, nos 337 et suiv.; T. II, no 791 ; Bravard-Veyrières, p. 234.

(3) Aux Etats-Unis, la solidarité existe de droit entre les commissionnaires ou facteurs (Story, § 232, p. 291). Dans la législation Allemande, la solidarité est de droit commun en matière commerciale. « Wenn zwei oder mehrere Personen einem « Andern gegenüber in einem Geschäft welches auf ihrer Seite « ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung

§ 2. — REVENDICATION.

588. — La consignation ne faisant perdre aucun des droits de propriété du commettant sur la marchandise, il conserve donc le droit de la revendiquer, tant que la propriété n'en a pas été transférée à des tiers de bonne foi, sous la réserve cependant des droits du commissionnaire qui peut empêcher cette revendication dans certains cas que nous verrons plus loin.

589. — Le commettant a-t-il les mêmes droits de revendication sur les marchandises qui ont été achetées pour son compte? Lorsque l'achat a été fait au nom du commettant, il est hors de doute que la revendication est possible. Mais, le plus généralement, le commissionnaire agit en son propre nom; dans ce cas aussi la propriété est transmise directement au commettant, parce que l'intention du commissionnaire n'est pas de se rendre acquéreur pour lui-même (1). La difficulté est donc de prouver que l'achat a eu lieu pour le compte du commettant, si le commissionnaire de mauvaise foi et insolvable refuse de le reconnaître.

Cette preuve qui est à la charge du commettant peut être faite par tous les moyens ordinaires, titres, témoins et présomptions. La présomption la plus grave et la plus simple à établir, est celle qui résulte de la production de l'ordre d'achat et de l'acceptation de la commission, soit

« eingegangen sind, so sind sie als Solidarschuldner zu betrach-
« ten, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Glaübiger
« das Gegentheil ergiebt.» (art. 280).

(1) « Kommissionæren bliver ikke Eier af Varerne, uagtet Tre-
« diemands Villie er rettet paa at gjöre ham dertil; thi Kommis-
« sionæren har ikke til Hensigt at erhverve Eiendomsretten over
« Varerne for sig selv, men for Kommittenten. » Hindenburg, loc. cit., p. 253.

expresse, soit résultant tacitement du défaut de réponse. L'achat fait postérieurement et conformément à cet ordre serait nécessairement considéré comme destiné à l'accomplir et fait par conséquent pour le compte du commettant, la fraude du commissionnaire ne pouvant être présumée. Ce serait à celui-ci à repousser cette présomption en prouvant que l'achat a bien été fait réellement pour son propre compte, ou pour le compte d'une personne autre que le commettant. « In dubio autem censetur emisse virtute præcedentis mandati, et sic procuratorio nomine (1). »

590. — La revendication ne pouvant porter que sur les choses dont on est propriétaire, il faut en second lieu que l'on établisse ses droits à la propriété de chacune des choses qui sont revendiquées, en un mot qu'ils s'agisse de choses individualisées et munies d'un signe distinctif. Si les marchandises consignées ou achetées sont les seules de cette nature qui se trouvent et doivent se trouver dans les magasins du commissionnaire, la revendication en est possible sans autre justification. Mais si elles se trouvent comprises parmi d'autres et que le commettant n'en puisse faire la distinction, soit au moyen des marques et numéros, soit par témoins, par les livres, etc., il est simplement créancier d'une quantité, et par suite la revendication n'est pas possible.

591. — La revendication est un droit précieux pour le commettant surtout dans le cas de faillite du commissionnaire. Aussi le Code de commerce a-t-il consacré plusieurs articles à cette matière importante.

La revendication peut porter : 1° sur des effets de com-

(1) Rote de Gênes, décis. 67 ; Casaregis, Disc. 161, n° 6. — V. cep. Code Portug., art. 776 et 777.

merce, 2° sur des marchandises, 3° sur le prix de ces marchandises.

A. — Revendication des effets de commerce.

592. — Le commettant peut revendiquer les effets de commerce et tous autres titres qu'il a confiés au commissionnaire soit afin de les encaisser pour son compte et en tenir les fonds à sa disposition, soit pour en employer la valeur en achats et autres opérations dont il l'a chargé (1). Si, au lieu d'effets de commerce, le commettant avait remis dans ce but des espèces métalliques, la revendication en serait impossible parce que le plus souvent elles seraient confondues avec celles du commissionnaire. Elle ne pourrait même avoir lieu si cet argent se trouvait séparé dans la caisse du failli avec une marque distinctive, parce que celui-ci en est devenu propriétaire et est seulement débiteur de la somme.

593. — Pour que la revendication des effets de commerce puisse avoir lieu, il faut que le commettant ait entendu en garder la propriété, c'est-à-dire : 1° qu'il ne les ait pas transmis en vertu d'un endossement régulier, bien que cependant on ne puisse mettre en doute l'existence du droit de revendication s'il est prouvé que la valeur n'a jamais été fournie et qu'il y avait simple mandat (2); 2° qu'il ne les ait pas remis en compte-courant, par un endóssement soit régulier soit même irrégulier ; car les effets envoyés pour figurer dans un compte-courant deviennent immédiatement la propriété de celui à qui ils

(1) Codé Belge, art. 566 ; Code Espagn., art. 1114 ; Code Hollandais, art. 242 ; Code Italien, art. 687.

(2) Alauzet, T. VI, n° 2823 ; Pardessus, n° 1285 ; Bédarride, n° 1109. — Req. 12 mars 1867 (J. P. 1868, 179).

sont adressés, à la seule charge pour celui-ci d'en porter la valeur au crédit du remettant (1). C'est pour ce motif que ces mots figurent dans l'art. 574 : « lorsque « ces remises auront été faites par le propriétaire avec « le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en « garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront « été de sa part spécialement affectées à des paiements « déterminés. » Le Code Hollandais fait cependant une exception à ce principe : il permet la revendication des effets entrés dans un compte-courant, lorsque celui qui les a remis n'était pas débiteur du failli à l'époque des remises, et ne l'est pas devenu postérieurement (2). Nous ne pensons pas qu'une pareille décision puisse être donnée dans notre Droit; car n'y eût-il aucune somme portée au débit du déposant dans le compte-courant, il n'en est pas moins vrai que, de la part de celui-ci, il y a eu intention de se dessaisir irrévocablement de l'effet et de se constituer simple créancier de sa valeur. Il doit donc venir au marc le franc de sa créance comme tout autre créancier (3).

594. — La revendication est soumise aussi à cette condition que les effets n'aient pas été payés et qu'ils se trouvent en nature dans le portefeuille du failli, c'est-à-dire

(1) Laroque-Sayssinel, *Des faillites et banqueroutes*, T. II, p. 602; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 329; Alauzet, T. VI, nº 2824. — Req. 14 mai 1862 (J.P. 1863, 185); Colmar, 3 août 1864 (J. P. 1864, 1191).

(2) « Ook buiten het geval van bestemming of acceptatie, bij « het vorige artikel vermeld, kunnen de aan den failliet overge- « maakte wisselbrieven, of het handels- of ander papier, worden « teruggevorderd, al ware een of ander op eene rekening-cou- « rant gebragt, mits de zender, ten tijde der overmaking, of « daarna, voor geenerlei som hoegenaamd schuldenaar van den « failliet zij geweest, daaronder niet begrepen de onkosten « welke op de overmaking gevallen zijn. » (art. 243).

(3) Alauzet, T. VI, nº 2824.

que le failli ne les ait pas négociés, car la simple remise à un agent de change ou à un courtier pour en opérer l'encaissement, ne mettrait pas obstacle à la revendication. La revendication contre les tiers détenteurs en vertu d'un transfert ou endossement régulier, ne serait admise que dans le cas de fraude concertée entre ces tiers et le commissionnaire, ou si ce transfert avait été fait à une époque où le failli n'avait plus la faculté d'aliéner, c'est-à-dire postérieurement au jugement déclaratif de faillite. La revendication serait-elle admise si, le commissionnaire ayant négocié les effets, ils lui étaient retournés pour défaut de paiement? Le doute n'est pas possible; la négociation n'ayant pas abouti, les choses se retrouvent dans le même état qu'auparavant. Le paiement partiel de l'effet n'enlève pas non plus le droit de revendication. Les paiements sont certainement valables, mais le commettant conserve ses droits pour le surplus (1).

B. — Revendication des marchandises.

595. — Bien que l'art. 575 C. com. ne parle que des marchandises consignées à titre de dépôt, ou pour être vendues pour le compte du propriétaire, il est certain que la revendication s'applique aussi aux marchandises achetées en vertu de la commission. Nous avons dit à quelles conditions cependant cette revendication est soumise.

596. — Comme condition de la revendication, l'art. 575 exige que les marchandises se trouvent *en nature* dans les mains du failli. Ces mots s'appliquent nécessairement à l'hypothèse où le commissionnaire s'est dessaisi par suite de la vente des marchandises consignées. Les marchandises n'existant plus entre ses mains, la revendication n'en

(1) Laroque-Sayssinel, T. II, p. 600; Alauzet, T. VI, nº 2823.

peut être faite. Cependant il est possible que le droit de revendication existe pour le commettant alors même que le commissionnaire n'a plus la détention matérielle des marchandises, et qu'au contraire il ne puisse être exercé bien que physiquement les marchandises soient encore en la possession de celui-ci. En effet la simple remise faite à un tiers pour qu'il conserve la marchandise dans ses magasins, et même la remise faite à titre de gage, ne font pas obstacle à la revendication, pourvu toutefois que le commettant rembourse au tiers détenteur le montant des frais de magasinage dans le premier cas, la totalité de la créance garantie dans le second (1). Mais la revendication serait impossible contre un acheteur de bonne foi, encore bien que la vente eût été faite contrairement au mandat, car il a pour se couvrir le principe que, en fait de meubles, la possession vaut titre (2).

En sens inverse, le commettant ne pourrait réclamer

(1) Dans le Droit Anglais, ce droit est reconnu au commettant, par les *Acts* suivants : 4 Geo. 4, c. 83 (18 juillet 1823) § 3 ; 6 Geo. 4, c. 94 (5 juillet 1825) § 6 ; 5 et 6 Vict. c. 39 (30 juin 1842) § 7.

(2) Cette solution est admise en pareil cas, même par les législations qui, en général, admettent la revendication des meubles entre les mains des tiers de bonne foi. Il en est ainsi en Angleterre en vertu des statuts que nous venons de citer, et ce droit a été confirmé par un statut du 10 août 1877 (40 et 41 Vict. ch. 39). Il en est de même en Danemark (Voir Hindenburg, *loc. cit.*, p. 255). L'Ordonnance du 26 mai 1739 sur les lettres de change pour la ville de Francfort-sur-le-Mein portait également : « Da solche Waaren in der Concurs-*Massa* nicht mehr befindlich « sind, sondern der Fallit dieselbe einem *tertio* gegen würcklich « erhaltene Zahlung weiter verkaufft oder versetzet hat, an « diesen keinen Anspruch machen können, wofern er nicht « erweiset, dass derselbe *in mala fide* versire, oder betrüglich « hierunter gehandelt habe. » (*Wechsel- und Merkantil-Ordnung der Freien Stadt Frankfurt*, § LI. Edit. offic. de 1845, p. 39).

entre les mains du commissionnaire failli les marchandises dont il aurait opéré la vente mais non encore la livraison, la vente faite dans les limites du mandat étant obligatoire pour le commettant. Si le commissionnaire avait outrepassé ses pouvoirs, la vente étant nulle à l'égard du commettant, ce dernier serait en droit de s'opposer à la livraison des marchandises; l'acheteur en pareil cas n'a aucun droit sur les marchandises, puisqu'il a acheté *a non domino*, et la seule chose qui pourrait faire sa sauvegarde à l'encontre du véritable propriétaire, la possession, lui fait défaut (1).

597. — Par ces mots *en nature*, l'art. 575 du Code de commerce a voulu aussi soumettre la revendication à la constatation de l'identité des marchandises. Il faut donc que les marchandises n'aient pas été transformées par le fait de l'homme depuis la consignation, au point que leur nature et leurs qualités se trouvent complétement modifiées (2).

598. — Il en ressort également que si le commissionnaire avait, sans mandat à cet effet, vendu les marchandises consignées et en avait acheté d'autres avec le prix provenant de cette vente, ou s'il les avait échangées contre des marchandises de même espèce, la revendication ne pourrait en être admise, encore bien qu'il fût certain que ces nouvelles marchandises représentent exactement les anciennes et par suite proviennent indirectement de la consignation, puisque sans cette consignation elles ne se trouveraient pas entre les mains du failli (3).

(1) Pardessus, nº 1274; Bédarride, nº 1127; Alauzet, T. VI, nº 2826; Laroque-Sayssinel, sur l'art. 575, nº 7.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nºs 210 et suiv. — Cpr. Alauzet, T. VI, nº 2827.

(3) Alauzet, T. VI, nº 2826; Pardessus, nº 1274; Bédarride, nº 1127.

La législation des Etats-Unis sur ce point est différente de la nôtre. « It will make no difference, in law, as, in-« deed, it does not in reason, what change of form, dif-« ferent from the original, the property may have under-« gone, whether it be changed into promissory notes or « other securities, or into merchandise, or into stock, « or into money. For the product of the substitute for the « original thing still follows the nature of the thing itself, « as long as it can be ascertained to be such ; and the right « only ceases, when the means of ascertainment fail (1). » Cette jurisprudence semble au premier abord plus équitable que la nôtre, car il est évident que, sans la consignation, les marchandises qui se trouvent actuellement entre les mains du commissionnaire n'y existeraient pas. Donc il paraît juste que le commettant puisse seul les réclamer, et que les autres créanciers ne doivent rien y prétendre. Cependant le système de notre Code nous paraît préférable.

D'abord, au point de vue du Droit strict, le système du Code est incontestablement le meilleur. La revendication suppose la propriété, et le commettant n'a jamais été propriétaire des marchandises acquises par le commissionnaire en son nom propre et sans mandat. Au point de vue de l'équité, notre sentiment est le même. En effet, ce semblant d'équité que présente le système du Droit Anglais et Américain n'existe plus quand on examine plus attentivement la question. Il est vrai que l'existence des marchandises entre les mains du failli est due à la consignation faite par le commettant, mais la position d'un certain nombre au moins des créanciers ne peut-elle

(1) Story, § 229, p. 288. — V. aussi : Colfavru, *Le Droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 560.

pas être la même ? Un tel est créancier de la faillite parce qu'il a prêté au failli des fonds avec lesquels celui-ci a acheté telle maison ; sans ce prêt la maison ne ferait pas partie de l'actif de la faillite et cependant le Droit Anglais et Américain lui-même ne donnerait pas au prêteur la faculté de s'approprier par préférence la valeur de la maison (1). C'est qu'en effet, en matière de faillite, ainsi que le constate Savary, « chacun tasche de se « tirer de perte autant qu'il peut (2), » de sorte que permettre de rechercher l'origine des faits par suite desquels chaque objet se trouve en la possession du failli, ce serait ouvrir la porte à des procès et à des contestations sans nombre; ce serait aussi un préjudice causé à tous les autres débiteurs en général, qui auraient le droit de se prévaloir du principe que ce qui appartient à une personne forme le gage de tous ses créanciers, de sorte qu'à moins d'un privilège établi par la loi ou d'une hypothèque régulièrement constituée, chacun d'eux a un droit égal sur l'ensemble des biens. Accorder au commettant un droit que l'on refuse aux autres créanciers serait donc injuste. Le commettant est un créancier ordinaire qui doit supporter les risques de l'insolvabilité de son débiteur.

C. — Revendication du prix des marchandises.

599. — Lorsque les marchandises ont été vendues par le commissionnaire, mais non payées, le commettant peut revendiquer le prix entre les mains de l'acquéreur, en d'autres termes il est subrogé légalement à l'action en paiement. Cette disposition est toute naturelle, l'actif de la faillite ne pouvant comprendre des créances qui n'appar-

(1) Story, loc. cit.
(2) Savary, 5e éd. 1701, part. II, l. IV, ch. III, p. 316.

tiennent pas au failli en propriété, mais simplement à titre de mandataire. La convention de ducroire ne ferait pas obstacle à cette subrogation puisqu'elle ne modifie en rien les rapports du commissionnaire avec le commettant ; elle ne constitue qu'une garantie de paiement de la part du commissionnaire, et ne lui confère aucun droit de propriété sur les marchandises. Cette question, qui n'est pas prévue par notre Code, est résolue en ce sens par une disposition formelle de l'art. 915 du Code Portugais (1), et de l'art. 240 du Code des Pays-Bas (2). Il est à remarquer cependant que, d'après le réglement sur les faillites du 31 août 1753 pour la ville libre de Hambourg, le commettant n'avait ce droit que si le commissionnaire n'était pas responsable du paiement ; si le ducroire avait été stipulé, le commettant n'avait qu'un simple droit de créance chirographaire sur la faillite (Ch. I, art. 26).

600. — Cette revendication étant une subrogation aux droits du commissionnaire contre l'acheteur, ne peut avoir lieu qu'autant que ces droits existent encore, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été éteints soit par un jugement, soit par une compensation en compte-courant, soit par une dation en paiement emportant novation. Tel serait le cas

(1) « O committente ou dono de fazendas consignadas a com-
« missâo tem direito a reivindical-as, estendo na mâo do com-
« missario ou consignatorio quebrado ; e a reivindicar o seu pre-
« ço, achando-se vendidas, mas nâo pagas, mesmo no caso de
« o commissario haver carregado *del credere* garantindo a sol-
« vabilidade dos compradores. »

(2) « Hetzelfde regt van terugvordering heeft plaats, ten aan-
« zien van den koopprijs van in commissie gegeven en door
« den commissionnair verkochte en geleverde goederen, voor
« zoo ver de kopprijs niet voor diens faillissement mogt zijn
« gekweten, al ware het dat det commissionnair eenig voordeel
« had berekend, als waarborg voor den kooper, of voor het
« zoogenaamd *del credere*. »

par exemple où le commissionnaire aurait accepté en paiement des effets de commerce moyennant quoi il aurait donné quittance pure et simple à l'acheteur; l'acheteur est alors valablement libéré et le commettant ne pourrait réclamer un second paiement. Quant à réclamer ces effets eux-mêmes dans la faillite du commissionnaire, le commettant le pourrait sans doute s'ils avaient été endossés à son nom ; sinon, il ne peut prétendre à aucun droit exclusif sur eux, car les créances constatées par ces effets ont une origine bien distincte de la dette de l'acheteur. Sans doute si ces effets ne sont pas payés, on aura un recours contre celui-ci; toutefois ce ne sera pas comme acheteur, mais comme endosseur ou tireur de l'effet. Cependant aux Etats-Unis, le droit de revendication est reconnu au commettant, dès qu'on peut établir la provenance de ces effets entre les mains du failli (1). D'après la législation danoise, ce droit lui appartient également, lorsque le commissionnaire a agi conformément aux usages ou aux instructions qu'il avait reçues; dans le cas contraire il y a controverse ; en effet, dit un jurisconsulte Danois, lorsque le commissionnaire a traité à ses risques et périls et qu'on peut croire que le commettant n'aurait pas approuvé cette manière d'agir, mais l'aurait rendu responsable s'il avait été solvable, il semble inadmissible que le commettant puisse retirer un avantage d'une ratification qu'il n'aurait pas donnée si le commissionnaire n'avait pas fait faillite (2).

(1) Story, § 231, p. 290.

(2) « Det forstaaer sig, at naar Trediemand har betalt Kommis-
« sionæren ikke med kontante Penge, men med Vexler eller
« Pengeeffekter, maa disse ansees at tilhöre Kommittenten og
« kunne vindiceres af denne. Dette vil neppe blive bestridt, naar
« Kommissionæren ved at modtage Betaling paa den angivne
« Maade har handlet i Overensstemmelse med Skik og Brug

601. — Il faut distinguer de ce cas, celui où l'acheteur a souscrit en faveur du commissionnaire des billets payables par lui-même. Ce fait ne constitue pas à proprement parler une novation de la créance. A l'égard du vendeur, l'acheteur est toujours débiteur du prix, et les billets n'ont d'autre résultat que de fixer l'époque du paiement, tout en permettant au créancier de se procurer immédiatement, en les négociant, des fonds avant l'échéance. Si le commissionnaire a négocié ces billets, le commettant est privé de son recours contre l'acheteur, parce que celui-ci se trouve obligé envers le porteur; autrement, il serait exposé à payer deux fois.

Si les billets sont restés entre les mains du failli, le commettant peut-il les revendiquer? L'art. 575 pris à la lettre le lui refuse. MM. Delamarre et Lepoitvin reconnaissent que la disposition de cet article « semble résis-« ter au droit et à l'équité (1). » Cependant, quoique l'intention de la loi leur soit inconnue, le texte leur semble trop clair pour qu'on puisse en éluder l'application. L'iniquité de cette disposition ainsi entendue, est tellement évidente qu'il nous semble impossible que tel soit le sens de cet article. En effet, que constatent ces billets? simplement l'obligation prise par l'acheteur de payer la marchandise à telle époque ; c'est la reconnaissance écrite de

« eller den ham meddelte Ordre. Men dersom dette ikke er Til-
« fældet, kan Tvivl opstaae. Thi da Kommissionæren ved en
« saadan Fremgangsmaade handler paa sin egen Risiko, og da
« det kan forudsættes, at Kommittenten ikke vilde have billi-
« get en saadan Ordning, men gjort Kommissionæren ansvar-
« lig, om denne havde været solvent, synes det urimeligt, at
« Kommittenten skulde have Fordel af en Billigelse, som han
« neppe vilde have givet, dersom Kommissionæren ikke var
« gaaet fallit. » Hindenburg, *Om Kommissionskontrakten*, p. 265.

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 218.

la dette avec promesse de la payer ; et alors que si l'acheteur n'avait donné d'autres preuves de sa dette que celles qui peuvent résulter des registres ou de la correspondance le commettant aurait pu revendiquer la créance, par ce seul fait que l'acheteur aura écrit sur un papier spécial : je paierai à telle époque à l'ordre de telle personne telle somme montant des marchandises que j'ai achetées (car tel est le sens des mots *valeur en marchandises*), le commettant se verra déchu du droit d'exercer cette créance ? N'est-ce pas toujours le prix des marchandises que doit payer l'acheteur, et si dans un cas on reconnaît que la faillite n'a rien à y prétendre, pourquoi l'autoriser dans l'autre cas à y exercer un droit exclusif ? Si on consulte notre ancien Droit, on peut voir que l'opinion générale, notamment celle de Savary, était conforme à notre système. « Ce sera même la seureté des commettans, car s'il « arrivoit par malheur que les commissionnaires vinssent « à faire faillite, il est certain que les commettans pour- « roient réclamer et revendiquer les sommes deües par « les débiteurs, parce qu'elles se trouveroient écrites « sur leurs journaux pour leur compte, et non pour « celui des commissionnaires, qui ne font en cela qu'of- « fice d'amis envers les commettans en la vente de leurs « marchandises qu'ils font pour le compte des commet- « tans, et non pour le leur, quand même il se trouve- « roit y avoir des billets conceus au nom des commis- « sionnaires, pourveu qu'ils portassent *pour marchan- « dises vendues ce jour-d'huy* ; parce qu'y ayant rela- « tion du jour de la vente des marchandises à celui du « datte que les billets auroient esté faits, il ne peut y avoir « aucune difficulté, et les billets doivent estre rendus « aux commettans ; cela ayant toûjours esté jugé en leur « faveur (1). »

(1) Savary, Edit. de 1761, part II, liv. III, ch. III, p. 227.

Il nous semble donc que l'art. 575 C. civ. a voulu indiquer, comme empêchant la revendication, les causes ordinaires d'extinction des obligations, le paiement, la *novation*, la compensation, et que ces mots *réglé en valeurs* doivent être entendus en ce sens : nové par la dation de valeurs en paiement (1).

602. — Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur la question précédente, il est certain que la remise par l'acheteur d'un simple bon sur son banquier ne ferait aucunement obstacle à la revendication du commettant ; ce bon ne constituant qu'un mandat, essentiellement révocable, d'aller recevoir le paiement chez un tiers dépositaire des fonds (2).

603. — On ne saurait non plus mettre en doute que l'existence de traites tirées sur l'acheteur par le commissionnaire et non encore mises dans la circulation au moment de sa faillite, n'enlèveraient pas au commettant le droit de revendiquer le prix ; car il reste encore dû et rien ne l'a éteint. Mais si avant la faillite elles avaient été transmises à des tiers, la créance n'appartenant plus au commissionnaire, il ne peut plus être question de subrogation à ses droits.

604. — Est-il nécessaire, pour empêcher la revendication du prix par le commettant, que le prix soit compensé en *compte courant* ; toute autre compensation ne produirait-elle pas le même effet ? MM. Delamarre et Le Poitvin admettent que ces mots de l'art. 575 ne doivent pas être entendus strictement à la lettre et que la compensation peut résulter d'une convention ou d'un jugement. Mais,

(1) Cpr. Alauzet, T. VI, nº 2829 ; Pardessus, nº 1282 ; Bédarride, nº 1134. — Code Esp., art. 1113-7º ; Code Russe, art. 1445 ; Code Hollandais, art. 236.

(2) Req. 27 juill. 1858 (J. P. 1859, 646).

suivant ces auteurs, il ne peut s'agir d'une compensation légale s'opérant de plein droit dans le sens de l'art. 1290 du Code civil. Il s'agit ici, disent-ils, d'une compensation particulière et spéciale au Droit commercial, car jamais en Droit civil on n'a admis qu'une dette pût être compensée avec la créance d'autrui ; s'il en est ainsi en matière commerciale, c'est qu'il est nécessaire à l'intérêt du commerce que les conventions conclues de bonne foi soient irrévocables (1).

Cette argumentation ne nous semble pas très exacte et nous ne voyons pas en quoi cette compensation avec la *créance d'autrui* est spéciale au Droit commercial. Dès qu'un mandataire agit en son nom en matière civile, il en est exactement de même. En effet, si à l'égard du mandant ou du commettant la créance n'appartient pas au mandataire ou au commissionnaire, à l'égard des tiers il en est autrement; ils ne connaissent que le commissionnaire qui a traité avec eux et ils n'ont pas à s'enquérir à quel titre il le fait; le commettant est pour eux un étranger. L'art. 1290 du Code civil est donc nécessairement applicable, de même que s'il s'agissait d'une créance personnelle au commissionnaire. La compensation, de quelque manière qu'elle s'opère et quelle que soit l'origine des créances et des dettes réciproques du tiers et du commissionnaire, éteint donc l'action en paiement des marchandises et par suite la revendication.

605. — La revendication du prix entre les mains de l'acheteur peut aussi se trouver empêchée par suite de circonstances résultant des rapports entre le commettant et le commissionnaire; ces circonstances sont d'ailleurs

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nos 59 et suiv.; Domenget, T. II, no 818.

les mêmes que celles qui sont prévues par l'art. 575 C. com.; ce sont toutes celles, en un mot, dans lesquelles le commissionnaire a désintéressé le commettant, soit qu'il lui ait versé par anticipation le montant de la vente, soit qu'un compte-courant existant entre eux le commettant ait porté ce prix au débit du commissionnaire, ou qu'une compensation se soit effectuée entre eux n'importe pour quelle cause, soit enfin que le commissionnaire ait réglé avec lui en valeurs. Toutefois on ne devrait, dans ce dernier cas, considérer le commettant comme déchu du droit de revendication que s'il était bien établi qu'il a entendu, en quittançant ses comptes, se contenter de ces valeurs pour tout recours et affranchir le commissionnaire de toute garantie pour les risques du recouvrement. Car si le commissionnaire avait simplement souscrit en sa faveur des lettres de change ou des chèques pour le montant des ventes, ces effets ne le libérant de l'obligation de restituer le prix des marchandises que s'ils sont payés à l'échéance, dans le cas où ce paiement ne serait pas effectué, le commettant serait en droit d'exercer son recours sur le prix dû par l'acheteur (1).

606. — En examinant ces différents cas de revendication, nous avons supposé que les actes passés par le failli l'ont été pendant le temps de sa capacité. Il est clair que si par exemple les effets de commerce envoyés par le commettant pour l'encaissement ont été négociés postérieurement à la faillite, le commettant est en droit de les revendiquer même entre les mains des tiers de bonne foi, puisque la faillite enlève le droit de disposer (2). De même aussi, bien que le prix des marchandises une fois payé

(1) Pardessus, nº 1282; Bédarride, nºs 1134 et 1135.
(2) Civ. rej. 24 juin 1834 (J. P. à sa date).

ne puisse être revendiqué entre les mains du commissionnaire, toutefois si ce paiement avait été fait depuis la faillite, la commission se trouvant éteinte, le syndic en recevant ces sommes, alors qu'elles n'étaient pas dues à la faillite, serait considéré comme le *negotiorum gestor* du commettant et par suite tenu personnellement de les restituer (1).

SECTION III.

OBLIGATIONS DU COMMETTANT.

607. — Le commettant doit :

1° Exécuter ses engagements envers le commissionnaire, c'est-à-dire lui fournir tout ce qu'il s'était obligé à lui remettre pour l'exécution du mandat, par exemple les sommes nécessaires. A défaut de convention spéciale résultant soit d'un accord exprès, soit des habitudes des parties, c'est au commettant à fournir les fonds ; le commissionnaire n'est pas tenu d'en faire l'avance (2).

2° Recevoir l'opération si elle est exécutée conformément au mandat. Si le commettant refusait d'accepter les marchandises qu'il avait chargé le commissionnaire de lui acheter, celui-ci serait en droit de les vendre et de faire supporter au commettant la différence entre le montant de ses avances et de sa commission, et le produit de cette vente.

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 214.
(2) Casaregis, Disc. 56, n° 44; Cod. Espag. art. 124.

3° Rembourser les avances et les frais légitimement dus, ainsi que les intérêts à partir du jour de l'avance, au taux légal de six pour cent (1).

4° L'indemniser des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion.

608. — 5° L'indemniser des engagements personnels qu'il a contractés pour son compte. Le commissionnaire agissant généralement en son propre nom, s'oblige seul envers les tiers ; il est donc important de savoir de quel recours jouit le commissionnaire pour être garanti contre leurs poursuites. Si les engagements ont été contractés à terme il est évident que le commissionnaire ne peut exiger immédiatement de son commettant le versement de la somme due, car ce dernier doit profiter de tous les avantages du contrat. La garantie à laquelle a droit le commissionnaire peut résulter, comme nous l'avons vu en Droit romain, soit d'une novation, le commettant se constituant le débiteur direct des tiers, ce qui déchargerait complètement le commissionnaire, soit d'une caution ou d'un gage fourni par le commettant en garantie du paiement à l'échéance.

La première hypothèse se présentera très rarement, car ceux qui ont contracté avec le commissionnaire l'ont fait en considération de son honorabilité et de sa solvabilité, et il peuvent ignorer si le commettant se trouve dans les mêmes conditions. Le second moyen de constituer une garantie est de beaucoup le plus usuel ; la loi a même attaché aux créances du commissionnaire un droit de gage tacite sur toutes les marchandises du commettant qu'il détient, ce qui lui donne le droit de les retenir jusqu'à complet paiement.

(1) Code Allem., art. 290 et 371 ; Code Espagn., art. 139.

Le commettant qui ne peut ou ne veut pas donner de garanties peut verser immédiatement au commissionnaire les fonds nécessaires ; mais peut-il retenir l'escompte ? Cette question qui est posée par MM. Delamarre et Le Poitvin, est résolue par eux dans le sens de la négative, si c'est le commettant qui fait l'offre de versement anticipé, affirmativement lorsque c'est le commissionnaire qui réclame le paiement immédiat ou des garanties (1).

609. — 6° Payer le droit de commission. A la différence du mandat civil, la commission est toujours réputée salariée, s'il n'y a convention contraire. Ce droit est généralement fixé à un tant pour cent de la valeur brute de l'opération. Si le taux n'a pas été convenu, il doit être réglé d'après l'usage du lieu où la commission s'exécute et la nature de l'opération (2), car les parties sont censées s'y être référées.

610. — Le salaire étant le paiement des soins du commissionnaire, ne lui est dû que si, en fait, il a exécuté la commission. Le salaire ne peut donc être exigé si l'ordre a été révoqué avant tout commencement d'exécution. Cependant si le commissionnaire a fait des démarches pour arriver à la conclusion de l'opération, s'il a pris soin des marchandises qui lui avaient été consignées pour la vente, nul doute que, s'il ne peut réclamer la totalité de la commission, il ne doive recevoir une indemnité (3). Il

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 113.

(2) Code Espagnol, art. 137.

(3) D'après un usage constant de la place de Bordeaux, usage constaté par un jugement du tribunal de commerce de cette ville du 5 juin 1851 (rapporté dans le *Mémorial du commerce*, 1852, 2e part., p. 351), le consignataire auquel la consignation est retirée avant la vente, a droit à la moitié de la commission qu'il eût perçue si la vente avait été effectuée par lui.

en serait de même s'il y avait eu commencement d'exécution et que la commission ne fût pas susceptible d'exécution partielle. Si la commission était susceptible de division, l'exécution partielle autoriserait à retenir le droit entier quant à cette partie, outre l'indemnité qui pourrait être due pour la partie non exécutée.

Nous avons supposé que le défaut d'exécution n'était pas imputable au commissionnaire; s'il en était autrement, bien loin de pouvoir réclamer une indemnité, ce serait contre lui qu'une pareille demande pourrait être intentée par le commettant en raison du préjudice causé. Toutefois, si la commission comprenait plusieurs opérations, et que l'inexécution de l'une d'elles n'eût aucune influence sur la bonne exécution des autres, le commissionnaire serait en droit de réclamer son salaire pour la partie exécutée, et sa responsabilité ne serait engagée que quant au dommage occasionné par l'inexécution du surplus (1).

611. — Comme deuxième conséquence du principe posé en tête du numéro précédent, à savoir, que la commission n'est autre chose que le paiement des peines et soins du commissionnaire, il résulte que le droit à la commission est indépendant du succès de l'affaire, pourvu toutefois qu'aucun reproche ne puisse être adressé au commissionnaire, soit parce que l'insuccès est le résultat de son manque d'habilité ou de son dol dans l'exécution, soit parce que l'ordre a été provoqué par sa légèreté, son imprévoyance, ou les fausses indications qu'il avait données au commettant. Tel serait le cas où le commettant, sur la demande du commissionnaire et sur sa promesse de les écouler rapidement, lui aurait envoyé

(1) Bédarride, nº 133 ; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 78 ; Story, § 329, p. 425.

des marchandises dont il ne pourrait ensuite procurer la vente (1). Dans tous les cas d'ailleurs où il s'agit de marchandises dont la vente n'a pu être effectuée par le commissionnaire, il n'est pas d'usage qu'il retienne le droit entier de commission, il se contente en général d'un demi droit pour *vente tentée* (2). A l'inverse, si le commissionnaire s'est trouvé dans la nécessité de faire des démarches qui n'avaient pu être prévues lors du contrat, ou qui ne rentrent pas dans les obligations ordinaires auxquelles sont soumis les commissionnaires, par exemple s'il a eu à soutenir des procès, il lui est dû une commission extraordinaire *pour peines et soins* (*for care and trouble*).

612. — Il peut arriver que le commissionnaire, tout en fournissant au commettant ce que celui-ci attendait de lui, ne puisse cependant réclamer une commission. Nous avons vu en effet que le commissionnaire est libre de remplir avec ses propres marchandises l'ordre d'achat qui lui est transmis. S'il le fait, il ne peut prétendre agir comme commissionnaire; il se trouve à l'égard du commettant dans la position d'un vendeur ordinaire qui ne peut rien réclamer en sus du prix de vente (3). Aussi n'admettons-nous pas le système des Codes Espagnol (art. 163) et Portugais (art. 79), qui reconnaissent au commissionnaire le droit à la moitié de la commission ordinaire, si le montant n'en a pas été fixé par une convention des parties, et, à plus forte raison, celui du Code Allemand qui semble lui accorder la totalité de ce qu'il pourrait réclamer dans les conditions ordinaires (art. 376).

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 77.

(2) Vincens, *Exposit. rais. de la Législation commerciale*, T. II, p. 133; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 77; Troplong, nº 634.

(3) Bédarride, nº 138.

Bien différente est la situation d'un commissionnaire qui, chargé par un négociant d'acheter des marchandises, applique à cet achat des marchandises qu'il est chargé de vendre pour le compte d'une autre personne. Dans cette hypothèse il n'agit pas pour son compte, il ne perd pas sa qualité de commissionnaire. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il réclame un droit de commission de chacun de ses commettants, un pour l'achat, et l'autre pour la vente. Ces deux commissions se trouvent exécutées par le même acte, mais elles n'en sont pas moins distinctes.

SECTION IV.

GARANTIES ACCORDÉES AU COMMISSIONNAIRE.

§ 1er. — SOLIDARITÉ.

613. — Le bénéfice de la solidarité que le Code civil accorde au mandataire qui a reçu un mandat de plusieurs personnes, doit être étendu au commissionnaire agissant contre ses commettants. Tous les auteurs l'admettent (1); cependant M. Bravard-Veyrières fait une restriction en ce qui concerne le droit de commission ; il se base sur ces mots de l'art. 2002 C. civ.: « de tous les effets du man- « dat. » Or le salaire n'est pas un effet, mais une condition du mandat (2).

(1) Bédarride, nº 149; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nºs 118 et suiv.; Massé, T. V, nº 99.

(2) Bravard-Veyrières, p. 249.

Il ne nous semble pas que, en employant le mot *effets*, les législateurs aient entendu écarter les sommes qui peuvent être dues au mandataire pour la rémunération de ses services ; ces mots nous semblent plutôt embrasser toutes les sommes quelconques qui peuvent être dues par suite du mandat (1).

§ 2. — RÉTENTION.

614. — Le commissionnaire étant un dépositaire en ce qui concerne les marchandises qui sont entré ses mains pour le compte du commettant, a le droit de refuser de s'en dessaisir tant qu'il lui est dû des sommes pour avances, frais ou commission relativement à ces marchandises qui forment un gage entre ses mains (2). Ce droit peut s'exercer principalement dans deux cas : 1° lorsque des marchandises ont été expédiées pour la vente et que le commettant les réclame après avoir révoqué son mandat, 2° lorsque des marchandises ont été achetées par le commissionnaire. Le commissionnaire a-t-il cependant le droit de retenir la marchandise jusqu'à paiement du prix lorsque l'achat a été fait à terme ? Nous avons vu, d'une part, que le commettant doit profiter du terme et ne peut être forcé de payer immédiatement, mais que d'autre part il doit garantir au commissionnaire le paiement à l'échéance. Si donc le commettant ne donne aucunes garanties, le commissionnaire doit avoir le droit de garder celle qu'il a entre les mains. M. Bédarride n'accepte cette doctrine que « sous bénéfice d'inventaire (3). » Il est évident qu'il faut suivre en cela la convention des parties, et à défaut

(1) Demangeat sur Bravard-Veyrières, p. 250, note 1.

(2) Code Esp., art. 169; Code Port., art. 774; Codes Allem. et Autr., art. 313 ; Projet Suisse, art. 240 et suiv.

(3) Bédarride, n° 123.

de convention expresse, leur intention présumée ; mais il nous semble que, jusqu'à preuve contraire, la présomption doit être que le commissionnaire n'a pas entendu suivre la foi du commettant (1). Que le commettant réclame les marchandises, rien de plus juste ; mais aussi, qu'il donne des garanties au commissionnaire qui est débiteur du prix et est exposé à l'action du vendeur.

615. — La rétention s'exerce non seulement contre le commettant, mais aussi contre les personnes auxquelles il aurait cédé ses droits sur la marchandise ; elle est même opposable à ses créanciers, et la Cour de Cassation a décidé que si les créanciers ont le droit de saisir-arrêter conservatoirement les marchandises entre les mains du commissionnaire, ils ne peuvent s'opposer à la main-levée de cette saisie réclamée par ce dernier qu'à la condition de le désintéresser de ce qui lui est dû (2).

616. — Comme suite naturelle et nécessaire du droit de rétention, appartient au commissionnaire le droit de réaliser la garantie ainsi retenue. Aussi, dans le cas où le commettant ne veut pas payer à l'échéance au commissionnaire le montant des marchandises achetées pour son compte, ce dernier, responsable du prix, peut-il en opérer la vente (3). Si nous supposons des marchandises consignées au commissionnaire pour la vente, et sur lesquelles il a avancé des fonds au commettant, le même droit lui appartient, à défaut de remboursement à l'échéance, encore bien que le commettant ait défendu la vente à cette époque et qu'elle ne puisse être opérée qu'au

(1) Alauzet, T. II, n° 865.

(2) Civ. rej. 6 avril 1875 (D. P. 1876, 1, 354). — V. cep. Paris, 24 juin 1869 (J. P. 1869, 1253).

(3) Req. 13 juill. 1864 (S. V. 1864, 1,413); Bordeaux, 10 fév. 1846 (J. P. 1846, 1, 746). — Code Holland., art. 83.

dessous du prix fixé. Dans ces deux cas, le commissionnaire n'a pas besoin de l'autorisation du tribunal ; il suffit d'une simple signification faite au commettant, et huit jours après, aux termes de l'art. 93 C. com., il peut faire procéder à la vente aux enchères, par le ministère d'un courtier (1).

617. — Dans certains cas même, le commissionnaire pourrait se faire autoriser à vendre avant l'échéance; c'est lorsque, par suite d'un cas fortuit, les marchandises sont tellement détériorées qu'il est exposé à perdre son gage. Nous disons : par suite d'un cas fortuit; car si la détérioration provenait uniquement du vice propre de la chose, le commissionnaire ne pourrait se plaindre, puisqu'il a consenti volontairement aux conséquences que devaient entraîner des délais éloignés (2). Il faut aussi qu'il s'agisse de sauvegarder des avances opérées sur la foi des mar-

(1) Le Code Hollandais exige qu'il soit présenté une requête au tribunal pour que celui-ci ordonne la vente (art. 82). D'après le Code Allemand (art. 315), la vente doit aussi être ordonnée par le tribunal. Dans notre Droit cette formalité a été supprimée par la loi du 23 mai 1863. Il est à remarquer que la loi Belge du 5 mai 1872 n'a pas suivi en cela notre législation. D'après cette loi, le créancier doit, après une mise en demeure, adresser une requête au président du tribunal de commerce pour obtenir l'autorisation de faire vendre le gage, soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président et par la personne qu'il désigne. Il ne peut être statué sur cette requête que deux jours francs après qu'elle a été signifiée au débiteur, avec invitation de faire, dans l'intervalle, parvenir au président ses observations (art. 4). L'ordonnance ainsi obtenue n'est exécutoire qu'après avoir été signifiée au débiteur, avec indication des jour, lieu et heure auxquels il sera procédé a la vente publique. Cette ordonnance ne devient définitive et en dernier ressort que si, dans les trois jours de la signification, le débiteur n'y forme pas opposition avec assignation devant le tribunal de commerce (art. 5).

(2) Domenget, T. II, n° 849 ; Alauzet, T. II, n° 868.

chandises ; une pareille vente ne pourrait être autorisée s'il n'était question que de la commission ou de menus frais. Dans cette hypothèse le commissionnaire ne pourrait pas non plus faire vendre de sa propre autorité ; il devrait citer le commettant devant le tribunal de commerce, ou en cas d'urgence, adresser une requête au tribunal de son domicile pour se faire autoriser à effectuer la vente par le ministère d'un courtier (1).

§ 3. — PRIVILÈGE.

618. — Dans ses rapports avec le commettant, le commissionnaire trouve une garantie suffisante dans le droit de rétention. En effet, est-il chargé de vendre, il retient sur le prix ce qui lui est dû par le commettant, une compensation se faisant entre sa créance et sa dette représentée par le prix de la vente. Si par son mandat il n'est pas autorisé à vendre, il trouve cette faculté dans la loi, ou bien il la requiert de la justice. Dans les deux cas, il est donc toujours assuré de se rembourser sur la marchandise de ses avances et de ses frais.

Mais le commettant peut tomber en faillite, et alors le commissionnaire se trouve en présence de créanciers comme lui, qui auraient un droit égal au sien sur tout l'actif de la faillite. Sans doute, si le commissionnaire détient encore les marchandises, il exerce son droit de rétention, et le syndic ne pourra les revendiquer que contre le paiement intégral de sa créance. Mais le bénéfice qui résulte de la rétention cesse avec la possession de la chose. Si on suppose que le commissionnaire s'est dessaisi par la vente, ne pouvant plus opposer le droit de rétention, il se

(1) Alauzet, T. II, nº 869 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 329; Bédarride, nº 219.

verrait donc réduit au rang d'un créancier ordinaire et obligé de subir le concours des autres créanciers.

619. — La rétention étant insuffisante pour sauvegarder les droits du commissionnaire, on devait lui accorder une autre garantie. A raison des services que les commissionnaires rendent aux commerçants en étendant leurs relations, en faisant connaître au loin leurs produits et en leur ôtant le souci de chercher des débouchés, il n'y a rien que de très naturel à leur rembourser, préférablement à toutes autres créances, leurs frais et leur salaire sur le prix des marchandises dont ils ont procuré la vente, puisque par là ils ont fait bénéficier la masse. Un autre motif justifie encore davantage l'établissement d'un privilège en faveur du commissionnaire. Le commissionnaire ne se borne pas en effet à donner des soins à l'écoulement des marchandises qui lui sont consignées ; la vente peut se trouver différée, et toujours elle ne peut s'opérer qu'au bout d'un certain temps, le plus souvent même elle ne peut se faire au comptant. Obligé de continuer sa fabrication, le commettant ne peut pas toujours attendre ces délais. Que fait-il alors ? Sur les marchandises qu'il expédie il emprunte au commissionnaire une certaine somme, ou il tire sur lui une lettre de change pour une partie de leur valeur. Or qu'arriverait-il si, après que le commissionnaire aurait fait des avances ou accepté la lettre de change, les créanciers du commettant pouvaient s'emparer du prix de la vente ? Evidemment les commissionnaires refuseraient toujours de faire des avances et cette ressource si précieuse pour le commerce ferait défaut. On pourrait dire sans doute que si les parties voulaient que les marchandises servissent de gage, elles devaient remplir les formalités exigées pour ce contrat. Il est facile de comprendre que ces formalités ne s'accordent nullement avec la

célérité exigée par les affaires commerciales. En matière civile, on voit le gage d'un mauvais œil, parce qu'il peut cacher des contrats usuraires, et en l'entourant de formalités on a essayé de les prévenir ; mais dans le commerce, ce contrat est une nécessité.

620. — Le législateur de 1807 a donc décidé que, dans les rapports de commettant à commissionnaire, le contrat de gage serait dispensé de toute formalité, et résulterait même tacitement de la remise des marchandises ou de leur expédition constatée par une lettre de voiture ou un connaissement adressé au commissionnaire (1). Toutefois il ne l'avait pas admis d'une manière absolue ; il fallait que le commettant résidât dans une autre place que le commissionnaire, sinon on devait remplir les formalités prescrites par le Code civil (ancien art. 95 C. com.). Il fallait en second lieu, c'est ainsi du moins que la majorité des auteurs et des arrêts interprétaient le texte, il fallait que les avances fussent faites postérieurement à la consignation (2). Enfin le texte semblait autoriser à croire que le remboursement des avances, intérêts et frais était seul privilégié, mais que la commission ne l'était pas (3), et

(1) Ce privilège est admis dans toutes les législations étrangères, notamment par les Codes d'Espagne (art. 169 et suiv.), de Portugal (art.80), d'Italie (art.73 et suiv.), de Hongrie (art.41), des Pays-Bas (art. 80 et suiv.), de Belgique (l. du 5 mai 1872, art. 14 et suiv.), d'Allemagne (art. 374), de Serbie (l. du 25 janv. 1860 § 59), de Suède (Code du 6 octobre 1848), par les législations Danoise (Hindenburg, *Om Kommissionskontrakten*, p. 258), Anglaise (Russell, p. 156), et des Etats-Unis (Story, § 376, p. 467).

(2) Bédarride, nos 172 et suiv. ; Req. 13 nov. 1850 (S.V. 1850, 1, 774) ; Douai, 29 nov. 1843 (J. P. 1844, 2, 154) ; Bordeaux, 22 déc. 1847 (J. P. 1848, 1, 702). — Contra : Domenget, T. II, nº 914; Bravard-Veyriéres, p. 275 ; Massé, T. IV, nº 2861 ; Dijon, 10 août 1843 (*Mémor. du comm.* 1844, 2e part., p. 401).

(3) Bravard-Veyrières, p. 278. — Contra : Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 262.

que le privilège ne pouvait porter que sur des marchandises consignées pour être vendues.

621. — Tel fut l'état de la législation jusqu'en 1863, époque à laquelle une loi nouvelle modifiant les articles 91 à 95 du Code de commerce, réglementa le gage commercial, qui jusque là ne l'avait pas été, et fit disparaître les restrictions qui existaient à l'exercice du privilège du commissionnaire.

Quant à la première de ces restrictions que nous avons indiquée, elle avait peu de raisons d'être. « La facilité de la « consignation », disait-on, « pouvait la déterminer après « coup et n'être qu'un moyen d'avantager le failli lui-« même, ou de lui permettre de favoriser un créancier de « préférence aux autres et à leur détriment. Subordon-« ner le privilège à l'envoi des marchandises d'une place « à une autre, c'était en quelque sorte assurer le carac-« tère de l'opération et rendre impossible l'abus d'une « consignation après coup (1). »

Ainsi, par ce que les fraudes étaient possibles, que faisait-on, on couvrait d'une présomption invincible de fraude, tant que certaines formalités n'avaient pas été remplies, toute remise de marchandises faite par un commerçant à un autre commerçant de la même place. Si la consignation a été faite pour couvrir des avances réelles, et à un moment où le commettant avait le pouvoir d'en disposer, si le fait est prouvé, pourquoi refuser au commissionnaire le privilège. Que les marchandises lui aient été expédiées ou qu'il les ait reçues sur la place, est-ce qu'il ne rend pas les mêmes services (2) et n'est pas aussi digne de protection. Sans doute on doit veiller à ce

(1) Bédarride, nº 184.

(2) Rapport de la Commission du Corps législatif, nº 28 (J. P. *Lois annotées*, 1863, p. 54).

qu'un failli ne fraude pas ses créanciers ; une seule chose suffit pour l'empêcher, c'est d'obliger le commissionnaire à prouver la réalité de sa créance et sa mise en possession à une époque où le commettant pouvait disposer des marchandises (1).

622. — Il n'était pas plus équitable de faire dépendre le privilège de l'époque où les avances ont été faites. « Il « s'établit en effet entre le commettant et le commission- « naire le plus souvent un double mouvement d'avances « et de marchandises, le compte des marchandises étant « destiné à couvrir le compte des avances successives. « Les sommes avancées et les marchandises expédiées, « déposées ou consignées, sont liées, dans l'intention « commune et loyale des parties, par une idée de compen- « sation des unes aux autres, qui ne permet pas de les sé- « parer. L'essentiel est que les avances aient été faites en « contemplation des marchandises, ou que les marchan- « dises aient été expédiées, déposées ou consignées, en « contemplation des avances faites ou à faire (2). » Tout ceci est d'une telle évidence que, même sous l'empire de l'ancien art. 93 C. com., beaucoup d'auteurs n'hésitaient pas à admettre le privilège malgré la jurisprudence contraire de la Cour de Cassation et de la plus grande partie des tribunaux (3).

623. — Ces préliminaires posés, nous allons rechercher successivement : 1° en faveur de quelles personnes le privilège peut exister ; 2° quelles créances il garantit, 3° sur quelles choses il porte ; 4° quelles conditions sont nécessaires à son existence ; 5° quel rang il occupe parmi les autres privilèges.

(1) Exposé des motifs, nº 11 (J. P. *ibid.* p. 48).
(2) Rapport etc. nº 25 (J. P. *ibid.* p. 54).
(3) V. note 2 de la page 524.

A. — A qui il est accordé,

624. — L'art. 95 accorde le privilège dont il s'agit au *commissionnaire* ; ce mot ne doit pas être pris comme désignant uniquement le commissionnaire de profession ; il s'applique à toute personne même non-commerçante qui fait par hazard un acte de commission, de tout bailleur de fonds sur des marchandises qui lui sont consignées. L'ancien art. 93 semblait exiger que le commissionnaire fût chargé de vendre la marchandise ; la nouvelle rédaction de l'art 95 a mis fin aux doutes qui pouvaient s'élever à ce sujet. Il pourra donc être difficile dans la pratique de distinguer le commissionnaire du simple prêteur sur gages, et pourtant cette distinction est importante, car le privilège pour le commissionnaire est tacite et est la conséquence de son contrat de commission : au contraire pour qu'un simple prêteur ait un privilège, il est nécessaire d'un contrat formel de gage affectant les marchandises déposées à la garantie de sa créance. Pour faire cette distinction, il faut s'attacher aux motifs qui ont guidé les parties en faisant et en acceptant la remise des marchandises. Il y a commission, si les marchandises ont été consignées en vue d'une opération à accomplir par le commissionnaire , car la commission suppose l'obligation de faire un acte juridique pour autrui ; dans l'autre cas au contraire, le prêt est l'objectif principal des parties, et la consignation n'est faite qu'à titre de garantie et dans un simple but accessoire (1).

L'art. 95 s'applique tout aussi bien au commissionnaire acheteur qu'au commissionnaire vendeur. En effet il peut lui être utile lorsque sur le refus du commettant de pren-

(1) Alauzet, T. II, nº 879.

dre livraison, le commissionnaire a vendu les marchandises achetées (1).

B. — Quelles créances il garantit.

625. — Le privilège garantit le remboursement de tous les prêts, avances et paiements tant en principal qu'en intérêts, qui ont été faits par le commissionnaire, soit avant la réception des marchandises, soit depuis qu'elles sont en sa possession. Le privilège garantit aussi tous les frais nécessités par l'exécution de la commission ou la conservation des marchandises, et enfin le droit de commission; l'art. 95 a dû le dire expressément pour faire cesser la controverse qui existait sur ce point. Le privilège n'est pas restreint aux avances, commission et frais relatifs aux marchandises mêmes qui sont entre les mains du commissionnaire; il s'applique au solde général de son compte (2). Cette solution est suivie dans la jurisprudence Anglaise depuis le milieu du siècle dernier. Lord Hardwicke, dans une espèce qui lui fut soumise à cette époque (en 1755), décida après avoir consulté l'usage du commerce : « that if there be a course of dealings, and a ge-
« neral account between the merchant and factor, and a
« balance be due to the factor, he may retain the ship
« and goods or produce, for such balance of the general
« account, as well as for the charges, customs, etc., paid
« on account of the particular cargo (3). » Telle est aussi la doctrine universellement admise aux Etats-Unis. « It is
« now incontrovertibly established, as a matter of law

(1) Aix, 13 janv. 1851 (*Memor. du comm.* 1852, 2e part., p. 70); Paris, 28 avril 1876 (D. P. 1878, 5, 112).

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 232; Cass. 29 avril 1833 (J. P. à sa date); Rouen, 14 févr. 1867 (D. P. 68, 2, 13).

(3) Russell, p. 156.

« derived from long usage, and admitted without proofs,
« that factors have a general lien upon every portion of
« the goods of their principal in their possession, and
« upon the price of such as are lawfully sold by them, and
« the securities given therefor, for the general balance
« of the accounts between them and their principal, as
« well as for the charges and disbursements arising upon
« those particular goods (1). »

C. — Sur quels biens il porte.

626. — Le privilége porte sur toutes les marchandises qui se trouvent en la possession du commissionnaire ; et, le privilége étant indivisible, il en résulte que si, par suite d'aliénation ou pour tout autre motif, il ne peut plus être exercé sur une partie de ces marchandises, l'autre portion n'en reste pas moins soumise à la garantie de la totalité de la créance.

627. — Le privilége du commissionnaire étant fondé sur un contrat de gage tacite, il semblerait qu'il dût cesser avec l'abandon, volontairement fait, des marchandises sur lesquelles il porte; telle est en effet la règle ordinaire, ainsi que nous l'indiquons plus bas ; mais une exception était nécessaire, puisque généralement l'exécution de la commission exige cet abandon de la part du commissionnaire. S'il avait dû perdre son privilége en même temps que la possession des marchandises, le commissionnaire, chargé d'en opérer la vente, n'aurait voulu la conclure et se dessaisir que contre paiement immédiat, ce qui pour certaines marchandises ne pourrait se faire que dans des conditions très défavorables pour le commettant. Il était donc dans l'intérêt du commettant lui-même de décider

(1) Story, § 376, p. 467.

cette chose si équitable et si naturelle, que le privilége serait reporté des marchandises sur le prix (1).

628. — Le commissionnaire n'a-t-il de privilége sur le prix qu'autant que la vente a été opérée en son nom ? D'après M. Bédarride, le commissionnaire qui vend au nom du commettant n'a pas de privilége, parce que « le « commissionnaire s'est dessaisi de la marchandise et n'a « jamais été nanti du prix. L'acheteur est directement et « exclusivement le débiteur du mandant, qui seul peut le « contraindre et avec qui il réglera infailliblement (2). » De sorte que si le commissionnaire veut sauvegarder ses droits, il doit n'opérer la livraison qu'après avoir obtenu de l'acheteur le paiement ou le règlement de ce qui lui est dû.

Cette doctrine nous semble inadmissible. D'abord elle n'est en rien justifiée par le texte ; l'art. 95 dit simplement : « si les marchandises ont été vendues et livrées « pour le compte du commettant » ; or que la vente et la livraison aient eu lieu au nom du commettant, ou au nom du commissionnaire, elles sont toujours faites *pour le compte* du commettant ; cette phrase s'applique donc aux deux cas, et *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. On ne peut se baser non plus sur le deuxième alinea de l'art. 94 C. com. Cet article ne renvoie au Code civil que pour les règles relatives aux rapports avec les tiers contractants (3).

Y a-t-il d'ailleurs quelque autre motif pour justifier

(1) Code Belge (l. du 5 mai 1872, art. 15) ; Code Hollandais, art. 81 ; Code Serbe, du 25 janv. 1860, § 60 (H. Blodig, *Handels-Gesetzbuch für das Fürstenthum Serbien*, 1861, p. 12) ; Code Italien, art. 75 ; Story, § 368, p. 462 ; Russell, p. 170.

(2) Bédarride, *Appendice*, p. 546.

(3) Nous rappelons que le Code Hollandais (art. 794) ne reconnaît pas de privilége au commissionnaire qui agit au nom du commettant.

cette exclusion ? Nous n'en voyons aucun. Le commissionnaire qui agit au nom du commettant est aussi digne d'intérêt pour le remboursement de ses avances, que celui qui vend en son propre nom ; le commettant peut avoir des motifs pour exiger que la vente se fasse en son nom ; cette détermination ne peut avoir pour effet d'enlever au commissionnaire ses garanties. De plus, si le commissionnaire était obligé de ne livrer que contre remboursement par l'acheteur de ce qui lui est dû, cette obligation influerait nécessairement sur le prix, si même elle ne mettait complètement obstacle à la vente.

Quant au raisonnement de M. Bédarride, il ne nous semble pas concluant. De ce que l'acheteur est directement et exclusivement le débiteur du commettant, il ne s'ensuit pas que le commissionnaire n'ait aucun droit de privilége sur cette créance de son commettant. Car, il ne faut pas l'oublier, le privilége s'exerce dans les rapports de créancier à créancier. Supposons donc que par suite d'une saisie-arrêt faite sur le prix de vente, le commissionnaire se trouve en présence d'autres créanciers du commettant, il n'est pas douteux qn'il ne doive être colloqué de préférence à tous les autres.

En ce qui concerne les rapports du commettant et du commissionnaire avec l'acheteur, s'il est vrai que ce dernier est le débiteur direct du commettant, il n'est pas exact cependant que le commettant puisse seul le contraindre au paiement. En effet le commissionnaire a mandat de réclamer le prix des ventes qu'il a opérées et de faire toutes poursuites à cet effet (1). S'il le fait, il peut encore retenir ce qui lui est dû par préférence aux autres créanciers. S'il n'use pas de ce droit, et que l'acheteur ait payé sans fraude au commettant, le commissionnaire

(1) Cpr. Lyon, 17 janv. 1832 (J. P. à sa date).

ne peut évidemment rien réclamer de cet acheteur ; il se trouve à cet égard dans la même position que tout créancier qui a un privilége sur un meuble; mais il peut facilement empêcher qu'un pareil fait se produise, il lui suffit pour cela de former opposition au paiement. L'acheteur qui, au mépris de cette opposition, paierait entre les mains du commettant, ne serait pas libéré valablement à l'égard du commissionnaire et se verrait exposé à payer une seconde fois. « If the purchaser of goods from a fac-
« tor, or other agent, who has a lien thereon, should,
« after notice thereof by the factor, or other agent, pay
« over the money to the principal, he will, nevertheless,
« be liable to the factor, or other agent, for the same, and
« the payment will be no defence in an action brought
« therefor against him (1). »

Toutefois ce droit n'existerait plus pour le commissionnaire : 1° s'il avait été stipulé avec son commettant que le paiement serait effectué en totalité entre les mains de celui-ci ; car cette convention contient virtuellement une renonciation à l'exercice du privilége.

2° Si le commettant se trouvait déjà débiteur du tiers acquéreur ; dans ce cas une compensation se fait de plein droit entre les deux créances, et le tiers libéré en vertu de l'art. 1290 C. civ., est à l'abri de tout recours de la part du commissionnaire. En effet il est évident qu'il ne peut être forcé malgré la compensation à désintéresser le commissionnaire ; sa situation ne peut se trouver aggravée par ce qu'au lieu de traiter directement avec lui, le commettant a employé un intermédiaire (2).

629. — Lorsque les marchandises ont été détruites par un accident contre lequel elles étaient assurées, il est uni-

(1) Story, § 409, p. 507.
(2) V. cep. Alauzet, T. II, n° 888.

versellement admis que le privilége se trouve reporté sur le montant de l'assurance, lorsque c'est le commissionnaire qui l'a opérée. « La police entre ses mains lui représente « le prix de la marchandise à laquelle l'assurance se ré- « fère (1). » La raison en est simple. En effet, tant qu'il n'a pas été désintéressé, le commissionnaire a incontestablement le droit de retenir la police, et il n'est tenu de la délivrer à l'assuré qu'autant que satisfaction lui a été donnée relativement aux demandes qu'il peut faire valoir par rapport à l'objet assuré. Or nous verrons que, dans le cas de sinistre, le commissionnaire qui a fait l'assurance et est porteur de la police a le droit de réclamer des assureurs le paiement du montant de l'assurance ; en vertu des règles de la compensation il ne pourrait donc être forcé de remettre intégralement les sommes qu'il a ainsi touchées; il prélèvera ce qui lui est dû, et sera seulement débiteur de l'excédant (2). Mais lorsque l'assurance a été contractée par le commettant, qui a payé la prime, il est évident que le commissionnaire ne peut prétendre à aucun droit de préférence. En effet, le montant de l'as-

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 260 ; Domenget, T. II, nº 925.

(2) Code Allemand, art. 893 : « Der Versicherungsnehmer ist « nicht verpflichtet, die Polize dem Versicherten oder den « Gläubigern oder der Konkursmasse desselben auszuliefern, « bevor er wegen der gegen den Versicherten in Bezug auf den « versicherten Gegenstaud ihm zustehenden Ansprüche befriedigt « ist. Im Falle eines Schadens kann der Versicherungsnehmer « wegen dieser Ansprüche aus der Forderung, welche gegen den « Versicherer begründet ist, und nach Einziehung der Ver- « sicherungsgelder aus den letzteren vorzugsweise vor dem « Versicherten und vor dessen Gläubigern sich befriedigen. » L'art. 894 déclare en outre que l'assureur est responsable s'il porte préjudice aux droits du commissionnaire détenteur de la police par des paiements faits directement à l'assuré.

surance n'est pas la représentation de la marchandise, mais l'équivalent de la prime qui a été payée (1).

D, — Conditions de son existence.

630. — Le privilége existe de plein droit en faveur du commissionnaire. Il est fondé sur un contrat de gage *tacite*, c'est-à-dire que, sans aucune convention, et par le seul fait de l'expédition, du dépôt, ou de la consignation, aux termes de l'art. 95 C. com., les marchandises sont censées données en garantie pour le remboursement des avances, frais et commission. Il suffit donc au commissionnaire, pour en réclamer le bénéfice, de prouver : 1° qu'il a fait des avances ou des frais, ou qu'un droit de commission lui est dû; 2° que les marchandises sur lesquelles il entend exercer son droit lui ont été expédiées, déposées ou consignées, et sont restées en sa possession; 3° que le commettant, au moment de la mise en possession, avait capacité pour en disposer valablement.

631. — Nous n'avons pas à revenir sur le premier point.

Le deuxième mérite explication; il convient en effet de fixer quelle possession de la part du commissionnaire est nécessaire et suffisante pour lui permettre de réclamer l'exercice du privilége. Sous l'empire de l'ancienne législation, de nombreuses controverses existaient sur ce point à cause des termes de l'ancien art. 93 qui était interprété souvent d'une manière limitative. Dans la nouvelle rédaction, le législateur a pris soin de les trancher. Aux termes de cet article, « le créancier est réputé avoir les

(1) Par exception, l'art. 10 de la loi du 28 mai 1858 accorde aux porteurs de warrants et de récépissés relatifs à des marchandises déposées dans des magasins généraux, les mêmes droits sur les indemnités d'assurance que sur ces marchandises elles-mêmes.

« marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa « disposition dans ses magasins ou navires, à la douane, « ou dans un dépôt public, » et, dit l'exposé des motifs, « cette disposition doit être entendue dans le sens le « plus large. » Le commissionnaire a aussi la possession, lorsque les marchandises sont détenues pour son compte dans les magasins d'une personne qui le représente.

632. — Il n'est pas nécessaire, pour que le privilége existe, que les marchandises soient arrivées dans le lieu où se trouve le commissionnaire; il peut porter sur des marchandises en cours de voyage, et l'art. 92 régle la manière dont le commissionnaire en acquiert la possession dans ce cas. La possession est constituée par la détention du connaissement, s'il s'agit de marchandises expédiées par mer, ou de la lettre de voiture, si l'expédition a été faite par terre, c'est-à-dire par les pièces qui constatent l'engagement du capitaine ou du voiturier de transporter les marchandises, et qui donnent seules le droit d'en exiger la délivrance; la remise de ces pièces équivaut donc à la remise de la marchandise.

633. — L'expédition peut n'avoir pas été faite primitivement au nom du commissionnaire. Le commettant, par exemple, ayant un chargement en cours de voyage, désire obtenir des avances ; il peut en saisir le commissionnaire au moyen de la cession du connaissement. Si ce connaissement est à personne dénommée, il faut une cession régulière ; si le connaissement est à ordre, un simple endossement suffit. L'art. 281 C. com. permet en effet de donner cette forme au connaissement ; mais il néglige d'indiquer de quelle manière le transfert doit en être opéré. Il semble facile de suppléer au silence de la loi. Le connaissement contient en effet : la nature et la quantité des objets à transporter avec indication des marques et numéros, le nom du chargeur, le nom et l'adresse du destinataire, le

nom et le domicile du capitaine, le nom et le tonnage du navire, le lieu du départ et celui de la destination, le prix du fret. Pour qu'une autre personne puisse réclamer la marchandise, une seule chose est à changer, le nom du destinataire. Il suffit donc au destinataire primitif, puisque cette faculté lui est laissée par le contrat, de désigner sur l'acte la personne qu'il subroge à ses droits.

Cependant la Cour de Cassation a jugé qu'il était nécessaire d'appliquer les règles relatives à l'endossement des lettres de change, de sorte que, d'après la Cour, l'endossement, pour être valable, doit indiquer la valeur fournie (1). L'art. 137 qui règle les formalités de l'endossement n'édictant pas de règles générales pour toutes espèces d'endossements, mais étant fait spécialement pour les lettres de change, billets à ordre, effets de commerce, il semble qu'on ne devrait l'appliquer qu'en se basant sur l'analogie. Or y a-t-il une analogie quelconque entre l'endossement d'une lettre de change et l'endossement du connaissement, du moins au point de vue qui nous occupe : c'est ce que nous ne pouvons comprendre. Quand on endosse une lettre de change pour en transférer la propriété, il est très naturel que l'endossement fasse mention de la valeur reçue en échange ; mais lorsque le commettant endosse le connaissement au profit du commissionnaire, a-t-il l'intention de lui transférer la propriété des marchandises ? pas le moins du monde; il entend simplement lui en faire la consignation et lui donner le pouvoir de les réclamer à leur arrivée afin qu'il les garde pour son compte: Il ne peut donc être question de valeur fournie, c'est-à-dire du prix d'un transfert qui n'a jamais eu lieu. La Cour de Douai l'a très bien fait ressortir dans

(1) Civ. cass. 1er mars 1843 (J. P. 1843, 1, 367) ; Civ. rej. 30 janv. 1850 (J. P. 1850, 2, 634); Amiens, 29 juill. 1843 (J. P. 1844, 2, 272). — Sic : Domenget, T. II, nº 890.

un arrêt du 5 janvier 1844 (1). D'ailleurs il est certain que si le commettant avait directement expédié les marchandises au commissionnaire, il n'aurait pas dû indiquer la valeur fournie, l'art. 284 est formel sur ce point. S'il en est ainsi lorsqu'on a chargé directement le voiturier de remettre les marchandises au commissionnaire, pour quel motif l'exigerait-on lorsque le même ordre est donné, mais postérieurement à l'expédition ? En un mot, il suffit, pour que le privilége existe, que le commissionnaire puisse seul réclamer la marchandise du capitaine ; or la détention du connaissement, même en vertu d'un endossement en blanc, lui donne ce droit exclusif, ainsi qu'il est dit formellement dans l'art. 44 de la nouvelle loi Belge du 21 août 1879 sur le commerce maritime.

En admettant même le système de la Cour de Cassation qui soumet l'endossement d'un connaissement aux mêmes règles que l'endossement d'une lettre de change, on arrive à ceci : qu'un endossement dans lequel la valeur fournie n'est pas exprimée équivaut à un simple mandat donné pour réclamer la marchandise. En résulte-t-il que le mandant ait le droit de révoquer ce mandat et d'empêcher ainsi le commissionnaire de se mettre en possession des marchandises ? La Cour prononce l'affirmative, à tort suivant nous. En effet, le mandat cesse d'être révocable lorsqu'il est donné dans l'intérêt du mandataire ; or tel est bien le cas ; le commissionnaire a fait des avances sur la promesse d'une consignation ; lorsque le mandat de recevoir le chargement lui est donné, il y a pour lui un droit acquis à la possession des marchandises, et ce droit ne peut lui être enlevé arbitrairement. Notons d'ailleurs que la Cour de Cassation paraît revenir sur sa jurispru-

(1) V. les considérants de cet arrêt qui est très fortement motivé. (J. P. 1845, 1, 226).

dence; un arrêt rendu par la Chambre des Requêtes le 18 janvier 1860 semble consacrer l'opinion du conseiller chargé du rapport de cette affaire, opinion d'après laquelle, pour la transmission des marchandises, la forme adoptée pour l'opérer est de peu d'importance si la volonté du commettant est certaine (1).

634. — Est-il absolument nécessaire à l'existence du privilége, que l'expédition des marchandises soit constatée par un connaissement ou une lettre de voiture ? Les connaissements sont toujours employés dans les transports par mer ; mais dans les transports par terre, la lettre de voiture est à peu près complètement tombée en désuétude, les transports s'opérant de plus en plus par chemin de fer, et les Compagnies ne délivrant pas de lettres de voiture. A la place elles donnent des récépissés tirés d'un registre à souche ; un récépissé est remis à l'expéditeur, un autre accompagne la marchandise et est remis au destinataire. L'envoi de son récépissé fait par l'expéditeur au destinataire permet-il à celui-ci d'exercer un privilége sur les marchandises en cours de voyage ? Pour la négative on pourrait faire observer, avec un semblant de raison, que s'il était naturel que l'ancien art. 93 ne fît pas mention des récépissés des compagnies de chemins de fer puisqu'elles n'existaient pas à l'époque de sa rédaction, il n'en est pas de même en ce qui concerne le nouvel article 92, qui date d'une époque où non seulement il y avait des chemins de fer et où les récépissés étaient employés fréquemment, mais où de plus la question de la forme et de la valeur de ces récépissés était à l'ordre du jour, puisqu'elle fut réglée par la loi du 13 mai 1863 (art. 10), et que la loi des commissionnaires est du 23 mai de la

(1) Req. 18 janv. 1860 (J. P. 1860, 329). — V. sur cette question : Colfavru, p. 155 ; Clamageran, nº 411 ; Bédarride, nº 205 ; Rivière, p. 282.

même année. Si le législateur n'en a pas parlé, c'est donc qu'il a voulu les écarter, et ne pas les assimiler à ce point de vue à la lettre de voiture. Enfin ce système peut se prévaloir du changement apporté à l'ancienne rédaction dans le nouvel article 92 C. com. On ne dit plus : « s'il « peut *constater*, par un connaissement ou une lettre de « voiture, l'expédition qui lui en a été faite, » mais : « s'il « *en est saisi* par un connaissement ou par une lettre de « voiture. »

Cependant nous ne pensons pas qu'il faille admettre ce raisonnement. D'abord, il a toujours été reconnu par la Cour de Cassation que la forme signifie peu, pourvu que toutes les énonciations exigées pour la lettre de voiture se trouvent contenues dans l'acte (1). Le récépissé délivré à l'expéditeur les contient-il toutes ? non certainement ; jamais il ne fait mention de la somme due à titre d'indemnité pour retards, il ne porte pas non plus la signature de l'expéditeur, les délais de transport sont indiqués d'une façon très peu claire et incomplète ; quant au prix du transport, s'il y a une colonne spéciale pour le porter, dans la pratique on ne l'indique jamais. Nous pensons cependant que la remise de ce récépissé est suffisante pour assurer au commissionnaire son privilége. En effet ce privilége est soumis à une condition, la possession. Or pour posséder, il n'est pas nécessaire qu'on détienne matériellement ; il suffit qu'un autre possède pour votre compte, et que vous seul puissiez réclamer de lui la livraison. Il convient donc de rechercher si le commettant, par le fait de la remise du récépissé au destinataire, perd le droit absolu de disposer de cette chose.

Il est certain qu'au moment de l'expédition il se for-

(1) Civ. rej. 12 févr. 1850 (J. P. 1850, 1, 441) ; Civ. cass. 13 nov. 1850 (J. P. 1851, 1, 385).

me un contrat entre la Compagnie et l'expéditeur, contrat qui se prouve contre la Compagnie au moyen du *récépissé* qu'elle délivre signé de ses agents, tandis que les obligations de l'expéditeur sont constatées par un autre titre appelé *déclaration d'expédition*, titre signé de lui et que la Compagnie garde par devers elle. Dans ce contrat de transport, le destinataire n'a pas été partie ; il semble donc qu'il ne puisse s'en prévaloir et que la Compagnie et l'expéditeur, seules parties au contrat, aient le droit de le modifier postérieurement suivant leur bon plaisir. Cependant il n'en est pas ainsi ; l'expéditeur dans ce contrat stipule en effet au profit du destinataire, car c'est le destinataire qui en recueillera le bénéfice. Quant à la validité de cette stipulation pour autrui, elle est écrite dans l'art. 1121 C. civ. Il ressort en effet de cet article qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, toutes les fois qu'on a un intérêt personnel à l'exécution du contrat. Or tel est bien le cas de l'expéditeur. S'il expédie, c'est en vertu d'une obligation préexistante contractée envers le destinataire ; il a donc un intérêt personnel à ce que le transport soit bien effectué. Toutefois il faut ajouter que cette stipulation pour un tiers n'est obligatoire pour ce dernier et n'oblige les autres envers lui que s'il a déclaré vouloir en profiter (art. 1121 C. civ.). Il est donc certain que, bien que n'ayant pris aucun engagement direct envers le destinataire, la Compagnie n'en est pas moins tenue envers lui ; cela est si vrai qu'on n'a jamais contesté au destinataire le droit d'agir en délivrance contre elle, de lui réclamer des dommages-intérêts pour retards ou avaries. S'il en est ainsi, il en résulte forcément que la Compagnie ne peut se dessaisir de la marchandise, consentir à en changer la direction, au préjudice des droits du destinataire, pourvu, ainsi que le dit l'art. 1121, qu'il ait eu connaissance de ce contrat et ait

déclaré, le plus souvent d'une manière tacite, sa volonté d'en profiter. Or, à quel moment, à l'égard de la Compagnie, sera-t-il censé avoir connu et approuvé le contrat, c'est lorsque le récépissé lui aura été adressé par l'expéditeur. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle, dans un arrêt assez récent, décidé que la Compagnie doit réclamer le récépissé ou avoir l'agrément du destinataire, pour rendre la marchandise à l'expéditeur. Si elle ne le fait pas, elle est responsable vis-à-vis du destinataire porteur du récépissé (1).

La conséquence naturelle de ce qui précède, est que le destinataire muni du récépissé, ayant un droit exclusif sur les marchandises en cours de voyage, s'en trouve saisi tout aussi bien que par une lettre de voiture. Notre manière de voir trouve aussi un puissant appui dans la discussion de l'art. 10 de la loi du 13 mai 1863, qui montre bien que l'intention des législateurs était d'assimiler le récépissé à la lettre de voiture; et ce qui ne peut laisser de doutes sur ce point, c'est que M. Javal ayant dit : « Il demeure donc « bien entendu que le récépissé aura identiquement les « mêmes effets que la lettre de voiture, sauf la fixation du « chiffre de l'indemnité. Il est bon que le public soit bien « fixé sur les nouveaux droits que lui confère le récépis- « sé », le commissaire du Gouvernement répondit : « Oui, « le récépissé aura les effets de la lettre de voiture pour « les expéditions par chemin de fer (2). »

635. — Il ne suffit pas que le commissionnaire, pour avoir un privilége, ait été mis en possession, il faut qu'il ait conservé cette possession. Le privilége cesse donc lorsque le commissionnaire abandonne volontairement la mar-

(1) Req. 9 déc. 1873 (J. P. 1874, 55).
(2) Journal du Palais, *Lois, Décrets, etc.*, 1863, p. 40, note 5.

chandise, à moins que ce ne soit pour la vente, car dans ce dernier cas le privilége est reporté sur le prix.

636. — Nous avons dit qu'il était nécessaire pour l'existence du privilége, que le commettant eût la capacité de disposer des marchandises. Le privilége ne pourrait donc porter sur des marchandises expédiées par le failli depuis le jugement déclaratif de faillite, alors même que le commissionnaire n'en aurait pas eu connaissance (1). En matière de faillite, la capacité du failli pour constituer un gage est déterminée par l'art. 446 C. com. Aux termes de cet article, sont nuls toutes hypothèques ou tous nantissements constitués depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, pour des créances antérieurement contractées (2). Il est

(1) Story, § 377, p. 468.

(2) L'art. 555 du Code Italien, qui est la copie à peu près littérale de notre art. 446, déclare cependant nuls, sans distinction, tous les gages et antichrèses constitués par l'acheteur : « I pe- « gni e le anticresi costituite sopra i beni del debitore. » Il suit donc l'ancien art. 443 de notre Code. — Le Code Hollandais, dans son art. 774, reproduit la distinction de notre Code ; toutefois le délai pendant lequel la nullité peut être prononcée est différent. Ce Code ne laisse pas, comme le nôtre, au tribunal la faculté de fixer l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements ; le point de départ du délai est le commencement de la faillite, et la faillite commence, d'après l'art. 769, du jour de la déclaration du débiteur ou de la remise au greffe de la requête des créanciers, ou du jour du réquisitoire du ministère public. Ce délai pendant lequel la nullité peut être prononcée est de 40 jours.— L'art. 445 du Code Belge (modifié par la loi du 18 avril 1851) est la copie de l'art. 446 de notre Code ; toutefois le Code Belge porte dans son art. 442 que l'époque de la cessation des paiements ne peut être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de la faillite.— L'art. 1039 du Code Espagnol fixe à trente jours, et l'art 1133 du Code Portugais à vingt jours avant l'ouverture de la faillite, le délai pendant lequel le failli n'a pu consentir valablement des droits de préférence.— Dans le Droit Anglais, le *Bankruptcy Act* de 1869

donc certain d'une part, que si des marchandises sont consignées au commissionnaire qui s'en trouve saisi par la remise du connaissement, et que moyennant cette garantie il fasse des avances, le privilége portera sur ces marchandises à quelque époque que la consignation ait été faite, pourvu que ce soit antérieurement à la déclaration de faillite (1), et qu'il n'y ait pas de fraude concertée; d'autre part, que si, après avoir fait des avances sans exiger la remise de marchandises, il lui en est expédié dans les délais indiqués par l'art. 446 C. com., le privilége ne peut exister. Que faudrait-il décider si les marchandises étaient expédiées postérieurement aux avances effectuées, mais qu'au moment des avances il eût été convenu que des marchandises devraient être remises en garantie au prêteur ? Nous pensons que l'on devrait se prononcer pour la validité du privilége. En effet, la nullité est prononcée par l'art. 446 C. com., parce que la loi ne veut pas que le failli favorise un de ses créanciers au détriment des autres. Dans notre

(32 et 33 Vict. ch. 71) prononce également dans son art. 92 la nullité de tous les actes qui constituent une préférence frauduleuse en faveur d'un créancier et qui émanent d'une personne tombée en faillite dans les trois mois de leur date. Le nouveau *Bill to amend the Law of Bankruptcy*, de 1881, projet qui n'est pas encore adopté, reproduit à peu près la même disposition, sauf cependant qu'il laisse à la Cour le soin de rechercher s'il y a fraude pour prononcer la nullité. L'art. 64 est en effet ainsi conçu : « If a debtor makes any payment, or gives or « delivers any satisfaction or security to a creditor in respect « of a debt, the consideration for which was either wholly or « partly antecedent to the date of the payment, gift, or deli- « very, and becomes bankrupt within *three months* after that « date, and the Court is of opinion that the payment, gift, or « delivery was voluntarily made by the debtor with a view of « giving the creditor an undue preference over other credi- « tors, the Court may declare the payment, gift, or delivery to « be void as against the trustee in the bankruptcy. »

(1) Douai, 29 nov. 1843 (J. P. 1844, 2, 154).

espèce il n'en est pas ainsi ; l'avance n'a été faite que sous la promesse d'une consignation ; c'est donc à ce moment que le gage a été véritablement consenti ; la remise des marchandises ne constitue plus que l'exécution de cette convention, convention, nous le supposons, valablement contractée (1).

E. — Quel est son rang.

637. — Nous avons supposé jusqu'ici le commissionnaire en concours avec des créanciers chirographaires ; il nous reste à rechercher quel rang doit être assigné à son privilége lorsqu'il y a d'autres créanciers privilégiés.

638. — Le privilége du commissionnaire est primé : 1° par les frais de justice, s'ils ont été faits pour son utilité ; 2° par le privilége de la douane, pour les droits auxquels les marchandises sont soumises (2) ; 3° par le privilége des voituriers ; 4° par la créance de ceux qui par leur travail ont conservé la marchandise, si ce travail est postérieur à la consignation.

639. — Mais la créance du commissionnaire doit être préférée : 1° à celle des ouvriers dont le travail a eu lieu antérieurement à la consignation ; 2° aux créances garanties par un privilége général, frais de dernière maladie, etc. ; 3° à la créance du vendeur des marchandises.

L'art. 2102 - 4° du Code civil donne un privilége au vendeur sur le prix des effets mobiliers qu'il a vendus, et si la vente a été faite sans terme, le vendeur a même le droit de revendiquer ces effets. Ces dispositions sont également applicables en Droit commercial ; mais ce droit de

(1) Rouen, 7 juill. 1853 (J. P. 1855, 1, 191). — Cpr. Alauzet, T. II, n° 884.

(2) Loi du 6 août 1791, tit. XIII, art. 22, et loi du 4 germinal an II, tit. VI, art. 4. — Req. 29 mars 1850 (*Mémorial du commerce*, 1851, 2e partie, p. 5). — Code Allem., art. 411.

revendication et de privilége est soumis à une condition, c'est que les objets soient restés en la possession de l'acheteur, c'est-à-dire qu'il n'ait pas conféré à d'autres personnes un droit réel sur ces choses. Dès que le commissionnaire est nanti, soit par la livraison réelle des marchandises, soit par la remise du connaissement ou de la lettre de voiture, il n'a rien à craindre de la part du vendeur; et celui-ci ne peut revendiquer les marchandises entre ses mains qu'en le remboursant du montant de sa créance.

Dans le cas de faillite, le Code de commerce ne suit plus les règles du Droit civil. L'art. 550 modifié par la loi du 12 février 1872, porte que le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du Code civil au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite. Les seuls droits qu'ait le vendeur sont contenus dans les art. 576 et 577 C. com., et ils se réduisent à ceci : pouvoir de revendiquer les marchandises expédiées au failli, tant qu'elles ne sont pas entrées dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre, pourvu en outre qu'avant leur arrivée elles n'aient pas été vendues, sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signés par l'expéditeur.

On voit donc que, dans le cas de faillite du commettant, si le commissionnaire a reçu dans ses magasins des marchandises avec mission de les vendre, il est à l'abri de toute revendication. Il ne peut y avoir doûte que si les marchandises ne sont pas encore arrivées dans ses magasins, ou s'il les a reçues à titre de simple dépôt. On pourrait tirer un argument *a contrario* des termes de l'art. 576, pour soutenir que la revendication est possible dans ce cas entre les mains du commissionnaire, et cette argumentation pourrait se soutenir par le raisonnement suivant : que, la revendication ne pouvant se comprendre

sans la résolution de la vente, le droit de revendiquer accordé à l'acheteur indique que dans l'esprit de la loi la vente se trouve résolue rétroactivement par suite de la faillite, de telle sorte qu'aucun droit réel ne peut exister sur la chose du fait du failli. Ce raisonnement ne saurait pourtant être admis, et il est repoussé par les auteurs et par la jurisprudence (1). En effet, la disposition de l'art. 578 indique que la faillite n'a pas pour effet de résoudre la vente *ipso jure* ; c'est une simple faculté qui est accordée aux parties, et la preuve, c'est que d'abord, si le vendeur ne réclamait aucune faveur et consentait à venir à la masse pour sa part proportionnelle, on ne pourrait lui en refuser la faculté en disant que, la vente n'existant plus, il n'a qu'une seule chose à faire, reprendre sa marchandise; et en second lieu, que le syndic peut arrêter la revendication en offrant le paiement du prix. Mais la loi accorde une faveur au vendeur, celle d'offrir aux syndics le choix entre la résolution du contrat ou le paiement intégral de sa créance. Toutefois, pour que cette résolution se trouve possible, une condition est indispensable, c'est que les choses soient entières ; le contrat ne peut être résolu au détriment des droits concédés à des tiers, si ces tiers sont de bonne foi ; ce que le Code dit de la vente doit donc s'appliquer à tout autre droit réel consenti sur ces choses. De quelque manière que l'on veuille expliquer les art. 576 et suiv. C. com., on arrive d'ailleurs toujours à ce résultat. Admet-on en effet que si la revendication est impossible contre celui qui a acheté du failli sur factures et connaissements ou lettres de voiture, c'est parce que le failli se trouve en avoir perdu la possession et que la règle

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 252 ; Bédarride, n° 214 ; Alauzet, T. II, n° 883 ; Domenget, T. II, n° 920 ; Clamageran, n° 430.

en fait de meubles possession vaut titre peut être opposée par l'acheteur, l'endossement du connaissement ou de la lettre de voiture au profit du commissionnaire emporte aussi dessaisissement de la part du failli, et si celui-ci est capable de transmettre la propriété des marchandises, il est également capable de conférer sur elles le privilége de l'art. 95 au profit d'un commissionnaire de bonne foi. Il est évident d'ailleurs qu'en désintéressant le commissionnaire, le vendeur peut revendiquer les marchandises à l'encontre des autres créanciers du failli, s'il se trouve dans les conditions du premier alinea de l'art. 576 C. com.

640. — Lorsque le commissionnaire a sous-consigné les marchandises qu'il avait reçues, à une personne qui lui fait des avances ou se charge d'en opérer la vente à sa place, comment se règlent les droits du sous-consignant et du sous-consignataire ?

Si la consignation a été faite par le consignataire primitif en son nom, le substitué ou sous-consignataire de bonne foi a un privilége même pour les avances qu'il a faites personnellement au sous-consignant ou substituant; car il avait tout lieu de croire que celui-ci était le véritable propriétaire des marchandises et il a agi dans cette pensée. Si le substituant de son côté avait fait des avances au commettant, il aurait aussi son privilége, ne l'ayant pas perdu par la remise à son substitué, puisque le substitué est son agent et possède pour son compte. Supposons donc que le consignataire primitif ait fait 20,000 fr. d'avances au propriétaire, et le sous-consignataire 10,000 fr. au sous-consignant, et que les marchandises ne vaillent que 15,000 fr., le privilége du sous-consignataire doit nécessairement primer celui du commissionnaire primitif, car dans ses rapports avec celui-ci, c'est lui qui est le commissionnaire nanti des marchandises.

Il y a d'ailleurs une observation à faire, c'est que le

privilége du substituant ne peut s'exercer qu'autant que la créance du substitué, en déduisant toutefois les frais légitimes que le substituant aurait dû faire lui-même, ne dépasse ou n'égale pas celle du substituant contre le commettant, et qu'après qu'il a été fait déduction du montant de la créance du substitué ainsi réduite. Si les marchandises, par exemple, valaient 30,000 fr., le substituant ne pourrait prendre, après prélèvement des 10,000 fr. revenant à son substitué, la totalité de sa créance de 20,000 fr.; car, à l'égard du commettant, la marchandise n'est grevée que dans la limite de 20,000 fr., et on comprend qu'après avoir été remboursé de 10,000 fr. par le substitué, il ne puisse réclamer une seconde fois la même somme de son commettant (1). Si l'avance du substitué était supérieure à celle du substituant, le substitué pourrait cependant exercer son privilége pour la totalité de sa créance, sauf le recours du commettant contre son commissionnaire; nous en avons dit plus haut les motifs.

Si le substitué n'ignorait pas la nature des droits du substituant sur la marchandise consignée, il n'aurait pas en son nom de privilége ; mais si le substituant avait fait lui-même une avance au commettant et avait par suite un privilége, puisqu'il conserve la possession par le substitué son agent, celui-ci pour se rembourser de ses créances pourrait exercer les droits de son débiteur contre le commettant et son privilége sur la marchandise. Cet exercice des droits du substituant est d'ailleurs soumis à la condition que le substituant ne soit pas en état de faillite; car comme il ne peut être question de subrogation légale au profit du substitué, la créance du substituant failli contre le commettant appartient à tous les créanciers, et le substitué n'y a pas plus de droits qu'un autre. Quant

(1) V. cep. Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 255.

à la possession des marchandises, elle ne lui confère aucun droit spécial, puisqu'il possède pour le failli, c'est-à-dire pour tous ses créanciers, et pour la garantie, non pas de sa créance personnelle, mais de celle du failli. Le substitué pourrait cependant, dans certains cas et pour certaines créances, avoir un privilége personnel ; il en serait ainsi pour les sommes qu'il aurait avancées directement au commettant relativement à ces marchandises, et pour le montant des frais régulièrement faits pour l'exécution de la commission, s'il ressortait des agissements du commettant qu'il avait ratifié la substitution. Dans ce cas il est certain que le privilége du sous-consignataire serait préférable à celui du consignataire primitif (1).

Lorsque la substitution ou sous-consignation a été faite au nom du commettant et conformément aux instructions ou à l'autorisation de celui-ci, le substituant par la sous-consignation perd son privilége, quand même il aurait fait antérieurement des avances ou des déboursés, parce que le substitué devenant l'agent direct du commettant ne possède pas pour son compte, à lui substituant. En abandonnant ainsi la possession, il ne peut plus prétendre à un droit de préférence sur les marchandises. Dans cette hypothèse, il ne peut donc y avoir de concours entre les priviléges.

§ 4. — REVENDICATION.

644. — La revendication exigeant dans celui qui l'intente la qualité de propriétaire, il semblerait qu'elle ne dût pas figurer au nombre des droits qui appartiennent au commissionnaire, puisque sa qualité repousse toute idée de propriété. Cependant la jurisprudence et la doctrine l'accordent au commissionnaire acheteur, lorsqu'il s'est

(1) Code Belge, art. 16. — V. cep. Code Allemand, art. 411.

dessaisi des marchandises en les expédiant à son commettant qui tombe en faillite sur les entrefaites. La position du commissionnaire acheteur justifie amplement ce droit au point de vue de l'équité. Aussi lui est-il reconnu par les législations étrangères. « Where an agent is a factor « in a foreign country (1), and purchases goods on his « own credit for his principal, and ships them to the « latter, he is deemed, as between himself and his prin- « cipal, to be in the same predicament, and entitled to « the same rights and remedies, as any common vendor « and consignor of the goods ; and, consequently, he has « the right of stoppage *in transitu*, in case the principal « fails, or becomes insolvent, before the transit of the « goods is ended by delivery thereof to the principal (2).»

642. — Mais dans notre Droit, si on s'accorde sur l'existence de cette action, il n'en est pas de même en ce qui concerne le principe juridique qui lui sert de base. En effet, le Code de commerce, qui a réglé le privilége du commissionnaire dans la double hypothèse où il se trouve en possession des marchandises, et où il s'en est dessaisi pour la vente en conformité de son mandat, ne s'est pas occupé de réglementer les droits du commissionnaire acheteur lorsque, en exécution de son mandat aussi, il s'est dessaisi des marchandises pour en faire l'expédition au commettant. Il y a là une lacune que la loi de 1863

(1) S'il est parlé du « factor in a *foreign* country », c'est que dans le Droit des Etats-Unis, le contrat passé avec l'*agent*, même au nom de celui-ci, est, à moins de convention contraire, obligatoire directement pour le *principal*, si celui-ci est connu, lorsque l'*agent* et le *principal* demeurent dans le même pays, tandis que si l'agent est en pays étranger, c'est lui seul qui est tenu par le contrat, parce que c'est lui seul que le tiers est censé avoir eu en vue en contractant.

(2) Story, § 350, p. 447. — Il en est de même dans la législation Anglaise. (Russell, p. 179).

aurait dû combler ; et le Code Italien, qui a suivi pas à pas et presque littéralement notre Code de commerce, n'a pas jugé inutile de consacrer un article spécial au point qui nous occupe. L'art. 74 de ce Code accorde un privilége au commissionnaire acheteur non remboursé du prix d'achat, sur les marchandises expédiées, tant qu'elles ne sont pas arrivées dans les magasins du commettant, à la seule condition de prouver l'expédition au moyen du titre constatant le transport, lettre de voiture ou connaissement (1).

643. — Deux hypothèses sont d'ailleurs à distinguer. En effet, le commissionnaire a pu faire l'expédition en son nom et à son ordre, se réservant de passer le connaissement ou la lettre de voiture au nom du commettant contre le remboursement de ses frais; ou bien il a expédié directement à l'adresse du commettant. Dans le premier cas, il est évident que tant que l'expédition reste en son nom, il conserve la possession des marchandises, le voiturier les détenant pour son compte; il a donc sur elles à la fois un droit de rétention et un droit de privilége. Dans l'autre hypothèse, il se dessaisit, et c'est dans ce cas seulement que la difficulté peut exister.

644. — Ne trouvant dans le Code de commerce aucun article spécialement destiné aux droits du commissionnaire sur la chose expédiée au failli, on a fait l'application de l'art. 576 C. com.

Certains auteurs se basent, pour appliquer cet article,

(1) « Al commissionario che ha comprato merci per conto « altrui, spetta il privilegio stabilito nell' articolo precedente « anche per il prezzo pagato o che deve pagare, purchè le merci « si trovino a sua disposizione nei suoi magazzini o in un depo- « sito pubblico, ovvero, se le merci non sono ancor giunte nel « magazzino del committente, provi con polizza di carico o « lettera di vettura la spedizione ché egli ne ha fatta. »

sur ce que, dans ses rapports avec son commettant, le commissionnaire est un vendeur. En effet, disent-ils, l'achat ayant été fait au nom du commissionnaire, c'est lui qui est propriétaire et par suite une seconde vente est nécessaire pour transférer la propriété au commettant (1). Ce système pèche par la base, car bien qu'achetant en son nom, le commissionnaire agit pour le compte du commettant et non pour s'acquérir à lui-même la propriété, de sorte que la propriété ne réside pas en sa personne, et est transmise directement au commettant.

645. — D'autres auteurs considèrent le commissionnaire comme subrogé aux droits du vendeur, en vertu de l'art. 1251 du Code civil (2). Ce second système, bien que généralement admis, ne nous semble pas irréprochable. L'art. 1251 C. civ. est certainement applicable si le commissionnaire a agi tant en son nom qu'au nom du commettant; obligé solidairement avec ce dernier, puisqu'il est généralement admis qu'en matière commerciale plusieurs acheteurs d'une même chose par le même contrat sont solidaires pour le paiement du prix, s'il est dans la nécessité de payer, il se trouve subrogé aux droits du vendeur contre le commettant.

Mais dans le cas où il a contracté en son nom seul, il ne remplit pas les conditions exigées par cet article. S'il s'est obligé *pour le compte* du commettant, son obligation est directe, principale, et n'est pas la *garantie* d'une autre obligation, celle du commettant. Or c'est ce qu'exige l'art. 1251 en disant : « tenu *pour* d'autres. » La subrogation ne se comprend pas en effet, s'il n'y a qu'une seule obligation, l'obligation de celui qui se libère. Comment le vendeur

(1) Duranton, T. XVIII, nº 264.
(2) Clamageran, nº 371 ; Domenget, T. II, nº 823 ; Bédarride, nºs 225 et suiv. ; Pardessus, T. II, nº 563 ; Civ. cass. 14 nov. 1810 ; Rouen, 4 janv. 1825 (J. P. à leurs dates).

peut-il subroger le commissionnaire à ses droits contre le commettant, puisqu'il n'en a aucun ? A cela on répond que si le vendeur n'a pas d'action personnelle contre le commettant, il a un droit sur la chose, et que c'est précisément à ce droit, droit de revendication, que le commissionnaire se trouve subrogé. La réponse à cette objection est facile. Il est vrai que le vendeur aurait, s'il n'avait pas été payé, le droit de revendiquer ; mais ce droit n'est que la garantie de sa créance contre le commissionnaire ; or dès que cette créance n'existe plus, la garantie, qui y était attachée, est éteinte; et il n'y a pas de subrogation qui puisse attacher la garantie, l'accessoire d'une créance éteinte, à une autre créance entièrement différente.

646. — Il nous paraît donc difficile d'accorder au commissionnaire le droit de se prévaloir de l'art. 576 en qualité de vendeur ; mais pourquoi ne le pourrait-il pas en qualité de commissionnaire ? L'art. 576 a été fait surtout en vue du vendeur, mais en résulte-t-il une exclusion pour tout autre créancier qui se trouverait dans la même situation ? MM. Delamarre et Le Poitvin (1) ne pensent pas que cette exclusion ait été dans l'esprit du législateur, et cette opinion est parfaitement autorisée par le texte de l'art. 576 qui, dans sa généralité, ne cherche pas la qualité du revendiquant. Quant à l'analogie qui existe entre le vendeur impayé et le commissionnaire acheteur au point de vue de leurs rapports avec la faillite, elle ne peut être méconnue. Le vendeur, pas plus que le commissionnaire, n'est le propriétaire de la marchandise en cours de voyage ; la vente lui a enlevé la propriété pour la transférer au failli, et la faillite n'a pas eu poúr conséquence de résoudre de plein droit la vente et par suite de lui

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 235 et T. VI, nº 226.— Cpr. Alauzet, T. II, nº 827.

rendre ses droits sur la marchandise. La vente subsiste si bien avec tous ses effets, qu'il ne peut dépendre de la volonté d'une seule des parties qu'elle soit considérée comme non avenue. Ainsi, si le vendeur ne revendique pas, le syndic est obligé de recevoir la marchandise ; s'il revendique, le syndic peut exiger la livraison en payant le prix. De même que le vendeur a le droit, s'il n'est pas payé intégralement, de faire révoquer le contrat et de reprendre sa marchandise, de même le commissionnaire doit pouvoir prétendre que, si on ne lui rembourse pas le prix des marchandises, le contrat intervenu entre lui et le commettant, n'étant pas exécuté par celui-ci, sera considéré comme non avenu et qu'il gardera l'opération pour son compte.

L'équité exige cette assimilation ; car, si au point de vue des principes, le commissionnaire n'est pas un vendeur, en fait il se trouve, dans ses rapports avec le commettant, exactement dans la même situation qu'un vendeur. Dans les deux cas il y a dette, par le failli, de la valeur des marchandises ; dans les deux cas aussi la propriété lui appartient ; ce qu'on juge équitable d'accorder dans une hypothèse, doit donc pour les mêmes motifs être accordé aussi dans l'autre.

Il est une chose d'ailleurs qui suffit pour rendre incontestable le droit qu'a le commissionnaire acheteur de revendiquer conformément à l'art. 576 C. com., c'est l'usage constant du commerce, et cet usage doit être d'autant plus respecté, que l'art. 2102-4° C. civ. a pris soin de déclarer qu'il n'est rien innové aux lois et *usages* du commerce sur la revendication.

647. — Le droit de revendication du commissionnaire acheteur est soumis aux conditions de l'art. 573 C. com., c'est-à-dire qu'il ne peut être exercé qu'autant que les marchandises sont encore en voyage et ne sont pas en-

trées dans les magasins du failli ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre. On voit que notre Code restreint dans des limites assez étroites le droit de revendication. Il est suivi en cela par le Code Italien (art. 74 et 689), le Code Belge (loi du 18 avril 1851, art. 546 et 568), la nouvelle loi Allemande du 10 fév. 1877 sur les faillites (*Konkursordnung für das Deutsche Reich*, art. 96), et est conforme à la jurisprudence des Etats-Unis (1) et de l'Angleterre. « The consignor's right to stop *in trans-* « *itu* », dit Russell, « exists, as the term itself imports, « only so long as the goods are in their passage to the « consignee. And hence it follows, that this right will « in all cases be defeated, by the fact of the goods arri- « ving at the actual or constructive possession of the « latter, because by this means, the *transitus*, or state of « passage, is determined (2). »

Mais généralement les autres législations se montrent moins rigoureuses à l'égard du revendiquant (3). Le Code Espagnol (art. 1114, 8° et 9°) distingue si la vente a été faite au comptant ou si elle a été faite à crédit. Dans le premier cas, le vendeur non payé peut revendiquer les marchandises dans les magasins du failli tant qu'elles sont restées emballées et reconnaissables ; dans le second cas la revendication n'est possible que si elles ne sont pas

(1) Story, § 350, p. 447.

(2) Russell, p. 183.

(3) L'Ordonnance sur les lettres de change pour la ville de Francfort-sur-le-Mein, du 26 mars 1739, art. 51, accordait au vendeur le droit de revendiquer les marchandises entre les mains du failli à toute époque, si la vente avait eu lieu dans les huit jours avant l'ouverture de la faillite, et si elles existaient encore en nature. Le Règlement sur les faillites du 31 août 1753 pour la ville de Hambourg, ch. I, art. 24, accordait les mêmes droits si la vente avait eu lieu dans les quatorze jours ayant précédé la déclaration de faillite.

entrées dans les magasins du failli, et même que si on ne lui a pas remis la lettre de voiture ou le connaissement. Le Code Portugais (art. 912) et le Code des Pays-Bas (art. 230 et suiv.) vont beaucoup plus loin ; non seulement la revendication est possible, que la vente ait eu lieu à terme ou au comptant, tant que les marchandises sont en cours de voyage, elle peut aussi être exercée entre les mains du failli, si les marchandises se retrouvent en nature dans ses magasins bien que déballées ou diminuées, pourvu que, depuis qu'elles y sont arrivées, il ne se soit pas écoulé plus de dix jours, si elles ont été vendues à crédit, plus de trente jours si elles l'ont été à terme, d'après le premier de ces Codes, — plus de trente jours dans l'une et l'autre de ces hypothèses, d'après le second.

648. — Cette revendication supposant la résolution d'un contrat précédemment formé, ne peut être faite au préjudice des droits des tiers. Aussi la loi française comme toutes les autres législations, fait-elle cesser la revendication si les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées de l'expéditeur. Et dans ce cas, quand bien même le tiers acheteur n'aurait pas payé son prix, il est évident que le commissionnaire ou le vendeur ne peuvent prétendre exercer sur ce prix aucun droit de préférence, car ils n'ont pas de privilége ; s'ils peuvent revendiquer les marchandises, c'est en résiliant le contrat, et cette résolution étant impossible, ils se trouvent simples créanciers de la masse. C'est là une conséquence logique des principes. Cependant l'art. 51 de l'Ordonnance de 1739 pour la ville de Francfort-sur-le-Mein, et l'art. 25 du Réglement sur les faillites de 1753 pour la ville de Hambourg, accordaient un privilége sur le prix dû par les tiers. Le Code Hollandais (art. 238) a suivi ce système (1).

(1) « Niettemin is de oorspronkelijke verkooper, in dat geval,

Si au lieu de vendre les marchandises, le failli les avait données en gage, ce gage ne ferait pas obstacle à la revendication, mais le commissionnaire devrait, pour pouvoir exercer ce droit, indemniser le créancier gagiste (1).

649. — Comme conséquence de ce fait, que par la revendication le contrat de commission se trouve anéanti, découle l'obligation pour le commissionnaire de rendre à la masse toutes les sommes qu'il a pu recevoir, frais, à-comptes, salaire, etc. (art. 576 C. com.) (2).

650. — Tout commissionnaire acheteur ne peut prétendre au bénéfice de l'art. 576. L'application de cet article est nécessaire pour sauvegarder les droits de celui qui a payé, parce qu'il y était obligé comme contractant. Mais si le commissionnaire avait acheté au nom du commettant et avait jugé bon de payer le vendeur, il n'aurait aucun droit de revendication, car n'étant nullement tenu de le faire, il a suivi la foi de son commettant; il doit donc supporter les conséquences de son imprudence.

« bevoegd den koopprijs, zoo lang dezelve nog niet is gekwe-
« ten, tot het beloop zijner inschuld, bij den kooper in te vor-
« deren, en hij is bevoorregt op die penningen, zonder dat
« dezelve met den boedel van den failliet mogen worden ver-
« mengd. »

(1) Code Holl., art. 237 et 241 ; Code Portug., art. 914.

(2) Code Holl., art. 233 et 235 ; Code Ital., art. 689 ; Code Belge, art. 569.

CHAPITRE IV.

DES RAPPORTS ENTRE LE COMMETTANT, LE COMMISSIONNAIRE ET LES TIERS.

651. — C'est dans les rapports avec les tiers que la distinction entre le cas où le commissionnaire contracte en son nom et le cas où il agit au nom du commettant, est importante. Il ne s'agit en effet de rien moins que de savoir quel est l'obligé ; dans un cas le tiers se trouve en face du commissionnaire et ne connaît que lui; dans l'autre cas le commissionnaire n'est qu'un instrument : le véritable contractant, c'est le commettant. On voit donc les conséquences importantes qui en découlent. Il peut se faire enfin que le commissionnaire contracte tant en son nom qu'au nom du commettant.

Ces différentes manières d'agir ont chacune leurs avantages, nous en avons déjà sommairement indiqué quelques-uns, et le choix appartient incontestablement au commettant. S'il a des raisons pour vouloir rester inconnu et pour défendre que son nom soit prononcé devant les tiers contractants, il est évident que le commissionnaire commettrait une faute grave en le divulguant. Suivre les

instructions de son commettant, telle doit être sa devise, telles sont aussi ses seules fonctions.

Il est rare d'ailleurs que le commettant s'explique formellement sur ce point. Il convient donc de savoir quelle conduite doit tenir le commissionnaire dans le silence du mandat. Les auteurs sont unanimes à constater que, d'après l'usage du commerce, le commissionnaire doit traiter en son nom; c'est la solution qui s'accorde le mieux avec la célérité qu'exigent les opérations commerciales; il doit donc obtenir l'autorisation de son commettant pour agir autrement (1).

652. — Nous allons donc examiner d'abord les rapports qui existent entre le commettant, le commissionnaire et les tiers, dans l'hypothèse où l'opération a eu lieu au nom du commissionnaire. Dans ce cas, le commissionnaire est le seul obligé; le commettant est complètement en dehors du contrat, de telle sorte qu'il n'a pas d'action contre les tiers, et réciproquement (2). Il n'y a rien en cela de spécial au Droit commercial; en matière civile, nous avons vu qu'il en est de même lorsque le mandataire traite en son nom.

De cela il résulte que les effets du contrat doivent être considérés exactement comme si le commissionnaire était le maître de la chose. Sans doute le commettant et le tiers ne seront pas totalement étrangers l'un à l'autre; ils peuvent se trouver en présence, en vertu de l'art. 1166 C. civ., en usant l'un contre l'autre des droits de leur débiteur

(1) Bravard-Veyrières, p. 232; Alauzet, T. II, nº 818; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 50; Troplong, nº 531; Hindenburg, loc. cit., p. 240.

(2) Code Holl., art. 77 et 78; Code Portug., art. 42 et 43; Code Ital., art. 69 et 70; Code Esp., art. 118 et 119; Code Allem. art. 368.

commun, le commissionnaire ; mais précisément parce que cette action est celle du commissionnaire, ils se verront réciproquement opposer les mêmes exceptions dont ils auraient pu se prévaloir contre celui-ci, celle de compensation entre autres; le commettant pourra aussi opposer aux tiers les exceptions résultant de la non-exécution, ou du défaut de conformité dans l'exécution, alors même que ceux-ci n'auraient pas eu connaissance de cette infraction aux ordres donnés. Enfin ils n'ont pas un droit exclusif à cette action de leur débiteur, et ils sont tenus d'en partager le bénéfice avec les autres créanciers ; il n'y a d'exception que pour le commettant et en matière de faillite, l'art. 575 C. com. lui permettant d'exercer contre la créance du prix les mêmes droits que contre la marchandise.

653.— Il en est ainsi, non seulement lorsque le nom du commettant était inconnu, mais alors même qu'il aurait été de notoriété publique que le commissionnaire agissait pour telle personne, ou qu'il l'aurait déclaré, pourvu que l'opération fût faite en son propre nom. Le commissionnaire ne peut donc jamais se soustraire aux poursuites des tiers en prouvant qu'il n'avait aucun intérêt dans l'affaire et en faisant connaître le véritable intéressé. Bien mieux, cet intéressé en acceptant le débat avec les tiers, en reconnaissant que l'opération était faite uniquement pour son compte, et en promettant de remplir les obligations contractées, ne saurait décharger le commissionnaire de ses obligations personnelles; au lieu d'avoir un seul débiteur, le tiers en aurait deux désormais. Cette décision, très logique d'ailleurs, puisque le commissionnaire a pris des obligations personnelles, est en outre complètement nécessaire à la sécurité des opérations commerciales; les tiers ont pu se fier au crédit du com-

missionnaire, et ils se refuseraient à traiter avec lui, s'il pouvait se retrancher derrière sa qualité de mandataire, pour mettre en face du poursuivant un commettant inconnu et insolvable (1).

654. — Nous avons dit que le tiers peut opposer au commettant la compensation qui a eu lieu entre sa dette et les créances qu'il peut avoir contre le commissionnaire. Certains auteurs ont voulu voir dans cette compensation un droit d'exception, et se basant sur l'art. 575 du Code de commerce, ils ont déterminé les conditions particulières auxquelles est soumise cette compensation spéciale (2). Nous avons examiné cette question [v. n° 604], et nous renvoyons à la solution que nous avons donnée.

655. — Le commissionnaire qui traite en son nom se présente donc comme le maître de la chose; les tiers n'ont pas à s'enquérir du nom de son commettant, ni même de la qualité en laquelle il contracte ; à plus forte raison n'ont-ils pas à rechercher l'étendue de ses pouvoirs et à se préoccuper du point de savoir s'il agit avec l'agrément du commettant. Les actes accomplis sont toujours valables à leur égard, sous la seule condition de leur bonne foi (3).

(1) Casaregis, Disc., 140, n° 26 ; Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 725 et suiv.; Alauzet, T. II, n° 818 et suiv.; Troplong, n° 536; Hindenburg, loc. cit., p. 247. — Dans la jurisprudence de l'Angleterre et des Etats-Unis, on n'examine pas au nom de qui le contrat a été fait, mais quelle personne le tiers avait en vue en contractant, celle au crédit de laquelle il avait voulu se fier. « The fact that the agent has contracted in his own name « in writing, yet with the assent of his principal and for his « benefit, will not exclude the principal from liability, unless « exclusive credit is given to the agent. » Story, § 446 *a*, p. 535; V. aussi: § 261 et suiv., p. 322 et suiv.; Russell, p. 67 et suiv.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 63 ; Domenget, T. II, n° 818.

(3) Civ. cass. 20 juill. 1871 (J. P. 1871, 145); Guadeloupe, 1er

656. — Lorsque le commissionnaire a traité au nom du commettant, il ne s'oblige pas personnellement ; le commettant devient l'obligé direct du tiers contractant et réciproquement. Revenir sur les conséquences de cette fiction, serait une redite ; nous les avons développées en parlant du mandat. Dans cette hypothèse, les tiers doivent nécessairement réclamer la justification de la qualité prise par le commissionnaire et de l'étendue de ses pouvoirs, la validité de l'acte dépendant de la question de savoir s'il est autorisé. L'art. 1997 C. civ., qui règle les conditions du recours contre le mandataire, serait aussi applicable au commissionnaire.

657. — Le commissionnaire peut aussi contracter en son nom et déclarer en même temps qu'il le fait au nom et pour le compte d'une personne qu'il se réserve de nommer à une époque déterminée. C'est là une condition résolutoire d'une nature particulière, condition n'affectant pas l'existence du contrat lui-même, mais portant sur les droits et les obligations d'un seul des contractants. Jusqu'à ce que le commissionnaire ait nommé son commettant, c'est lui qui est l'obligé ; mais dès qu'il use de la faculté qu'il s'est réservée, il s'opère une substitution ; les droits du commissionnaire sont résolus rétroactivement et le commettant est censé investi des mêmes droits depuis le jour du contrat ; tout se passe de même que si, dès l'origine, le contrat avait été fait en son nom. Comme dans toute condition, le délai fixé est de rigueur ; il ne

juill. 1872 (D.P. 1874, 2, 95). Il en est ainsi même en Angleterre et aux Etats-Unis. Voir pour l'Angleterre les *Factors' Acts* cités p. 502, notes 1 et 2 ; Russell, p. 46 et suiv ; Abbott (Lord Tenterden), *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen*, 10th ed., 1856, p. 415 et suiv.— et pour les Etats-Unis, Story, § 228 et suiv., p. 285 et suiv.

pourrait être prorogé, quand même le commissionnaire allèguerait qu'un cas fortuit l'aurait empêché d'exercer ce droit en temps voulu. Cette condition est d'ailleurs dans l'intérêt unique du commissionnaire ; il est donc libre d'y renoncer avant l'expiration du délai fixé ; le contrat devient dès lors pur et simple (1).

658. — En règle générale, le commissionnaire n'est pas tenu en contractant de déclarer sa qualité, et, s'il le fait, les tiers ne peuvent le forcer à leur divulguer le nom du commettant. Ce principe est même consacré législativement dans certains Codes étrangers. « Il commissiona-« rio », porte l'art. 69 du Code Italien, « non è tenuto a « indicare il nome del committente a colui col quale « contratta. » Les art. 77 du Code des Pays-Bas, 118 du Code Espagnol et 42 du Code Portugais, reproduisent cette disposition à peu près dans les mêmes termes.

A ce principe il y a une exception, exception qui, par la nature de l'acte auquel elle s'applique, est tellement nécessaire qu'elle est commune à toutes les législations (2), et existait dans notre ancien Droit. Elle se présente en matière d'assurances. L'art. 332 C. com. exige que le contrat contienne : « le nom et le domicile de ce-« lui qui fait assurer, *sa qualité de propriétaire ou de* « *commissionnaire.* » Et cette désignation par le commissionnaire de sa qualité n'est pas même suffisante, il faudra, sinon dans le contrat, au moins à une certaine époque, lorsqu'il voudra en réclamer l'exécution, qu'il divulgue le nom du commettant. Les motifs de cette exception

(1) Alauzet, T. II, nº 819; Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 128.

(2) V. notamment : Code Ital., art. 446 ; Code Espagn., art. 841 ; Code Holland., art. 256 ; Code Belge (loi du 11 juin 1874, art 27.); Code Allem., art. 785; Code Brésil., art. 667; Code du Chili, art. 516; Code de la Rép. Argent., art. 644.

sont faciles à comprendre. En effet, quel est le but du contrat d'assurances: c'est de sauvegarder la propriété d'une personne contre les risques de la navigation; l'assureur s'oblige à l'indemniser des pertes que ces risques pourront lui faire subir. La première condition pour que le contrat puisse exister, est donc que l'assuré possède des biens soumis à ces risques. Faire une assurance sur des choses à la conservation desquelles on n'a aucun intérêt, c'est un pari qui tombe sous le coup des art. 1965 et 1967 du Code civil. *Pas d'assurance sans intérêt* (1). Il est donc impossible que le commissionnaire chargé de faire une assurance, agisse en son nom comme dans les autres cas; en prouvant son défaut d'intérêt sur les biens assurés, les assureurs ne manqueraient pas de faire annuler le contrat.

Cependant l'assuré peut avoir intérêt à ne pas faire connaître immédiatement son nom ; le *Guidon* nous apprend que, déjà à l'époque où il était rédigé, ceux pour le compte de qui l'assurance était prise voulaient souvent que leur nom ne fût pas énoncé au contrat: « Prendra « aussi garde le greffier que ceux qui signent par commis- « sion d'autruy [les polices d'assurances], ayent à luy « bailler coppie approuvée de la procuration de ceux pour « lesquels ils signent, laquelle il enregistrera sur son re- « gistre, afin que s'il en avient faute, l'on aye recours « audit registre, parce qu'il y en a plusieurs qui ne veu- « lent estre dénoncés aux polices, s'ils font signer autre « pour eux, il demandera leur pouvoir, ou s'ils sont résí- « dens en la ville, les fera signer sur les registres, et « promettre qu'ils tiendront pour valable les asseurances

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 171.

« que tel signera pour eux, jusques à la valeur de telle « somme (1). »

On voit quelles précautions on prenait dans ce cas pour s'assurer que le contrat était sérieux et ne cachait pas un pari. Plus tard ces formalités tombèrent en désuétude, et l'Ordonnance de la Marine d'août 1681 (l. III, tit. VI, art. 3) exige simplement, comme l'art. 332 de notre Code actuel, que la police contienne la mention de la qualité en laquelle agit l'assuré. Le commissionnaire laisse donc inconnu le nom du commettant, et il déclare qu'il fait assurer pour le compte *de qui il appartiendra* (2), « für « Rechnung *wen es angeht* (3). » Mais il arrive un moment où le commissionnaire doit nécessairement divulguer le nom du commettant, c'est lorsqu'il s'agit du règlement de l'indemnité par les assureurs en cas d'avaries ; car pour pouvoir réclamer cette indemnité, il est nécessaire de prouver l'intérêt que l'on avait sur les choses assurées et soumises à un risque.

Est-il nécessaire pour établir la légitimité du contrat que l'assuré pour compte prouve qu'il avait véritablement mission de contracter cette assurance au profit de celui qu'il indique comme le propriétaire des marchandises? L'affirmative est exigée par plusieurs législations, du moins dans le cas où l'assuré n'a pas déclaré dans le contrat

(1) *Du Guidon utile et nécessaire pour ceux qui font marchandise et qui mettent à la mer*, ch. XX, nº 5. (Compris dans les *Us et Coutumes de la mer*, 2e part., p. 287 de l'édit. de Rouen 1671, p. 173 de l'édit. d'Amsterdam 1788; T. II, p. 428 de la *Collection des lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle*, de Pardessus).

(2) Valin, *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine d'août 1681*, sur cet art., T. II, p. 31 ; Emérigon, *Traité des assurances*, chap. v, sect. I et suiv., T. I, p. 134 et suiv.

(3) Code Allemand, art. 785.

qu'il assurait pour le compte d'un tiers, mais sans mandat de sa part. C'est ainsi que le Code de commerce maritime Suédois du 23 févr. 1864 porte qu'à défaut de cette déclaration l'assurance est nulle, encore bien que celui pour le compte de qui elle est faite, l'ait ratifiée; cependant, malgré cette nullité, l'assureur conserve le droit de réclamer le paiement intégral de la prime (1). L'art. 786 du Code Allemand est conçu exactement dans le même esprit. Dans notre Droit, aucune disposition législative ne prononçant cette déchéance contre l'assuré, il est évident qu'elle ne saurait être appliquée. Mais n'est-il pas nécessaire au moins, que le propriétaire des marchandises ait ratifié, avant l'arrivée du sinistre, l'assurance contractée à son insu ? Certains auteurs l'exigent (2), et une disposition du Code Portugais est conforme à leur opinion (3). Pour nous, il ne nous semble pas que cette solution doive être admise comme une règle générale, car il y a de nombreux cas où l'assurance doit être considérée comme un acte de gestion d'affaires; il en est ainsi, notamment, lorsque le commissionnaire assure les marchandises qu'il

(1) « Försäkring för annans räkning kan tan tagas med eller « utan uppdrag af den, för hvilken försäkringen slutes. Sker det « utan uppdrag, vare den som försäkringen asfluter, skyldig att « denna omständighet för försäkringsgifvaren tillkännagifva. « Underläter han det då ar ehvad den, för hvars räkning för- « säkringen sluten är, den samma godkanner eller icke, försäk- « ringen ogiltig och försäkringsgifvaren lika väl berättigad att « premien behålla (§ 190). » —V. aussi Code Hollandais, art. 265.

(2) Delamarre et Le Poitvin, T. III, nº 135.

(3) Code Portugais, art. 1698 : « Toda a pessoa habil para con- « tractar pode fazer segurar o seu interesse, ou d'um terceiro, « com tanto que neste ultimo caso d'elle tenha auctorisação, ou o « terceiro ratifique o seguro em tempo opportuno. Faz-se a rati- « cação em tempo opportuno, verificando-se antes que o segu- « rado podesse ter conhecimento d'um damno qualcher, acon- « tecido ao objecto segurado. »

est chargé d'expédier par mer. C'est donc la disposition de l'art. 5 de la loi Belge du 11 juin 1874 (1) qui nous semble la règle la plus convenable à appliquer dans ce cas. S'il s'agit d'un acte de gestion d'affaires, l'assureur est obligé envers le propriétaire, même sans aucune ratification; sinon, la ratification est nécessaire, et elle doit être donnée avant que les avaries ne soient survenues.

659. — L'indication faite par un commissionnaire qu'il traite pour le compte d'autrui, ne l'empêche pas, nous l'avons vu, d'être tenu personnellement envers les tiers. Les tiers en effet ne connaissent que le commissionnaire et c'est en considération de sa personne et de son crédit qu'ils ont conclu le contrat. Le commissionnaire est donc réputé l'assuré à l'égard des assureurs; il en résulte : 1° que son dol, ses fausses déclarations, annulent l'assurance (2); il ne serait pas équitable en effet, même à défaut de tout motif juridique, que le commettant profitât de la fraude de son agent ; 2° que c'est lui qui est obligé au paiement de la prime (3). Cette obligation est d'autant plus rationnelle dans certaines législations que, d'après elles, la prime doit être payée contre remise de la police (4).

Réciproquement, le commissionnaire peut remplir toutes les formalités nécessaires pour arriver à un règlement d'avaries ou à un délaissement (5), s'il est encore porteur de la police. Il peut aussi agir en son nom, dans le cas

(1) « L'assurance peut être contractée pour compte d'autrui en « vertu d'un mandat général ou spécial ou même sans mandat. « Les effets en sont réglés en ce dernier cas par les dispositions « relatives à la gestion d'affaires. »

(2) Code Holland., art. 269 ; Code Allem., art. 810.

(3) Emérigon, ch. v, sect. iv, § 1 ; Boucher, *Institution au Droit maritime*, n° 21.

(4) Code com. marit. Suédois, art. 222; Code Russe, art. 901 ; Code Allem., art. 816.

(5) Emérigon, ch. v, sect. iv, § 2.

de faillite des assureurs, pour obtenir caution ou la résiliation du contrat, conformément à l'art. 386 du Code de commerce.

660. — Lorsque le commissionnaire a déclaré le nom du commettant, ce dernier est censé rétroactivement avoir toujours eu les droits et les obligations de l'assuré, et le contrat est présumé avoir été fait directement avec lui dès l'origine ; c'est l'application du principe que nous avons posé au n° 657, avec cette observation que la divulgation du nom du commettant n'est pas ici une simple faculté, mais une obligation qui dérive de la nature même du contrat d'assurance (1).

Il résulte de cette rétroactivité que la fraude du commettant, la connaissance qu'il avait de la perte des biens assurés au moment de l'assurance, influe de même que celle du commissionnaire sur la validité du contrat ; la fraude serait d'ailleurs trop facile s'il suffisait de la couvrir sous la bonne foi d'un intermédiaire ; et à défaut de la logique des principes, l'équité exigerait une semblable solution. Toutefois il est évident que cette règle n'est pas toujours vraie d'une façon absolue ; elle suppose que la mauvaise foi existait au moment où l'ordre était donné, ou que du moins la connaissance de la perte ou de l'inexactitude des énonciations transmises était arrivée au commettant à une époque où il pouvait avertir efficacement le commissionnaire. S'il en était autrement, si le commettant avait donné l'ordre de bonne foi et qu'il n'eût eu que plus tard connaissance des faits de nature à aggraver les risques, l'assurance devrait être considérée comme valable. La disposition de l'art. 811 du Code Allemand doit donc aussi être appliquée dans notre Droit (2).

(1) Code du Chili, art. 1272.

(2) « Die Kenntniss des Versicherten oder eines Zwischen-

661. — L'indication du nom du commettant a-t-elle pour effet de décharger le commissionnaire de toute obligation ? Ce serait une erreur de le croire; le commissionnaire ne peut jamais se décharger de l'obligation de payer la prime. « Nonobstant ce, » dit l'auteur du *Guidon*, « le Procurenr ou Commissionnaire ne sera déchargé, « mais répondra en son propre et priué nom, sauf son « restor sur celuy qui l'aura commis (1). » Le motif en est simple ; l'assureur n'a fait crédit de la prime qu'à la personne du commissionnaire; le commettant lui étant inconnu au moment du contrat, il ne pouvait savoir s'il était solvable ou insolvable et traiter en conséquence. Si le commissionnaire pouvait ainsi se soustraire à ses engagements, qu'arriverait-il, c'est que les assureurs, pouvant craindre de se trouver en présence d'un insolvable, ou exigeraient que le nom du commettant fût porté sur la police, ou refuseraient de contracter. Est-ce à dire que l'assureur soit dénué de tout recours contre le commettant à raison du paiement de la prime ? Il est certain que si le commettant n'avait pas remis au commissionnaire l'argent nécessaire au paiement de la prime, il pourrait être actionné par l'assureur (2). Si le commettant avait remis le montant de la prime au commissionnaire, Emérigon décidait

« beauftragten kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Um-
« stand denselben so spät bekannt wird, dass sie den Versiche-
« rungsnehmer ohne Anwendung aussergewöhnlicher Massre-
« geln vor Abschluss des Vertrages nicht mehr davon benach-
« richtigen können. »

(1) Le *Guidon*, loc. cit., Edit. de Rouen, p. 287 ; Ed. d'Amsterdam, p. 173 ; Ed. Pardessus, T. II, p. 428.

(2) Code Allem., art. 816 : « Wenn bei der Versicherung für
« fremde Rechnung der Versicherungsnehmer zahlungsunfähig
« geworden ist und die Prämie von dem Versicherten noch nicht
« erhalten hat, so kann der Versicherer auch den Versicherten
« auf Zahlung der Prämie in Anspruch nehmen. »

qu'il ne serait pas tenu vis-à-vis de l'assureur (1). Nous ne saurions admettre cette solution, car, par suite de la déclaration du nom du commettant, celui-ci se trouve obligé envers les créanciers du commissionnaire, de même qu'il a le droit d'agir contre les débiteurs. Il est vrai qu'il n'est pas responsable de la fraude du commissionnaire ; mais on ne peut dire non plus que l'assureur doive en supporter les conséquences ; et on ne saurait douter que ce dernier n'ait le droit de retenir sur le montant de l'assurance ce qui lui est dû pour la prime.

662. — L'effet le plus marquant de cette substitution du propriétaire au commissionnaire est de mettre en présence le propriétaire et l'assureur pour le règlement de l'indemnité, et d'accorder au commettant une action directe contre l'assureur en paiement de cette indemnité. Le paiement, pour être libératoire, ne peut donc être fait qu'au commettant. L'assuré pour compte peut aussi le réclamer et le recevoir valablement s'il est porteur de la police (2), mais en quelle qualité ? est-ce comme créancier direct de l'assureur, et en vertu d'une créance à lui personnelle? Non, c'est simplement en qualité de mandataire de l'assuré véritable, du propriétaire des marchandises, et ceci est d'une grande importance à un double point de vue: en effet, l'assureur étant le débiteur direct du commettant, il ne peut opposer à celui-ci aucune compensation avec ce qui lui est dû par le commissionnaire (3), sauf toutefois avec le montant de la prime, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus. En second lieu, si, après le paiement, la nullité de l'assurance se trouve prononcée, ou si, pour un motif quelconque, les assureurs ont

(1) Emérigon, ch. v, sect. iv, § 1, T. I, p. 139.
(2) Code Allemand, art. 891.
(3) Code Allemand, art. 895.

le droit de réclamer tout ou partie des sommes qu'ils ont payées, ils ne peuvent exercer de répétition contre le commissionnaire à qui ils ont cependant versé ces sommes ; c'est contre le commettant seul qu'ils ont action, de telle sorte que si le commettant est insolvable ou en faillite, le commissionnaire qui lui a remis les sommes qu'il a reçues est à l'abri de toute poursuite (1).

Nous devons dire cependant que la solution que nous venons de donner est loin d'être admise sans controverses (2). On a fait valoir que l'assureur en contractant n'a pas pu s'assurer de la bonne foi du commettant qui lui était inconnu, et que la déclaration du nom du commettant ne peut avoir pour effet de décharger le commissionnaire des obligations qu'il a prises. Cette objection nous touche peu; car l'assureur a un délai de trois mois depuis le délaissement pour s'assurer de l'absence de toute fraude de la part du commettant, qui alors lui a été désigné; il a donc pu prendre ses précautions, et ne payer qu'en connaissance de cause (art. 382 C. com.). Quant à la seconde partie de l'objection, nous y avons déjà répondu [n° 660].

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. III, n° 193 et suiv.; Domenget, T. II, n^os 1000 et suiv.; Troplong, n° 566. — Aix, 10 juin 1842 (J. P. 1842, 2, 215) confirmé par arrêt de Rej. du 12 mars 1844 (J. P. 1844, 2, 29).

(2) Alauzet, T. V, n° 2018; Lemonnier, *Comment. sur les polices d'assur.*, T. II, n° 411; Cauvet, *Traité sur les assurances maritimes*, n° 231.

CHAPITRE V.

FIN DE LA COMMISSION.

663. — Les causes qui mettent fin au mandat font cesser également la commission ; leur effet à l'égard du commissionnaire et des tiers sont les mêmes dans les deux cas. De même que pour le mandat, la mort, soit du commettant soit du commissionnaire, mort d'une personne physique ou mort d'une personne morale par sa dissolution, est une cause d'extinction pour la commission; nous n'admettons donc pas dans notre Droit la distinction faite par le Code Espagnol entre le cas de mort du commissionnaire et le cas de mort du commettant ; ce Code, dans le premier cas, déclare la commission éteinte (art. 144); dans le second cas, elle ne l'est pas de droit, et elle subsiste tant que les héritiers légitimes ne l'ont pas révoquée (art. 145). Cette distinction est cependant assez juste, et la solution dans cette seconde hypothèse n'a rien que de très raisonnable, à la condition, toutefois, que les héritiers continuent le commerce de leur auteur. En effet, ce n'est pas une personne physique, qui est à proprement parler le commettant, c'est la maison de commerce; peu importe donc l'individualité de celui qui la gère. Aussi le Code Allemand dispose-t-il d'une manière générale que la mort d'un commerçant n'entraîne point l'annulation des offres, commissions ou procurations émanées de lui pour fait de commerce, à

moins que sa déclaration antérieure, ou les circonstances, n'autorisent à lui supposer une intention contraire (1). S'il n'en est pas ainsi dans notre Droit, du moins à titre de règle absolue, il est certain que les juges peuvent reconnaître en fait qu'il y a eu entre les héritiers du commettant et le commissionnaire un accord tacite à l'effet de renouveler ou maintenir le contrat aux conditions antérieurement existantes (2).

664. — De même aussi que le mandant, le commettant a le droit de révoquer ou de modifier la commission en tout état de cause (3). Mais cette faculté s'arrête nécessairement lorsque le commissionnaire a acquis des droits qui se trouveraient lésés par cette révocation. Tel serait le cas où il aurait avancé des sommes sur des marchandises qui lui ont été consignées. En effet la révocation ne peut avoir d'influence sur le passé, et par le fait de ses avances, il a acquis un droit de privilége, un droit réel qui ne peut lui être enlevé.

Le droit de révocation n'appartiendrait pas non plus au commettant, si la commission avait été stipulée irrévocable. On peut citer le cas où il aurait été convenu entre deux négociants que l'un d'eux serait sur telle place seul chargé du placement des marchandises de l'autre et où le commettant se serait obligé à ne pas choisir d'autre agent pendant un certain temps.

665. — En ce qui concerne le droit de renonciation de

(1) « Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche « von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen « sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht « eine entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner Erklärung « oder aus den Umständen hervorgeht.» (art. 297). V. aussi l'art. 54 de ce Code. — L'art. 436 du projet de loi fédérale Suisse est conforme à la législation Allemande.

(2) Req. 25 mars 1873 (J. P. 1875, 372).

(3) Code Espagn., art. 143.

la part du commissionnaire, il convient de faire quelques observations.

Bien que le Code de commerce ne contienne aucune dérogation à l'art. 2007 du Code civil, il paraît difficile d'admettre que toutes les dispositions de cet article s'appliquent à la commission, au moins d'une manière absolue. D'après cet article, le mandataire peut résoudre le contrat en invoquant ce seul motif que le soin de ses affaires personnelles l'empêche de s'occuper du mandat et que s'il l'exécutait, il en éprouverait un préjudice considérable. On reconnaît aussi au mandataire le droit de motiver sa renonciation sur l'inimitié survenue entre lui et le mandant.

Qu'un mandataire qui remplit un bon office envers un ami ne puisse être obligé de sacrifier ses propres intérêts à ceux de celui-ci et de continuer à lui rendre service après que les motifs qui le faisaient agir n'existent plus, est chose toute naturelle ; mais si, au lieu d'un mandataire nous supposons un commissionnaire, les conditions ne sont plus les mêmes : ce n'est pas par dévouement, ni dans l'unique but de rendre service à son commettant, que le commissionnaire se charge d'agir pour lui ; son but est de gagner un bénéfice; en acceptant une commission, il fait acte de son commerce. Si ce n'est pas l'amitié qui est la cause déterminante du contrat, peu importe donc qu'elle ait cessé d'exister. Le vrai fondement de ce contrat, ainsi que le font remarquer MM. Delamarre et Le Poitvin, c'est la confiance de chacune des parties dans la probité et la solvabilité de l'autre ; or l'inimitié n'affecte pas nécessairement cette confiance ; personne n'admettrait qu'un commissionnaire pût s'autoriser de sa haine pour occasionner à son commettant un préjudice considérable par une renonciation intempestive (1).

(1) Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 188 ; Demangeat, sur Bravard-Veyrières, p. 226, note 1. — Contrà : Bédarride, nº 22.

Les mêmes motifs font bien comprendre que le commissionnaire ne peut pas négliger les intérêts de son commettant pour s'occuper des siens propres. Il s'est engagé, non seulement par son acceptation, mais par les offres de service mêmes que comporte sa qualité, à exécuter soigneusement les ordres qui lui sont donnés et pour ce fait il reçoit un salaire; il ne peut ensuite tromper la confiance du commettant, en préférant ses propres intérêts à ceux de ce dernier (1).

666. — La maladie peut-elle être considérée pour le commissionnaire comme une juste cause de renonciation ? La négative doit être généralement admise. En effet, ainsi que nous l'avons dit, dans le commerce c'est moins à la personne physique du commerçant qu'à la maison de commerce qu'on s'adresse. La maladie du chef de la maison n'empêche pas en général cette maison de fonctionner, d'autant plus que très souvent ce n'est pas lui qui exécute en personne la commission, mais ses préposés sous sa responsabilité. Sa maladie n'a donc pas pour effet d'enrayer la marche de ses affaires et ne change rien à la situation primitive. D'ailleurs, fût-il seul et incapable d'agir, le commissionnaire devrait autant que possible, en cas d'urgence, pourvoir à l'exécution en chargeant un autre négociant d'agir à sa place (2).

667. — Dans ces trois hypothèses et surtout dans la dernière, nous n'entendons nullement poser des règles absolues. Les faits et les circonstances de la cause doivent être pris en sérieuse considération dans la solution de ces diverses questions ; mais il est une chose certaine, c'est

(1) Troplong, nº 736 ; Delamarre et Le Poitvin, T. II, nº 186; Demangeat, loc. cit.; Bédarride nº 24 ; Alauzet, T. II, nº 875. — Contra : Domenget, T. II, nº 865.

(2) Bédarride, nº 23.

que l'on doit admettre moins facilement une renonciation de la part d'un commissionnaire que de la part d'un mandataire.

668. — De tout ce qui vient d'être dit, il ne faut pas non plus conclure que le droit de renonciation soit à peu près interdit au commissionnaire, et qu'il ne lui appartienne dans aucun cas. Non, sans doute ; ainsi, tant que les choses sont entières, il peut, après avoir accepté, refuser ensuite la commission, si cette renonciation est faite et notifiée en temps suffisant pour que le commettant choisisse un autre commissionnaire. Il a aussi la faculté de renoncer, même après un commencement d'exécution, lorsque le commettant ne remplit pas ses obligations à son égard, ne lui remet pas les sommes nécessaires; il le peut enfin, lorsque, depuis le contrat, les affaires du commettant sont devenues tellement embarrassées, qu'il peut avoir de justes craintes de ne pouvoir recouvrer ses frais et avances.

TABLE ANALYTIQUE

ABSENCE. — La déclaration d'absence du mandant éteint le mandat, nº 507.

ABUS DE CONFIANCE. — Cas dans lesquels le mandataire peut être poursuivi sous cette inculpation, 391.

ACCEPTATION. — L'acceptation du mandat pouvait être tacite dans notre ancien Droit, 186. — Il en est de même dans notre Droit actuel, 272. — Formes de l'acceptation, 297. — Le commissionnaire qui laisse sans réponse une lettre par laquelle on le charge d'accomplir une opération de commerce, est censé acceptant, 552.

ACCEPTILATION. — Ne peut être faite directement par mandataire, 18. — Moyen employé pour permettre au mandataire de la faire, 19. — Ne peut être consentie par un *procurator omnium bonorum*, 77.

ACHAT. — Le mandataire doit se conformer aux instructions du mandant, tout en achetant le meilleur marché possible, 342. — S'il a acheté au dessus du prix fixé, le mandant peut dans certains cas réclamer la chose pour ce prix, 369. — Le mandataire peut toujours forcer le mandant à recevoir la chose au prix fixé par le mandat, 370. — Le mandant peut revendiquer les choses achetées pour son compte, quand même l'achat aurait été fait au nom du mandataire, 416. — Le mandataire ne peut prescrire les choses achetées pour le mandant, 419 et suiv. — Le commissionnaire ne peut jamais acheter une chose autre que celle indiquée dans son mandat, 558. — Cas où le commissionnaire a dépassé le prix fixé par ses instructions, 564 et 565. — Le commissionnaire chargé d'acheter des marchandises peut envoyer au commettant des marchandises à lui appartenant, 567. — Le commissionnaire doit d'après l'usage payer lui-même les marchandises, même celles qu'il achète au nom du commettant, 571. — Si le commettant refuse de recevoir les marchandises achetées pour lui, le commissionnaire a le droit de les vendre pour se rembourser, 607. — Le vendeur non payé ne peut revendiquer les marchandises entre les mains du commissionnaire qu'en le désintéressant, 639. — Droits du commissionnaire acheteur dans le cas de faillite du commettant, 641 et suiv.

ADMINISTRATEUR. — Validité du mandat donné par un administrateur de vendre les biens des communes ou des établissements confiés à ses soins, 249. — Ne peut être actionné personnellement par le mandataire qu'il a chargé des affaires de la société, 436.

ADMINISTRATION (MANDAT D'). — Son étendue, 308 et suiv. — N'est pas éteint par le mariage de la femme, si celle-ci conserve l'administration de ses biens, 505.

ADOPTION. — Peut être faite par mandataire, 251. — Le mandataire doit être porteur d'une procuration notariée, 287 — et spéciale, 327.

AGENT DE CHANGE. — L'agent de change qui sert d'intermédiaire pour des jeux de bourse, ne peut réclamer du perdant le montant des différences, ni être forcé à remettre au gagnant le montant des bénéfices, 244. — Validité de la couverture, 244. — Caractère des opérations de l'agent de change, 541. — Il ne peut être partie dans un contrat de commission, 541. — Validité du contrat reçu ou donné malgré son incapacité, 543 et 544.

APPEL. — **Droit Romain.** — Peut être interjeté et poursuivi par le procureur *ad litem* ; dans quel délai, 166.— **Droit actuel.** — Pour interjeter appel en matière correctionnelle, le mandataire doit être porteur d'un pouvoir écrit, 296 note 3, — et spécial, 329.

ASSOCIÉ. — Un associé commanditaire ne peut agir pour la société en qualité de mandataire, 265. — Mandat tacite entre associés, 282. — L'associé gérant n'a pas d'action solidaire contre ses coassociés ; il en est autrement pour l'associé liquidateur, 439. — Le mandat donné par l'acte de société à un associé est irrévocable, à moins qu'il ne s'agisse d'une société anonyme, 492.

ASSURANCE. — La ratification d'une assurance faite sans mandat peut-elle être faite après le sinistre ? 464 et 658. — Le commissionnaire peut-il, sans mandat, assurer les marchandises qu'il expédie ? 572. — Dans le cas de perte de marchandises assurées, le privilége du commissionnaire porte-t-il sur le montant de l'assurance ? 629. — En matière d'assurance, si le commissionnaire peut traiter en son nom, il est indispensable que le nom du commettant soit divulgué au moins à une certaine époque, 658. — Est-il nécessaire que l'assuré pour compte justifie d'un mandat ? 658. — Effets de l'assurance relativement à l'assuré pour compte, 659 — et relativement à l'assuré véritable, 660. — Le commissionnaire reste toujours tenu de la prime, 661. — Qui a le droit de toucher le montant de l'assurance, et est tenu de restituer les sommes indûment versées ? 662.

ATTOURNÉ. — Etait le procureur *ad litem* dans notre ancienne coutume Normande, 205 et suiv. — Différences entre l'attourné et le *responssaill*, 206 et suiv.

AVANCES. — **Droit Romain.** — Le mandataire peut se faire rembourser par le mandant la totalité de ses avances, 91. — Les intérêts des avances sont dus par le mandant, 92. — Les déboursés ne peuvent être réclamés par le mandataire que s'ils ont été faits à juste titre, 93. — **Droit actuel.** — Le mandant doit rembourser au mandataire ses avances, 395 — et les intérêts de ces avances, 396 et suiv. — Le mandataire n'est pas obligé de faire des avances, 433. — Il peut en réclamer le remboursement avant l'apurement du compte, 434. — L'action en remboursement se prescrit par trente ans, 435. — Droits du commissionnaire pour garantir le remboursement de ses avances, 608, 616 et suiv.

AVEU. — Pour faire un aveu un mandat spécial est nécessaire, sauf dans certains cas, 327, 328 et 455.

AVOUÉ. — Son ministère est obligatoire devant les tribunaux civils et les Cours d'appel, 254. — Mandat tacite résultant de la remise d'un dossier, 276. — Cette remise ne donne pas le droit de recevoir un paiement, 276. — A droit aux intérêts de ses avances, 399 — et à un salaire même sans convention, 401. — Durée de la prescription de son action en remboursement, 435.

BAIL. — Pour passer un bail de neuf ans au maximum, un mandat d'administration suffit, 310. — Au dessus de cette limite, il faut un mandat spécial, 353.

CAPACITÉ. — Quelle capacité est exigée du mandant, 256 et suiv. — A quel moment elle s'apprécie, 260. — Quelle capacité est exigée du mandataire, 261 et suiv. — Capacité exigée dans l'exécuteur testamentaire, 264. — Cas d'incapacités relatives, 265. — Capacité exigée pour représenter les parties devant les diverses juridictions, 266. — Conditions de capacité que doit remplir le mandataire agissant en son nom, 268. — Capacité exigée du commettant et du commissionnaire, 537 et suiv. — Cas d'incapacité résultant de l'exercice de certaines professions, 540 et suiv.

CAPITAINE. — Est le mandataire tacite des armateurs, 280.

CESSION DE BIENS. — Doit être réitérée devant le tribunal par le débiteur en personne et non par procureur, 252. — Le mandat résultant d'une cession de biens est irrévocable, 492.

CLAUSE DE VOIE PARÉE. — Est prohibée, 248. — Mais la loi de 1841 n'a pas d'effet rétroactif, 248. — Le mandat révocable donné par un débiteur à son créancier de vendre ses immeubles est valable, 248.

CLERC. — Etendue du mandat tacite du clerc d'un officier ministériel, 277. — Un clerc de notaire qui agit comme mandataire des parties dans un contrat reçu par celui-ci, est-il tenu de rendre compte? 380. — N'est pas obligé envers son patron à fournir un compte détaillé au bout d'un certain temps, 382.

COMMAND. — Conditions auxquelles la déclaration de command est soumise; ses effets, 477.

COMMETTANT. — Capacité exigée de lui, 537 et suiv. — Incapacités résultant de l'exercice d'une profession, 544. — Est lié par les actes faits en exécution d'une commission tacite, 548. — Est-il lié par une lettre d'offres qu'il a laissée sans réponse? 549. — S'il laisse sans réponse une lettre de son commissionnaire, il est censé approuver son contenu, 560. — Peut être forcé par le commissionnaire à recevoir au prix fixé les marchandises achetées par ce dernier à un prix plus élevé, 565. — Peut réclamer des dommages-intérêts ou laisser l'opération pour le compte du commissionnaire, si celui-ci n'a pas bien exécuté la commission, 574. — N'est pas soumis aux formalités des art. 105 et 106 C. Com. pour prouver que les marchandises qu'il a reçues sont défectueuses, 575. — Mais il doit faire ses réclamations immédiatement, 576. — Dans le cas de ducroire, il peut agir directement contre le commissionnaire, 578. — Ne peut laisser l'escompte à la charge du commissionnaire, 582. — Peut exiger que le nom de ceux avec lesquels le commissionnaire a contracté lui soit divulgué, 583 et 584. — Peut revendiquer entre les mains du commissionnaire les marchandises qu'il lui a consignées, 588 — et celles qui ont été achetées pour son compte, 589. — Conditions auxquelles il peut exercer la revendication, 590. — Sur quoi elle peut porter, 591, — sur les effets de commerce, 592 et suiv. — sur les marchandises, 595 et suiv. — sur le prix des marchandises, 599. — Ses obligations, 607 et suiv. — Les commettants sont tenus solidairement envers le commissionnaire, 613. — Le commettant ne peut réclamer ses marchandises tant qu'il n'a pas remboursé le commissionnaire, 614. — Ses droits et ses obligations envers les tiers lorsque le commissionnaire a traité en son propre nom, 652 et suiv. — N'est pas tenu alors même que son nom était connu des tiers, 653. — Les tiers peuvent lui opposer la compensation avec ce qui leur est dû par le commissionnaire, 654. — Ses obligations lorsque le contrat a été fait en son nom, 656. — Cas où le contrat a été passé par le commissionnaire en son nom, mais en se conservant la faculté de nommer le commettant, 657. — En matière d'assurances, le nom du commettant doit être nécessairement divulgué, du moins

à une certaine époque, 658. — A quel moment il doit ratifier le contrat d'assurances, 658. — Ses obligations en matière d'assurance, 660. — A une action directe contre l'assureur, 662. — Sa mort met fin au contrat, 663. — Il pent révoquer la commission, sauf dans certains cas, 664.

COMMIS. — Etendue de leur mandat tacite, 278, 354 et 453. — Pouvoirs des commis-voyageurs, 279. — Ne sont pas obligés au bout d'un certain temps de fournir un compte détaillé à leur patron, 382.

COMMISSION. — Origines de ce contrat, 192 et suiv. — La commission pour vendre n'était pas libre dans notre ancien Droit, 195. — La commission pour acheter et la commission de banque seules l'étaient, 196. — Caractères distinctifs de la commission, 523 et suiv. — Avantages que présente la double manière dont le commissionnaire peut agir, 526 et suiv. — Différences entre la commission et la préposition, 193 et 531. — Y a-t-il commission lorsque l'un ou l'autre des contractants n'est pas commerçant ? 532 et suiv. — De la capacité pour donner et recevoir une commission, 537 et suiv. — De la formation du contrat, 546. — Formes et preuve de la commission, 547 et suiv. — De la commission tacite, 548 et suiv. — Obligations qui résultent de la commission pour le commissionnaire, 555 et suiv. — De quelle manière elle doit être exécutée, 556 et suiv. — Son étendue, 569 et suiv. — Responsabilité qu'elle entraîne, 574 et suiv. — Obligations du commettant, 607 et suiv. — Des effets de la commission à l'égard des tiers, 651 et suiv. — Des causes qui mettent fin à la commission, 663 et suiv. — *Pour tout ce qui concerne le droit de commission, voir au mot* SALAIRE.

COMMISSIONNAIRE.— Avait droit à un salaire et à un privilége, même dans notre ancien Droit, 197. — Définition donnée par le Code, 523. — Peut agir en son nom ou au nom du commettant, 525 et suiv. — Différences qui le séparent du préposé, 193 et 531. — Capacité exigée de lui, 537 et suiv. — Cas d'incapacité résultant de l'exercice de certaines fonctions, 540 et suiv. — Toute société peut être commissionnaire, 545. — Il est libre de refuser la commission, 551. — Mais il doit avertir de son refus, 552. — Doit en outre prendre les mesures conservatoires indispensables, 553. — Cas où il est obligé d'accomplir la commission, 554. — Ses obligations, 555 et suiv. — Doit exécuter la commission sans délai, 556. — Exception, 557. — Doit se conformer au mandat, 558. — *Quid*, quant au prix fixé, 559 et suiv. — Cas d'urgence d'opérer la vente, 560 et 561. — Cas où il a fait des avances, 563 et 616. — *Quid*, s'il a acheté au

dessus du prix fixé, 564 et 565. — Cas où il a vendu à terme au lieu de vendre au comptant, 566. — Peut employer ses propres marchandises à l'accomplissement des ordres reçus, 567. — Peut-il se substituer un tiers ? 568. — Doit accomplir tous les actes implicitement contenus dans la commission, 569. — Doit veiller à la conservation des marchandises, 570. — Doit se conformer aux usages, 571. — Peut-il assurer les marchandises qu'il expédie? 572 et 658. — Doit tenir le commettant au courant de tous les faits relatifs à la commission et l'avertir de l'exécution, 573. — Etendue de sa responsabilité, 574 et suiv. — N'est pas garant de la solvabilité des tiers, sauf dans le cas de ducroire, 577 et suiv. — Doit rendre compte, 583 et 584. — De quelle manière il doit faire les remises de capitaux, 585. — Les commissionnaires ne sont pas solidaires en principe, 586 et 587. — Des obligations du commettant envers lui, 607 et suiv. — Peut exiger du commettant des garanties pour les obligations qu'il a contractées envers les tiers, 608. — Peut réclamer le droit de commission même dans le cas de non réussite, 609 et suiv. — Ne peut réclamer de commission s'il a employé ses propres marchandises à l'exécution des ordres, 612. — A le bénéfice de la solidarité contre les commettants, 613. — Peut retenir les marchandises jusqu'à complet paiement, 614 et 615 — et les faire vendre, 616 et 617. — A un privilége, 618 et suiv. — A quels commissionnaires le privilége appartient, 624. — Il existe même lorsque la vente a été faite au nom du commettant, 628. — Le commissionnaire acheteur a un droit de revendication sur les marchandises qu'il a expédiées au commettant failli, 641 et suiv. — Il n'a pas ce droit, si l'achat a été fait au nom du commettant, 650. — Doit traiter en son propre nom à moins d'ordres contraires, 651. — Ses obligations envers les tiers dans ce cas, 652 et suiv. — Ses rapports avec les tiers lorsqu'il a traité au nom du commettant, 656. — Cas où il a traité en son nom et pour le compte d'une personne qu'il se réserve le droit de nommer, 657. — Est obligé d'indiquer sa qualité dans le contrat d'assurance, 658. — Conséquences du principe qu'à l'égard des assureurs il est réputé l'assuré, 659. — Reste toujours tenu du paiement de la prime, 661. — Sa mort met fin à la commission, 663. — Quand peut-il renoncer à la commission ? 665 et suiv.

COMPENSATION. — **Droit romain.** — Peut être effectuée par le juge, l'action *mandati* étant de bonne foi, 99. — Un procureur *ad litem* peut requérir la compensation entre les demandes de l'adversaire et les créances du mandant, 162. — **Droit actuel.** — Le mandataire ne peut en principe compenser les bénéfices qu'il a procurés

au mandant avec le préjudice qu'il lui a occasionné, 368. — Il se fait de plein droit une compensation entre les éléments du compte, 408. — Lorsque le mandataire a traité en son nom, et que le mandant exerce l'action de celui-ci contre les tiers, ils peuvent opposer la compensation avec les sommes qui leur sont dues par ce mandataire, 476. — Il n'est pas nécessaire que la compensation résulte d'un compte-courant pour empêcher la revendication du prix des marchandises par le commettant, 604. — La compensation survenue entre le commissionnaire et le commettant empêche ce dernier de revendiquer le prix des marchandises entre les mains de l'acheteur, 605.

COMPTE. — **Droit romain.** — Un mandataire doit rendre compte, 85. — Eléments de ce compte ; le mandataire doit-il les intérêts ? *Quid,* du cas où il a employé à son usage l'argent du mandant soit avec soit sans autorisation, 85. — Le compte peut être réclamé par l'action *mandati directa,* 107. — **Droit actuel.** —L'obligation de rendre compte est-elle de l'essence du mandat? 377 et 378. — Qui peut réclamer le compte, 379. — Par qui il doit être rendu, 380. — Comment il se rend, 381 et suiv. — Doit être accompagné des pièces justificatives, 382. — Composition du crédit, 384 et suiv. — Composition du débit, 395 et suiv. — Balance, 408. — Peut être établi par échelette, 409. — Le reliquat n'est pas productif d'intérêts de plein droit ; actes qui font courir les intérêts, 410 et suiv.— Ne peut être revisé, 413, — mais les erreurs peuvent être corrigées, 413. — Du compte que doit rendre le commissionnaire, 583. — Le commissionnaire peut être obligé à faire connaître le nom des tiers contractants, 583.

COMPTE-COURANT. — Les effets de commerce remis en compte-courant au commissionnaire ne peuvent être revendiqués par le commettant, 593. — La compensation en compte-courant du prix des marchandises vendues met fin au droit de revendication du commettant, que cette compensation existe soit dans les rapports du commissionnaire avec l'acheteur, soit dans ceux du commettant avec le commissionnaire, 604 et 605.

CONCILIATION. — Les époux qui veulent intenter une action en séparation de corps, doivent se présenter en personne devant le président, 252. — On peut se faire représenter devant le juge de paix en conciliation par mandataire, 253. — Etendue du mandat donné pour accepter la conciliation, 349.

CONNAISSEMENT. — La détention du connaissement de marchandises en cours de voyage donne au commissionnaire un droit de privilége sur ces marchandises, 632. — L'endossement n'a pas besoin d'exprimer la valeur fournie pour que le privilége existe, 633.

CONSEIL DE FAMILLE. — On peut se faire représenter par un mandataire spécial à une réunion d'un conseil de famille, 327. — Mais on ne peut choisir comme mandataire un autre membre de ce conseil, 265.

CONSEIL JUDICIAIRE. — La nomination d'un conseil judiciaire au mandant éteint le mandat quant aux actes que celui-ci ne peut faire seul, 505. — Faite au mandataire, elle met fin au mandat, 506.

COURTIER. — Les courtiers, à l'exception des courtiers de marchandises, ne peuvent être parties dans un contrat de commission, 540. — Validité du contrat reçu ou donné par eux malgré leur incapacité, 543 et 544.

DOMESTIQUE. — Il a un mandat tacite ; étendue de ce mandat, 277.

DONATION. — Un mandataire général ne pouvait en Droit romain faire une donation, 75. — Il en est de même dans notre Droit, 320. — Pour accepter une donation il faut un pouvoir exprès, 324 — et notarié, 287. — Mais cette procuration peut être donnée en brevet, 290. — La donation faite sans mandat notarié ne peut être ratifiée, 466.

DUCROIRE. — Caractères et effets de cette convention, 578. — Il doit être expressément convenu, 579. — Peut-il y avoir ducroire lorsque la vente est faite au comptant ? 580. — *Quid*, si la vente étant faite à terme, le prix a été escompté, 581 et 582. — Le ducroire ne dispense pas le commissionnaire de faire connaître au commettant le nom des tiers contractants, 584. — Il n'enlève pas au commettant le droit de revendiquer le prix de vente entre les mains des acheteurs dans le cas de faillite du commissionnaire, 599.

DUEL JUDICIAIRE. — Il pouvait se faire par procureur, 183. — Dans quels cas ? 210.

EFFETS DE COMMERCE. — Revendication des effets de commerce entre les mains du failli, 592. — Conditions de cette revendication, 593 et 594. — Les effets remis par l'acheteur en réglement de son prix peuvent-ils être revendiqués par le commettant ? 600 et 601. — Les effets négociés postérieurement à la faillite peuvent être revendiqués entre les mains des tiers de bonne foi, 606.

EMANCIPATION. — La déclaration d'émancipation peut être faite par mandataire, 251. — Le mandataire doit être porteur d'un pouvoir authentique, 287 — et spécial, 327.

EMPRUNT. — Il n'est pas nécessaire qu'une procuration donnée pour emprunter, porte la mention du *bon* ou *approuvé*, 294. — Pour emprunter, il faut un mandat exprès, 323. — Cependant le

mandat d'emprunter peut être implicitement compris dans le mandat de payer les dettes d'une personne, 349.

ESCLAVE. — Dans quels cas il peut donner un mandat *ad negotia*, 26 et suiv. — Peut-il être mandataire *ad negotia*, 32 et suiv. — Aucun mandat ne peut intervenir entre lui et son maître, 34. — L'esclave affranchi pour être le procureur de son maître était dispensé de tutelle, 35. — Devait avoir dix-huit ans pour pouvoir être affranchi dans ce but, lorsque le maître était mineur, 35. — Le maître peut intenter l'action résultant du mandat donné par l'esclave, 104 — et l'action contraire, lorsque l'esclave a reçu et exécuté un mandat, 113. — Réciproquement le maître peut être actionné par suite du mandat donné par son esclave, 114. — Ne peut recevoir un mandat *ad litem*, 171, — ni en donner un, 172.

ESCOMPTE. — Si le commettant n'a pas interdit au commissionnaire d'escompter, ce dernier ne doit que la somme escomptée, 582. — Le commettant peut-il retenir l'escompte des sommes qu'il remet au commissionnaire avant l'échéance? 608.

EXÉCUTEUR TESTAMENTAIRE. — Capacité exigée de lui, 264. — Lorsque plusieurs exécuteurs ont été nommés, ils peuvent agir séparément, 341. — Ils sont solidaires, 427.

EXPERT. — A-t-il une action solidaire ? 441.

FAILLITE. — Met fin au mandat, 504. — Droits du commettant dans le cas de faillite du commissionnaire, 591 et suiv. — Revendication des effets de commerce, 592 et suiv. — Revendication des marchandises, 595 et suiv. — Revendication de la créance du prix des marchandises vendues, 599 et suiv. — *Quid*, quant aux actes accomplis depuis la faillite, 606. — Le privilége ne peut exister pour le commissionnaire sur des marchandises expédiées par le commettant depuis sa faillite, 636. — Dans le cas de faillite du commettant, le vendeur non payé ne peut revendiquer les marchandises entre les mains du commissionnaire, qu'en le désintéressant, 639. — Le commissionnaire acheteur non remboursé par le commettant a, dans le cas de faillite de celui-ci, le droit de revendiquer les marchandises qu'il lui a expédiées et qui sont en cours de voyage, 641 et suiv.

FEMME. — En Droit romain, une femme ne pouvait recevoir de mandat *ad litem*, 171. — De la validité des mandats donnés par une femme à son mari, 257. — Elle peut recevoir de lui un mandat, 258. — Une femme séparée de biens peut donner mandat de les administrer, 259. — Une femme mariée peut recevoir un mandat, 261, — même malgré la défense de son mari, 262. — Mais elle

peut opposer au mandant les exceptions résultant de son incapacité, 262, 263 et 431. — Cas dans lesquels une femme mariée peut être choisie pour exécuteur testamentaire, 264. — Etendue du mandat tacite d'une femme mariée, 281. — La spécialité est quelquefois exigée pour les mandats donnés par une femme mariée, 330. — Cas dans lesquels elle n'est pas obligée de rendre compte, 380. — La femme bien que traitant en son nom dans les limites de son mandat tacite, oblige son mari, 474. — Le mandat donné par une femme devient nul par suite de son mariage ; exception, 505. — Son mariage met également fin au mandat qu'elle a reçu, 506. — Une femme mariée peut-elle être commissionnaire ? 538 et 539.

FIDÉJUSSION. — Le mandat a souvent beaucoup de rapports avec la fidéjussion, 67. — Cependant si un grand nombre de règles leur sont communes, il existe aussi entre eux des différences importantes, 68 et suiv.

FILS DE FAMILLE. — Dans quels cas il peut donner un mandat *ad negotia*, 29. — Peut recevoir un mandat d'un étranger, mais non de son père, 37. — Ne peut intenter l'action de mandat, 104. — Mais cette action peut être intentée contre lui, 105. — C'est le père qui peut intenter l'action contraire résultant du mandat exécuté par le fils de famille, 113. — Réciproquement le père peut être actionné par suite du mandat donné par son fils, 114.

FORCE MAJEURE. — Effets de la force majeure quant à l'exécution du mandat, 373. — Le mandataire empêché par force majeure d'exécuter à la lettre le mandat, peut-il faire une chose équivalente ? 374. — La perte arrivée par force majeure n'est pas à la charge du mandataire, 375, — à moins qu'il ne s'agisse de choses *in genere*, 376. — Il en est de même pour le commissionnaire, 576.

GESTION D'AFFAIRES. — **Droit romain.** — Ce qui la distingue du mandat, c'est le défaut de consentement de la part du maître, 42. — La ratification change-t-elle rétroactivement une gestion d'affaires en un mandat ? Controverse, 54 et suiv. — **Droit actuel.** — Différences entre le mandat et la gestion d'affaires, 284. — Le gérant d'affaires n'a pas droit aux intérêts de ses avances et ne jouit pas du bénéfice de la solidarité, 284.

GRATUITÉ. — **Droit romain.** — Est de l'essence du mandat et le distingue du louage, 43. — Cependant on autorise l'honoraire, 44. — Ce que les Romains entendaient par *salarium*, 44. — A quel moment les honoraires doivent-ils être promis, 45 et suiv. — Ne peuvent être réclamés par l'action de mandat, mais par une action *extra ordinem*, 115. — **Droit ancien.** — Est de l'essence du mandat, 184.

— On admet aussi les honoraires, 185. — **Droit actuel.** — Ne constitue plus le caractère distinctif du mandat, 232. — L'opinion contraire est professée par Troplong, 230. — Le mandat est gratuit à moins de convention contraire, 401.

HUISSIER. — Peut représenter les parties en conciliation, 253. — Ne peut représenter les parties dans une instance devant le juge de paix, 254. — La remise qui lui est faite d'un acte exécutoire équivaut à mandat tacite de recevoir un paiement ou de faire une saisie, sauf une saisie immobilière, 276. — Durée de la prescription de l'action en remboursement de ses frais et salaire, 435.

HYPOTHÈQUE. — Pour consentir une hypothèque, il faut une procuration notariée, 287. — Il en est de même pour consentir une radiation d'hypothèque, 287. — La radiation effectuée bien que le mandataire n'eût pas de procuration notariée, n'est pas nulle, 288. — Un mandataire général peut requérir une inscription d'hypothèque, 317. — Pour constituer une hypothèque, il faut un pouvoir exprès, 320. — Le mandat de recouvrer une créance emporte pouvoir de donner main-levée des hypothèques après le paiement, 349. — Le mandat d'hypothéquer ne donne pas le pouvoir de consentir des hypothèques pour des créances antérieures, 353. — L'hypothèque consentie sans procuration notariée ne peut être ratifiée, 466.

INFAMIE. — Etait encourue en Droit romain par le mandataire condamné par l'action de mandat, même pour simple faute de sa part, 100. — Motifs, 101. — N'était pas prononcée contre l'héritier à moins de dol de sa part, 102. — Mais l'action contraire de mandat n'était pas infamante, 110. — Les personnes notées d'infamie étaient incapables de recevoir un mandat *ad litem* ; mais cette incapacité n'existait plus à l'époque de Justinien, 171. — L'infamie existait peut-être dans les premiers-temps de notre Droit pour le mandataire condamné, mais l'action de mandat n'avait plus de caractère infamant à l'époque de Pothier, 189.

INTERDICTION. — Met fin au mandat, 505.

INTÉRÊTS. — **Droit romain.** — Le mandataire doit-il les intérêts des sommes qu'il a touchées ? 85. — *Quid*, dans le cas où il a employé à son usage les capitaux du mandant ? 85. — Le mandant doit rembourser au mandataire les intérêts de ses avances, 92. — **Droit actuel.** — Le gérant d'affaires n'a pas droit aux intérêts de ses avances, 284. — Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son profit, 387 et suiv. — *Quid*, s'il a agi avec l'autorisation du mandant, 392. — Le mandataire a droit aux intérêts de ses avances, 396. — La prescription quinquennale y est-elle appli-

cable ? 396. — Cas dans lesquels il n'a pas droit aux intérêts, 397. — Les notaires n'ont pas droit aux intérêts de leurs avances, 398. — Il en est autrement pour les avoués, 399. — Les intérêts du salaire ne sont pas dus de plein droit, 406. — Il en est de même pour ceux du reliquat du compte ; actes qui les font courir, 410 et suiv. — Le commettant doit payer les intérêts des avances du commissionnaire, 607.

JEU. — Le mandat de jouer à la bourse est nul ; validité de la couverture, 244. — Le mandat ayant pour objet un jeu ou un pari de quelque nature que ce soit, est nul, 245.— Exception si le mandataire est de bonne foi, 246. — Le mandat de payer une dette de jeu est valable, 247.

LEGS. — Un mandataire général peut accepter un legs particulier, mais non un legs universel ou à titre universel, 319. — Dans ces derniers cas il faut un mandat exprès, 323.

LETTRES. — Le mandat peut se prouver par lettres missives, 298. — En cas de révocation, de quelles lettres le mandant peut exiger la restitution, 519. — La commission se donne et se prouve généralement par lettres, 547. — Cas dans lesquels un commerçant est tenu par une lettre d'offres laissée sans réponse, 548 et 549. — Le silence du commettant vaut approbation des mesures proposées par une lettre du commissionnaire, 560.

LETTRE DE VOITURE. — La détention de la lettre de voiture est suffisante pour l'exercice du privilége du commissionnaire, 632. — La lettre de voiture est remplacée dans les envois par chemin de fer par un récépissé qui donne exactement les mêmes droits au commissionnaire, 634.

MANCIPATION. — Ne pouvait être faite par procureur qu'au moyen d'un détour, 20.

MANDANT. — **Droit romain.** — Quelles personnes peuvent donner un mandat *ad negotia*, 26 et suiv. — Doit en général avoir un intérêt matériel à l'exécution du mandat pour qu'il puisse l'exiger du mandataire, 61 et suiv. — Cependant, dans certains cas, un intérêt moral suffit, 63. — Remplit quelquefois l'office d'un fidéjusseur, 65 et suiv. — Doit rembourser au mandataire la totalité de ses déboursés, 91, — et les intérêts, 92. — Mais il faut que ces dépenses aient été faites à juste titre, 93. — Est quelquefois obligé de payer au mandataire des sommes que celui-ci n'a pas déboursées, 94. — Est responsable de ses fautes légères, 95. — Doit indemniser le mandataire des pertes qu'il a subies ; controverse, 96. — Doit se conformer aux actes passés par le mandataire et le décharger de ses obli-

gations, 97. — Il a l'action *mandati* contre le mandataire, 103. — Mais il ne peut pas toujours l'exercer lui-même, 104. — Est tenu envers le mandataire par l'action *mandati contraria*, 114. — Est tenu envers les tiers de respecter les actes du mandataire, 118 et suiv. — N'est pas juridiquement représenté par le mandataire dans les contrats, 120. — En dehors des contrats, il en est autrement, 121. — Acquiert directement la propriété par l'entremise du mandataire ; à quelles conditions ? 122 et suiv. — Exceptions apportées au principe qu'il n'est pas tenu directement des obligations contractées par le mandataire, 125 et suiv., 135 et suiv. — Peut agir dans certains cas directement contre les tiers, 136 et suiv. — De quelle manière il peut acquérir le bénéfice des contrats passés par le mandataire, 139. — A qui appartient l'action en répétition lorsque le mandataire a payé indûment, 140. — Réciproquement, contre qui elle peut être intentée lorsque ce dernier a reçu un paiement indu, 140. — Est responsable des délits commis par son ordre, 141. — Peut révoquer le mandat, 143. — Exceptions à ce principe, 145 et 169. — Sa mort met fin au mandat, 148. — Exceptions, 148 et 149. — **Droit ancien.** — Il était juridiquement représenté par le mandataire, 190. — **Droit actuel.** — Quelle capacité est exigée de lui, 256 et suiv. — A quel moment doit s'apprécier sa capacité, 260. — Peut réclamer des dommages-intérêts du mandataire qui a mal exécuté le mandat, 366. — Dans quelles limites, 367. — Dans quels cas il peut laisser l'opération pour le compte du mandataire, 369. — Droits du mandant, lorsque le mandataire a dépassé le prix d'achat, 369, 370 et 416. — Peut laisser pour compte au mandataire les choses que celui-ci a détériorées par sa faute, 371. — La ratification lui enlève le droit de réclamer des dommages-intérêts, 374. — Peut seul réclamer le compte du mandataire, 379. — *Quid*, s'il a perdu ses droits sur la chose, 379. — Peut réclamer un compte détaillé et accompagné des pièces justificatives, 382. — Ce qu'il peut exiger dans ce compte, 384 et suiv. — Des sommes dont il est redevable envers le mandataire, 395 et suiv. — Doit l'indemniser de ses pertes, 400. — Peut réclamer du mandataire les choses qu'il lui a confiées, 414 et suiv. — Peut également revendiquer les choses achetées pour son compte, même si l'achat a été fait au nom du mandataire, 416. — Si le mandataire a vendu et livré des objets mobiliers sans mandat, le mandant peut-il les revendiquer ? 421 et 458. — N'a pas le bénéfice de la solidarité contre les mandataires, 422 et suiv. — Exception, 425. — Des droits du mandant contre chacun des mandataires nommés par des actes différents pour le même objet, 428. — Du recours

qu'il peut avoir contre un mandataire n'ayant pas la capacité civile, 431. — Ses obligations envers le mandataire, 432 et suiv. — Doit fournir à celui-ci les sommes nécessaires pour l'exécution du mandat, 433. — Cas où le mandant ne peut être actionné par le mandataire, 436 et 437. — Les mandants sont tenus solidairement envers le mandataire, 438 et suiv. — Le mandant est tenu directement envers les tiers, lorsque le mandataire a traité en son nom, 447 et suiv. — Réciproquement il peut agir contre eux, 449. — Est responsable du dol du mandataire envers les tiers de bonne foi, 451 et suiv. — Est tenu par les aveux du mandataire et est censé touché par les notifications faites à celui-ci, 455. — Est tenu de l'action en restitution de l'indu, 456. — N'est pas obligé par les actes faits en dehors du mandat, 458, — à moins qu'il ne les ait ratifiés, 459 et suiv. — Est-il tenu des conséquences d'un acte fait en vertu d'une procuration fausse ? 470 et suiv. — N'est pas obligé envers les tiers si le mandataire a traité en son propre nom, 474. — Peut cependant être poursuivi par l'action *de in rem verso*, 475. — Est-il responsable envers le mandataire si le mandat qu'il a envoyé par le télégraphe a été modifié dans la transmission ? 480. — Sa mort ne met pas fin aux pouvoirs du prête-nom à l'égard des tiers, 483. — De ses droits contre le substitué, 484 et suiv. — Peut révoquer le mandat, 491 et 493. — Exceptions, 492. — Sa mort met fin au mandat, 500, — à moins qu'il n'ait manifesté sa volonté contraire, 501. — Cas dans lesquels il n'a pas cette faculté, 502. — Cas où sa mort ne met pas fin au mandat, 503. — Le mandat finit par sa déconfiture ou sa faillite, 504, — par son interdiction ou son changement d'état quant aux actes qu'il n'a plus qualité de faire, 505, — par sa déclaration d'absence, 507, — par l'extinction de ses pouvoirs sur la chose, 509 et 510. — Est tenu d'observer les actes faits par le mandataire de bonne foi, même depuis la cessation du mandat, 512 et suiv. — Il en est de même à l'égard des tiers de bonne foi, quand même le mandataire serait de mauvaise foi, 518 et suiv. — C'est à lui à établir la mauvaise foi des tiers, 522.

MANDAT. — Son utilité, 1 et suiv. — Se présente sous un grand nombre de formes, 4. — Etymologie de ce mot, 11. — Ses différentes significations, 228.

MANDAT AD LITEM. — **Droit romain.** — Du temps des actions de la loi on ne pouvait agir en justice par procureur, 150. — Cependant il y avait exception dans trois cas, 151. — Sous l'empire de la procédure formulaire, il était également impossible d'agir en justice par procureur, 152. — Cependant on finit par permettre

l'usage des *cognitores*, 153. — Changements apportés alors à la formule, 154. — A qui était accordée l'action *judicati* ; qui devait donner les cautions, 155. — On permit plus tard l'usage des *procuratores*, 156. — Différences entre le *procurator* et le *cognitor*, 157. — Distinction entre le *procurator præsentis*, et le *procurator absentis*, 158. — Effets de l'emploi d'un procureur dans une instance à l'époque de la procédure extraordinaire, 159. — A qui et contre qui étaient accordées les actions et qui donnait les cautions, 159 et 160. — Des pouvoirs contenus dans un mandat *ad litem*, 161 et suiv. — Le procureur *ad litem* ne peut renoncer que pour une cause légitime, 167 et suiv. — Ce mandat ne peut être révoqué après la *litiscontestatio*, que pour une cause légitime, 169. — N'est pas éteint par la mort du mandant, mais l'est par la mort du mandataire, 170. — Des personnes capables de recevoir un mandat *ad litem*, 171. — De la capacité requise pour le donner, 172. — Certaines personnes étaient obligées d'agir en justice par procureur, 173. — On peut agir par procureur en matière civile, 175. — Mais non dans les actions populaires, 176, — ni dans les actions publiques, 177. — Exception en faveur des personnes illustres, 178. — On peut également défendre par procureur dans les affaires civiles, 179, — et dans les actions populaires, 180. — Mais non dans les actions publiques, 181. — Exception en faveur des personnes illustres, 182. — **Droit ancien.** — Examen de la législation avant Charlemagne et sous cet empereur au point de vue des institutions judiciaires, 198 et suiv. — Défense primitive d'agir par procureur, 199. — Exceptions à cette défense, 200 et 201. — A l'époque de St-Louis, la même défense existait, 203. — Exceptions, 204 et suiv. — Qui accordait les lettres de grâce, 215. — Motifs pour lesquels elles étaient exigées, 216. — Epoque à laquelle elles furent abolies, 217. — L'emploi des procureurs devint nécessaire pour agir en justice, 218. — Explication de la règle « Nul en France ne plaide par procureur », 219. — Cas dans lesquels on pouvait se passer de procureur, 220. — Des conditions exigées pour être procureur *ad litem*, 221 et 222. — De quelle manière se donnait ce mandat, 224. — **Droit actuel.** — La maxime que *nul ne plaide par procureur* n'est pas d'ordre public, 254. — Peut-on se faire représenter par procureur en matière civile et commerciale, 254, — en matière pénale, 255. — Pour représenter les parties devant le tribunal correctionnel ou de simple police, et porter appel d'un jugement correctionnel, il faut un mandat écrit, 296 note 3, — et spécial, 329. — Il en est de même devant le tribunal de commerce, 328.

MANDAT AD NEGOTIA. — **Droit romain.** — N'a été reconnu qu'assez tard comme contrat à Rome, 6. — Dans le principe il ne devait même guère exister en fait, 7. — Motifs, 7 et suiv. — Existait d'ailleurs dans la pratique avant d'être admis par le droit civil, 11. — Définition, 13. — Affaires pour lesquelles il peut être donné, 14 et suiv. — Ne peut être donné pour des contrats ou des actes *légitimes*, 8, 18 et suiv. — Personnes qui peuvent le donner, 26 et suiv. — Personnes qui peuvent le recevoir, 32 et suiv. — Exige pour sa validité le consentement libre des parties, 40 et suiv. — Peu importe de quelle manière ce consentement soit donné, 49. — Il peut être tacite, 50. — A quel moment le consentement doit être donné, 51 et suiv. — Le mandat doit être gratuit, 43 et suiv. — Il existe cependant, bien qu'un honoraire soit promis, 44 et suiv. — Dans l'intérêt de quelles personnes il peut intervenir, 59 et suiv. — Ressemble dans certains cas à une fidéjussion, 65 et suiv. — Caractères particuliers du mandat *in rem suam*, 70 et suiv. — Il peut être ou général ou spécial, 74. — Des différentes espèces de mandat général, 75. — Des actes pour lesquels un mandat spécial est nécessaire, 77. — Des effets qu'il produit entre les parties, 78 et suiv. — Des obligations qu'il engendre de la part du mandataire, 79 et suiv. — et de la part du mandant, 91 et suiv. — Des actions auxquelles il donne naissance, 98 et suiv. — Nature de l'action *mandati directa*, 99 et suiv. — A qui cette action est donnée, 103 et suiv. — Contre qui elle est donnée, 105 et suiv. — Effets de cette action, 107 et suiv. — Nature de l'action *mandati contraria*, 110. — A qui elle appartient, 111 et suiv. — Contre qui elle est donnée, 114. — Quand et dans quel but elle est donnée, 115 et suiv. — Effets du mandat à l'égard des tiers, 118 et suiv. — Le mandat prend fin par les causes ordinaires d'extinction des contrats consensuels, 142, — par la révocation, 143. — Mais il faut que cette révocation ait été notifiée; sort des actes accomplis de bonne foi postérieurement à la revendication et antérieurement à la notification, 144. — La révocation ne peut atteindre le *procurator in rem suam*, 145. — Le mandat finit aussi par la renonciation, 146, — par la mort du mandataire, 147, — par la mort du mandant, 148. — Les parties peuvent cependant convenir du contraire, 148 et suiv. — **Droit ancien.** — A été employé fréquemment et de bonne heure dans notre ancien Droit, 183. — Etait essentiellement gratuit comme à Rome, 184. — Toutefois on admettait les honoraires, 185. — Se forme par le seul consentement, 186. — Obligations qui en résultent, 187. — Effets à l'égard des tiers, 190. — Des causes qui y

mettent fin, 191. — **Droit actuel.** — Controverses quant à sa nature, 227 et suiv. — Système de Troplong, 230. — Exposition du système opposé, 231. — Critique de ces deux systèmes, 232 et suiv. — Les différences pratiques entre les deux systèmes sont de peu d'importance, 237. — Définition, 240. — Conditions de validité, 241 et suiv. — Intention de s'obliger, 242. — Objet licite, 243 et suiv. — Est nul le mandat de faire la contrebande, 243, — ou de jouer à la bourse, 244, — ou de jouer de toute autre façon, 245, — à moins que le mandataire ne soit de bonne foi, 246. — Le mandat de payer une dette de jeu est valable, 247. — La *clause de voie parée* est prohibée, mais le mandat révocable donné par un débiteur à son créancier de vendre ses immeubles est valable, 248. — Le mandat donné par un tuteur d'acheter un des biens de son pupille est valable, 249. — Actes qui ne peuvent être accomplis par procureur, 250 et suiv. — Capacité exigée des parties, 256 et suiv. — A quel moment doit-on la considérer, 260. — Cas dans lesquels le mandant est limité dans le choix de ses mandataires, 264. — Cas d'incapacités relatives, 265. — A quel moment est formé le contrat, 269. — Dans quel lieu il est censé formé, 270. — Est un contrat consensuel, 271. — Peut-il être tacite ? Controverses, 272 et suiv. — Le simple silence du maître ne peut être considéré comme un mandat tacite, 275. — Cas dans lesquels il y a mandat tacite, 276 et suiv. — Importance du point de savoir s'il y a mandat ou simple gestion d'affaires, 284. — Le mandat se compose de deux éléments, 285. — Formes de la procuration, 286 et suiv. — Formes de l'acceptation, 297. — De la preuve du mandat, 298, — lorsqu'il est verbal, 299, — lorsqu'il est tacite, 300. — De la preuve dans les rapports avec les tiers, 301. — Sens des termes mandat *général*, mandat *exprès* et mandat *spécial*, 303 et suiv. — Etendue du mandat conçu en termes généraux, 308 et suiv. — Etendue du mandat spécial, 349 et suiv. — Etendue du mandat tacite, 276 et suiv., 354 et 453. — Cas dans lesquels il faut un mandat exprès, 320 et suiv. — Cas dans lesquels un mandat spécial est nécessaire, 325 et suiv. — Obligations auxquelles il donne naissance de la part du mandataire, 331 et suiv. — Des garanties qui y sont attachées pour le mandant, 422 et suiv. — Obligations du mandant, 432 et suiv. — Garanties appartenant au mandataire, 438 et suiv. — Effets du mandat à l'égard des tiers, 447 et suiv. — De quelles manières il finit, 490. — Révocation, 491 et 493. — Exceptions, 492. — Renonciation, 495. — Dans quels cas elle est possible, 496 et suiv. — Cas dans lesquels la renonciation est impossible, 499. — Mort du man-

dant ou du mandataire, 500. — On peut stipuler que le mandat ne finira pas par la mort du mandant, 501, — sauf cependant dans certains cas, 502. — Cas dans lesquels la mort des parties ne met pas fin au mandat, 503. — Déconfiture du mandant ou du mandataire, 504. — Interdiction, 505. — Déclaration d'absence, 507. — Substitution, 508. — Extinction des pouvoirs du mandant sur la chose, 509. — Les actes faits avant la cessation du mandat sont valables, 511. — Il en est de même de ceux qui ont été faits postérieurement de bonne foi, 512 et 518.

MANDATAIRE. — **Droit romain.** — Qui peut être mandataire *ad negotia*, 32 et suiv. — Des personnes qui ne peuvent accepter un mandat *ad negotia*, 39. — Dans certains cas le mandataire ne peut être forcé à l'exécution du mandat, 62, 65 et suiv. — Par son acceptation il est obligé d'exécuter le mandat, 79. — Peut en règle générale se substituer un tiers, 80. — Doit exécuter son mandat d'une manière conforme à ses instructions, 81. — Ne peut rendre la condition du mandant plus défavorable, mais peut la rendre meilleure, 82. — Exceptions à cette dernière règle, 83. — Doit rester dans les limites de son mandat, 84. — Doit rendre compte, 85. — Doit-il les intérêts ? *Quid*, dans le cas où il a employé à son usage les capitaux du mandant, 85. — Doit céder les actions au mandant, 86. — De quelles fautes il est responsable, 87 et suiv. — A droit au remboursement intégral de ses avances, 91, — et des intérêts de ces avances, 92. — Mais ne peut réclamer que les déboursés faits à juste titre, 93. — Peut quelquefois réclamer du mandant des sommes qu'il n'a pas payées lui-même, 94. — A le droit de se faire indemniser des pertes qu'il a subies par suite de l'exécution du mandat ; controverse, 96. — Est noté d'infamie lorsqu'il est condamné par l'action de mandat, 100.— Peut être poursuivi par l'action *furti*, s'il cache frauduleusement les choses qu'il détient pour le mandant, 107. — Ne peut opposer la prescription pour se refuser à rendre au mandant les choses que celui-ci lui avait confiées ; *quid*, quant aux choses achetées, 108. — Ne peut intenter l'action *mandati contraria*, lorsqu'il a fait une chose autre que celle qui lui était ordonnée, 112. — Il peut l'intenter même avant d'avoir fait des débours, 116. — En traitant avec les tiers, il doit parler en son nom et non en celui du mandant, 120. — Mais en dehors des contrats, il représente le mandant à l'égard des tiers, 121. — Est seul tenu envers les tiers par suite des contrats qu'il a passés avec eux, et seul il peut agir contre eux, 132 et suiv. — A qui appartient la *condictio indebiti* lorsqu'il a payé indûment, 140. — Réciproque-

ment, contre qui elle peut être intentée, lorsqu'il a reçu un paiement indu, 140. — Peut dans certains cas renoncer au mandat, 146. — Mais ne le peut que pour une cause légitime, dans le cas de mandat *ad litem*, 167 et suiv. — Sa mort met fin au mandat, 147. — Pouvoirs du mandataire *ad litem*, 161 et suiv. — **Droit ancien.** — Ses obligations, 187. — Ses droits, 188. — Représente juridiquement le mandant à l'égard des tiers, 190. — Conditions exigées du procureur *ad litem*, 221 et suiv. — De quelle manière il devait être constitué, 224. — Avait droit à un salaire sans convention, 225. — **Droit actuel.** — Conditions de capacité, lorsqu'il agit au nom du mandant, 261, — lorsqu'il agit en son nom, 268. — Peut recevoir le mandat d'acheter pour un tiers les biens du mandant, 267. — Pouvoirs d'un mandataire ayant un mandat conçu en termes généraux, 308 et suiv. — Doit accomplir le mandat jusqu'au bout, 331 et 332. — Peut-il se substituer un tiers ? 333 et suiv. — Obligation d'accomplir le mandat tel qu'il est donné, 341; — quant à la manière d'agir, lorsqu'il y a plusieurs mandataires, 341; — quant à la nature des actes, 342; — quant à l'époque d'exécution, 343; — quant à l'ordre des opérations, 343 et 344; — quant au mode d'exécution, 345. — Comment doit agir le mandataire à défaut de ces indications, 346. — Doit rester dans les limites du mandat, 347 et suiv. — Etendue de ses pouvoirs dans le cas d'un mandat général, 348, — et dans le cas de mandat spécial, 349. — Pouvoir discrétionnaire du juge pour apprécier l'étendue d'un mandat, 350 et 353. — Etendue d'un mandat tacite, 354. — Doit apporter à la gestion les soins d'un bon père de famille, 355 et suiv. — Etendue de sa responsabilité, 356 et suiv. — Quand il est responsable, 359 et suiv. — Doit avertir le mandant de tous les faits qui peuvent l'intéresser et veiller à la garde des choses du mandant, 360. — Responsabilité du mandataire dans le cas de substitution, 362 et suiv. — Condamnations qui peuvent être prononcées contre lui, 366 et suiv. — Dommages-intérêts, 366. — Leur quantum, 367. — Peut-il compenser les bénéfices procurés au mandant avec le préjudice résultant de ses fautes ? 368. — Laisser pour compte, 369 et suiv. — *Quid*, lorsque le mandataire a dépassé le prix d'achat, 370. — Défenses du mandataire à l'action en responsabilité : pour n'avoir pas exécuté le mandat, 373; — pour s'être écarté de son mandat, 374; — pour perte ou détérioration des objets confiés à sa garde, 375 et 376. — L'obligation de rendre compte est-elle de l'essence du mandat ? 377 et 378. — A qui il doit rendre le compte, 379. — Quels mandataires doivent rendre compte, 380. — De quelle

manière il doit rendre le compte, 381 et suiv. — Doit produire les pièces justificatives, 382. — Doit rendre tout ce qu'il a reçu, même indûment, à moins que ce ne soit par suite d'erreur de calcul, 384 et suiv. — Doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, 387. — A qui incombe la preuve de l'emploi, 388. — Taux des intérêts ainsi dus, 389. — Si de cet emploi frauduleux est résulté un préjudice pour le mandant, il doit le réparer complètement, 390. — Peut en outre être poursuivi pour abus de confiance, 391. — Du cas où il a fait usage des capitaux du mandant avec son autorisation, 392. — Doit compte de ce qu'il a négligé de recevoir, 393. — N'est pas responsable de l'insolvabilité des débiteurs, 394. — A droit au remboursement de ses avances et frais, 395, — et aux intérêts de ces avances, 396, — pourvu qu'il ait été dans la nécessité d'employer ses propres capitaux, 397. — Quels mandataires ont droit aux intérêts, 398 et 399. — Peut porter en compte les pertes éprouvées par suite de sa gestion, 400. — Peut exiger le salaire qui lui a été promis, 401 et suiv. — mais non les intérêts de ce salaire, 406. — Peut-il porter en compte le salaire par lui promis au substitué ? 407. — Est libre de dresser son compte comme il l'entend, par échelette par exemple, 409. — Ne doit pas de plein droit les intérêts du reliquat, 410. — Doit rendre en nature les corps certains appartenant au mandant, 414. — *Quid*, s'il apprend qu'il détient une chose perdue ou volée, 415. — Est libéré de l'obligation de rendre compte au bout de trente ans, 417. — Mais ne peut opposer de prescription quant aux corps certains, 419 et suiv.— Il n'y a pas de solidarité entre mandataires, 422 et suiv.— Exception s'il y a eu concert entre eux pour commettre un délit, 425. — Responsabilité des mandataires nommés par actes séparés, 428. — Obligations d'un mandataire n'ayant pas la capacité civile, 431. — Droits du mandataire, 432 et suiv. — Ne peut être forcé à faire des avances, 433. — Peut réclamer son salaire même avant l'apurement du compte, 434. — Garanties des droits du mandataire contre le mandant, 438 et suiv. — N'a pas de privilége, 442. — A un droit de rétention, 443 et suiv. — Le mandataire agissant en son nom n'est pas tenu envers les tiers, 447 et suiv. — Réciproquement il ne peut agir contre les tiers, 449. — Quand il est censé à l'égard des tiers avoir agi dans les limites de son mandat, 450. — Est-il tenu de l'action en répétition de l'indu ? 456. — Sa responsabilité envers les tiers, lorsqu'il a outrepassé ses pouvoirs, 468. — Est garant de la ratification du mandant, s'il s'est porté fort, 469. — Est-il responsable lorsqu'il contracte de bonne foi au nom du

mandant, en vertu d'une fausse procuration ? 470 et suiv. — Le mandataire qui agit en son nom est tenu envers les tiers, 473 et suiv. — et il peut seul les poursuivre, 476. — Peut agir en son nom et se réserver la faculté de déclarer postérieurement le nom du véritable contractant ; conséquences de cette convention, 477. — Cas où il a agi en son nom en vertu d'une procuration erronée ou fausse ; sa responsabilité envers les tiers et envers le mandant, 478 et suiv. — De la responsabilité du mandataire envers son substitué, 484 et suiv. — Dans quels cas il peut renoncer au mandat, 495 et suiv. — Sa mort met fin au mandat, 500. — Exception, 503. — Le mandat prend fin par sa déconfiture ou sa faillite, 504, — par son interdiction, 505 et 506. — Les actes passés par lui de bonne foi postérieurement à l'extinction du mandat sont valables, 511 et suiv. — Est quelquefois tenu d'agir même après la fin du mandat, 515. — Doit notifier au mandant les causes d'extinction du mandat provenant de sa part, 516. — Après sa mort, la même obligation incombe à ses héritiers, 516. — *Quid*, dans le cas d'interdiction en ce qui concerne son tuteur, 517.

MARI. — En Droit romain, le mari administrateur des biens de sa femme n'était pas tenu d'y apporter plus de soin qu'à ses propres affaires, 89. — Validité du mandat donné par une femme à son mari, 257. — Peut donner un mandat à sa femme, 258. — Est le mandataire tacite de sa femme pour certains actes, 281. — Cas dans lesquels il n'est pas obligé de rendre compte, 380. — Le mandat donné par lui quant aux biens de sa femme est éteint par la dissolution du mariage, 509.

MARIAGE. — Pouvait se faire par procureur dans notre ancien Droit, 183. — Dans notre Droit actuel le mariage par procureur est interdit, 250. — Pour représenter un des futurs dans un contrat de mariage il faut une procuration authentique, 287. — Le contrat de mariage dans lequel l'un des futurs n'a pas été représenté par un mandataire porteur d'une procuration authentique, ne peut être ratifié, 466.

MINEUR. — **Droit romain.** — Sous quelles conditions il peut donner un mandat, 30. — N'est pas obligé par le mandat qu'il a reçu, 38. — Dans quels cas le mandant peut agir contre lui, 106. — Un mineur de dix-sept ans ne peut recevoir un mandat *ad litem*, 171. — **Droit actuel.** — Ne peut donner un mandat, 256. — Peut recevoir un mandat, 261. — Dans quelles limites il est tenu vis-à-vis du mandant, 263 et 431. — Ne peut être choisi pour exécuteur testamentaire, 264. — Peut-il remplir les fonctions de commissionnaire ? 538 et 539.

MORT. — **Droit romain.** — La mort du mandant et la mort du mandataire mettent fin au mandat, 147 et 148. — Toutefois il y a des cas où le mandat n'est pas éteint par la mort du mandant, 148 et 149, 170. — **Droit actuel.** — Le mandat finit par la mort du mandant ou du mandataire, 500. — Le mandant peut stipuler que le mandat ne sera pas éteint par sa mort, 501. — Cas dans lesquels cette stipulation n'est d'aucun effet, 502. — Cas dans lesquels le mandat n'est pas éteint par la mort des parties, 503. — La mort du commettant et celle du commissionnaire mettent fin à la commission, 663.

NOTAIRE. — N'est pas un mandataire lorsqu'il agit en qualité d'officier public, 238. — Les services qu'il rend ne rentrent pas non plus dans le louage d'ouvrage, 239. — De sa responsabilité, 242. — Ne peut stipuler pour les parties dans les actes qu'il reçoit, 265. — Dans quels cas il a un mandat tacite, 276. — N'a pas droit aux intérêts de ses avances, lorsqu'il agit comme officier public, 398. — A droit à un salaire même sans convention, 401. — A-t-il une action solidaire ? 440. — Ne peut faire aucun acte de commission, 542. — Validité du contrat de commission reçu ou donné malgré son incapacité, 543 et 544.

OPPOSITION. — Pour faire opposition à un mariage, le mandataire doit être porteur d'un pouvoir notarié, 287 — et spécial, 327.

PERTE. — **Droit romain,** — La perte arrivée par cas fortuit n'est pas à la charge du mandataire, 87. — Le mandataire peut se faire indemniser par le mandant des pertes qu'il a subies à l'occasion de sa gestion, 96. — **Droit actuel.** — Le mandataire n'est pas responsable de la perte arrivée par cas fortuit ; conditions pour qu'il en soit ainsi, 375. — La perte des choses *in genere* est pour le compte du mandataire, 376. — Le mandant doit indemniser le mandataire des pertes qu'il a subies, 400. — Même obligation pour le commettant, 607.

PRESCRIPTION. — **Droit romain.** — La prescription ne peut être opposée par le mandataire aux demandes du mandant tendant à réclamer les choses à lui confiées ; mais *quid,* quant aux choses achetées en vertu du mandat ? 108. — Les tiers même de bonne foi ne peuvent prescrire les meubles qu'ils ont achetés d'une personne n'ayant pas mandat de les vendre, mais ils peuvent prescrire les immeubles, 130. — **Droit ancien.** — Durée de la prescription des frais et salaires dus aux procureurs *ad litem,* 226. — **Droit actuel.** — La prescription quinquennale n'est pas applicable aux intérêts des avances du mandataire, 396. — L'action en reddition de compte se prescrit par trente ans, mais chaque élément du compte ne se pres-

crit pas séparément, 417. — Les intérêts du reliquat se prescrivent par cinq ans, 418. — Le mandataire ne peut prescrire les corps certains appartenant au mandant, 419 et 420. — La règle *en fait de meubles possession vaut titre*, peut être opposée par les tiers qui ont acheté de bonne foi du mandataire, 421 et 458. — Durée de la prescription de l'action du mandataire, 435.

PRÊTE-NOM. — Signification de ce mot, 482. — De l'étendue de sès pouvoirs au point de vue des tiers, 482. — La mort du mandant n'y met pas fin relativement à ceux-ci, 483.

PREUVE. — La preuve du mandat peut se faire même par lettres missives, 298. — Preuve du mandat verbal, 299. — Preuve du mandat tacite, 300. — De la preuve au point de vue des tiers, 301. — Preuve de la commission, 547.

PRIVILÉGE. — Existait en faveur du commissionnaire dans notre ancien Droit, 197. — Le mandataire n'a pas de privilége, 442. — Légitimité du privilége du commissionnaire, 619. — Etendue du privilége avant la loi de 1863, 620. — Innovations introduites par cette loi, 621 et 622. — A qui il est accordé, 624. — Quelles créances il garantit, 625. — Sur quelles choses il porte, 626 et 627. — Il porte sur le prix de vente, 627 — même lorsqu'elle a été faite au nom du commettant, 628. — En cas de perte des marchandises assurées, porte-t-il sur le montant de l'assurance ? 629. — Conditions de son existence, 630. — Le commissionnaire doit avoir la possession des marchandises, 631. — Privilége sur des marchandises en cours de voyage, 632. — Pour conférer le privilége il n'est pas nécessaire que l'endossement du connaissement énonce la valeur fournie, 633. — Il n'est pas nécessaire non plus que l'expédition soit constatée par un connaissement ou une lettre de voiture, 634. — Le privilége n'existe que si le commissionnaire est resté en possession, 635. — Le commettant doit avoir capacité de disposer des marchandises, 636. — Privilèges qui priment celui du commissionnaire, 638. — Privilèges primés par celui du commissionnaire, 639. — Dans le cas de sous-consignation, étendue et ordre des privilèges du commissionnaire et du sous-consignataire, 640.

PROCURATION. — Signification de ce mot, 228. — La forme de la procuration est généralement laissée au choix du mandant, 286. — Cas dans lesquels elle doit être authentique, 287 et suiv. — Conséquences du défaut d'authenticité dans ces hypothèses, 288. — Il n'est pas nécessaire qu'elle soit en minute, 290. — Des conditions de validité d'une procuration sous seing privé, 291 et suiv. — Cas dans lesquels la procuration doit être donnée par écrit, 295. —

En quelle forme doit être donnée une procuration pour répudier une succession, 296. — L'étendue du mandat à l'égard des tiers est fixée par les termes de la procuration qui leur est présentée, 450. — Les tiers peuvent en exiger la production et même la remise, 452. — Dans les cas de révocation, le mandant peut exiger du mandataire la remise de la procuration, 519.

PROCUREUR. — V. *Mandataire* et *Mandat ad litem*.

RATIFICATION. — **Droit romain.** — Elle a un effet rétroactif à l'égard des tiers, 52, 129. — Mais la rétroactivité n'existe plus si elle doit léser des droits acquis, 53. — A-t-elle également un effet rétroactif entre les parties, en ce sens qu'un mandat soit censé avoir été donné *ab initio* ? Controverse, 54 et suiv. — **Droit actuel.** — Empêche le mandant de réclamer des dommages-intérêts, 374. — Formes de la ratification, 374 et 459. — Son caractère, 459. — Les tiers peuvent se prévaloir de la ratification intervenue entre le mandant et le mandataire, 460. — A-t-elle un effet rétroactif ? 461 et suiv. — *Quid*, en cas d'assurances, 464 et 658. — Cas dans lesquels elle a un effet rétroactif, 465. — Les contrats solennels ne sont pas susceptibles de ratification, 466.

RÉCÉPISSÉ. — Le récépissé délivré par les compagnies de chemin de fer donne au commissionnaire détenteur, les mêmes droits que la lettre de voiture, 634.

RECONNAISSANCE. — On peut reconnaître un enfant naturel par mandataire porteur d'un pouvoir notarié, 287 — et spécial, 327.

REMISES. — De quelle manière le commissionnaire peut faire au commettant les remises de sommes d'argent, 585.

RENONCIATION. — **Droit romain.** — Dans quels cas le mandataire peut renoncer au mandat, 146. — Il ne le peut dans le cas de mandat *ad litem* que pour une cause légitime, 167 et suiv. — **Droit actuel.** — Le mandataire peut renoncer au mandat, 495 et suiv. — Conditions auxquelles cette faculté est soumise, 497. — Cas dans lesquels le mandataire ne peut renoncer, 499. — Doit être notifiée au mandant, 516. — Le droit de renonciation appartient au commissionnaire dans des limites plus restreintes qu'au mandataire, 665 et suiv.

REPRÉSENTATION. — N'existait pas en Droit romain en matière de contrats, 8 et 9, 119 et suiv. — Mais existait en dehors des contrats, 121. — Exceptions apportées au principe que le mandant n'était pas directement tenu par les contrats passés par le mandataire, 125 et suiv. — Existait dans notre ancien Droit, 190. — Est un des caractères distinctifs du mandat dans notre Droit actuel, 231.

RESPONSABILITÉ. — **Droit romain.** — Peut être réglée par le contrat, 87. — A défaut de convention, le mandataire est responsable de la faute légère, 88. — Exception pour le mari, 89. — Le mandataire répond de ses négligences, 90. — Le mandant est responsable de ses fautes légères, 95. — **Droit actuel.** — Peut être réglée par la convention, sauf en ce qui concerne le dol, 356. — Quelle est la responsabilité édictée par le Code, 357 et suiv. — Distinction entre le mandat gratuit et le mandat salarié, 358. — Quand le mandataire est responsable, 359 et suiv. — Responsabilité du mandataire dans le cas de substitution, 361 et suiv. — Condamnations qui peuvent être prononcées contre le mandataire par suite de sa responsabilité, 366 et suiv. — Dommages-intérêts, 366 et suiv. — Laisser pour compte, 369. — Défenses que le mandataire peut opposer à l'action en responsabilité pour défaut d'exécution, 373, — pour défaut de conformité dans l'exécution, 374, — pour perte ou détérioration des choses confiées à sa garde, 375. — Le mandataire est toujours responsable de la perte des choses *in genere*, 376. — Le mandant est responsable envers les tiers du dol de son mandataire, 451. — Responsabilité du mandataire envers les tiers, lorsqu'il a agi sans mandat, 468. — A qui incombe la responsabilité lorsque le mandataire a agi de bonne foi en vertu d'une fausse procuration, 470 et suiv., 478 et suiv. — Responsabilité du commissionnaire qui n'exécute pas en temps voulu la commission, 556 et 557, — ou l'exécute d'une façon non conforme à ses instructions, 558. — *Quid*, s'il dépasse le prix fixé, 559 et suiv. — De sa responsabilité en matière de substitution, 568. — Ce qu'il doit faire à la réception des marchandises pour sauvegarder sa responsabilité, 569. — Il est responsable des détériorations, 570. — Etendue de la responsabilité du commissionnaire, 574 et suiv. — Il n'est pas garant de la solvabilité des tiers s'il a observé ses instructions, 557, — sauf en cas de ducroire, 578 et suiv. — *Quid*, relativement aux remises de capitaux, 585.

RESPONSALIS. — Quelles étaient ses fonctions, en quoi il différait de l'attourné, 206 et suiv.

RÉTENTION. — Dans notre ancien Droit, elle existait en faveur du mandataire, 188. — Dans notre Droit actuel, il en est de même, 443 et suiv. — Sur quels biens elle porte, 444. — Quelles créances elle garantit, 445. — A quelles personnes elle est opposable, 446. — Le commissionnaire jouit de ce droit, 614, — même à l'égard des créanciers, 615. — Conséquences du droit de rétention, 616. — Cesse par l'abandon de la chose, 618.

REVENDICATION. — Le mandant peut à toute époque reven-

diquer les choses par lui remises au mandataire ou achetées pour son compte, 414 et suiv. — même si l'achat a été fait au nom du mandataire, 416. — Dans quels cas il peut exercer contre les tiers la revendication des objets vendus sans mandat, 421 et 458. — Le commettant peut également revendiquer les marchandises envoyées en consignation ou achetées par le commissionnaire, 588 et 589. — Revendication des effets de commerce, 592 et suiv. — Conditions de cette revendication, 593 et 594. — Revendication des marchandises, 595 et suiv. — Conditions de cette revendication, 589, 590, 596 et suiv. — Revendication du prix des marchandises, 599 et suiv. — Conditions de cette revendication, 600 et suiv. — *Quïd*, si le prix a été réglé en billets par l'acheteur, 600 et 601. — La revendication n'est pas empêchée par la remise au commissionnaire d'un simple bon sur un banquier, 602, — ni par l'existence de traites tirées par le commissionnaire et non mises en circulation, 603. — La compensation empêche la revendication, 604. — Circonstances résultant des rapports entre le commettant et le commissionnaire qui empêchent la revendication, 605. — Les effets négociés depuis la faillite peuvent être revendiqués entre les mains des tiers de bonne foi, 606. — Cas dans lesquels le vendeur non payé peut revendiquer les marchandises entre les mains du commissionnaire, 639. — Le commissionnaire acheteur non remboursé par le commettant failli a le droit de revendiquer les marchandises par lui expédiées, 641 et suiv. — Conditions de cette revendication, 647 et 648. — Ses effets, 649. — Elle n'existe pas au profit du commissionnaire qui a acheté au nom du commettant, 650.

RÉVOCATION. — **Droit romain.** — Met fin au mandat, 143. — Peut être expresse ou tacite, 143. — Doit être notifiée au mandataire et aux tiers pour leur être opposable, 144. — Le mandant ne peut pas toujours révoquer le mandat, 145, 169. — **Droit actuel.** — Le mandant peut révoquer le mandat à toute époque, 491. — Exceptions, 492. — Du droit de révocation, lorsqu'il y a plusieurs mandants, 493. — Formes de la révocation, 494. — Dans certains cas, le mandant doit indemniser le mandataire des suites d'une révocation faite sans motif légitime, 511. — Le mandant doit la notifier au mandataire, 513 et 514 — et aux tiers, 520. — Dans le cas de révocation, le mandant peut exiger du mandataire la remise de la procuration, 519. — Le commettant peut révoquer la commission tant que l'exécution ne lui a pas été notifiée, 573 et 664. — Exceptions, 664.

SAISIE. — Un mandataire général peut faire pratiquer des saisies-arrêts et des saisies mobilières ; *quid*, quant aux saisies immo-

bilières, 317. — Un huissier ne peut faire une saisie immobilière sans un mandat spécial, 328. — Le mandat de toucher une créance ne donne pas le pouvoir de faire des saisies, 329. — Le mandat de poursuivre une saisie immobilière ne donne pas le droit au mandataire de se rendre adjudicataire pour le mandant, 352. — Ne fait pas tomber le droit de rétention du mandataire, 446.

SALAIRE. — Etait dû même sans convention au commissionnaire dans notre ancien Droit, 197, — et au procureur *ad litem*, 225. — La convention d'un salaire rend le mandat synallagmatique, 293. — Le salaire dû peut être porté en compte par le mandataire, 401. — Convention tacite de salaire, 401. — Peut être exigé même si l'affaire n'a pas réussi, 402. — Les tribunaux ne peuvent le restreindre, 403. — Cas dans lesquels il peut être réduit, 404. — Cas dans lesquels il peut être refusé au mandataire, 405. — Il n'est pas productif d'intérêts de plein droit, 406. — Le salaire du substitué peut-il être porté en compte par le substituant? 407. — Le salaire peut être réclamé par le mandataire avant l'apurement du compte, 434. — Se prescrit par trente ans, 435. — La convention d'un salaire n'empêche pas le mandant de révoquer le mandat, 491, — ni le mandataire d'y renoncer, 498. — La commission est toujours réputée salariée, 609. — Quand le commissionnaire peut réclamer le droit de commission, 610 et 611. — Il ne peut en exiger lorsqu'il a accompli la commission en envoyant ses propres marchandises, 612. — Est dû solidairement par les commettants, 613.

SERMENT. — **Droit romain.** — Ce sont les parties et non leur procureur qui doivent prêter le *jusjurandum calumniæ*, 161. — Quand le procureur peut déférer le serment à l'adversaire, 163. — Effets du serment déféré au procureur, 163 et 164. — Le juge ne peut jamais déférer un serment au procureur, 165. — **Droit actuel.** — Le serment ne peut être prêté par procureur, 252. — Ne peut être déféré par un mandataire général, 316. — Effets du serment prêté par lui, ou de son refus de le prêter, 316.

SOLIDARITÉ. — En Droit romain, la solidarité existait entre comandataires, 109, — et entre comandants, 117. — Existait aussi dans notre ancien Droit entre les parties, 188. — Du mandat tacite existant entre créanciers et débiteurs solidaires, 283. — Il n'y a pas de solidarité en faveur des gérants d'affaires, 284. — Il n'y a pas de solidarité entre comandataires, 422. — Conséquences de ce principe, 423 et suiv. — Il y a solidarité si les mandataires ont commis de concert un délit, 425. — Existe entre exécuteurs testamentaires, 427. — Conséquences de la solidarité lorsqu'elle a été stipulée, 429. — Conditions pour qu'il y ait solidarité entre mandataires

nommés par actes séparés, 430. — Existe entre comandants, 438 et suiv. — Existe au profit de l'avoué, de l'associé liquidateur, mais non en faveur de l'associé gérant et du syndic, 439. — *Quid,* quant aux notaires, 440, — et aux experts, 441. — Les commissionnaires ne sont pas en général tenus solidairement envers le commettant, 586 et 587. — Mais il peut y avoir convention tacite de solidarité, 587. — Les commettants sont solidairement tenus envers le commissionnaire, 613.

SUBROGÉ-TUTEUR. — Peut se faire représenter par mandataire à l'inventaire des biens du mineur, 251.

SUBSTITUTION. — En Droit romain, le droit de substituer appartenait au mandataire, 80. — L'action *mandati* contre le substitué appartenait au substituant et non au maître, 103. — En matière de mandat *ad litem,* un procureur ne pouvait substituer qu'après la *litiscontestatio,* 173. — La substitution est-elle permise dans notre Droit ? 333 et suiv. — En quel sens, 338. — Défense tacite de substituer, 339. — Autorisation expresse ou tacite de substituer, 340. — Responsabilité du mandataire envers le mandant relativement aux actes du substitué, 361 et suiv. — Le salaire du substitué peut-il être porté en compte par le substituant ? 407. — Des rapports du substitué avec le mandant et le mandataire, 485 et suiv. — et avec les tiers, 488. — Met quelquefois et dans une certaine limite fin au mandat, 508. — La mort du substituant met-elle fin au mandat du substitué ? 510. — De la substitution en matière de commission, 568. — Privilége du substitué ou sous-consignataire, 640.

SUCCESSION. — **Droit romain.** — L'adition d'hérédité ne peut être faite par procureur, 21 et suiv. — La possession de biens peut être demandée par procureur, 23. — Un procureur *omnium bonorum* ne peut répudier une succession prétorienne, 77. — **Droit actuel.** — Pour répudier une succession ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire, l'existence d'un pouvoir écrit n'est pas indispensable, 296. — Un mandataire général ne peut ni accepter ni répudier une succession, 318. — Il faut un mandat exprès, 321 et 323.

SYNDIC. — Le syndic d'une faillite n'est pas personnellement tenu envers le mandataire chargé par lui des affaires de la masse, 436. — N'a pas d'action solidaire contre les créanciers de la faillite, 439. — N'est pas responsable pour n'avoir pas continué à exécuter le mandat confié au failli, même pour les actes urgents, 517.

TIERS. — **Droit romain.** — Peuvent forcer le maître à respecter les actes passés par le mandataire, 118 et suiv. — à moins que celui-ci n'eût pas de mandat, 129. — Peuvent-ils prescrire les choses qu'ils ont achetées d'un faux procureur ? 130. — N'ont pas pour

obligé direct le mandant, 119 et suiv., 132 et suiv. — Exceptions apportées à ce principe, 125 et suiv., 135 et suiv. — Tiers qui a payé indûment le mandataire, contre qui il peut agir, 140. — *Quid*, en matière de délits, 141. — **Droit actuel.** — Comment ils peuvent faire la preuve du mandat, 301. — Lorsque le mandataire a traité au nom du mandant, c'est ce dernier qui est le véritable contractant à l'égard des tiers, 447 et suiv. — Le mandataire n'est pas tenu envers eux, 449. — Dans quels cas le mandataire est à leur égard censé avoir agi dans les limites de ses pouvoirs, 450. — Mais ils doivent être de bonne foi, 452. — Doivent se faire représenter la procuration, 452. — Exceptions, 453 et 454. — Peuvent se prévaloir envers le maître des aveux et des fautes du mandataire, 455. — Dans le cas de paiement fait indûment, contre qui ils doivent agir, 456. — De leurs droits contre le mandant pour les actes faits sans mandat, 458. — Peuvent agir contre lui s'il a ratifié même dans le seul intérêt du mandataire, 459 et 460. — Ne sont pas tenus envers le mandant tant qu'il n'y a pas eu ratification, 461 et suiv. — Peuvent agir contre le maître même pour les actes passés sans mandat s'il y a gestion d'affaires, 467. — De leurs droits contre le mandataire qui a traité avec eux en dehors de ses pouvoirs, 468. — Droits des tiers lorsque l'acte a été passé en vertu d'une fausse procuration, 471 et 472. — Ils ont pour seul obligé le mandataire lorsqu'il a traité en son nom, 474. — Ils ont aussi l'action *de in rem verso* contre le mandant, 475. — Dans ce cas il importe peu à leur égard que la procuration soit fausse, 478. — Les actes qu'ils ont passés avec un prête-nom en dehors des pouvoirs de celui-ci, sont valables même s'ils sont de mauvaise foi, 482. — La mort du mandant ne met pas fin à leur égard aux pouvoirs du prête-nom, 483. — Contre qui ils ont recours dans le cas de substitution, 488 et 489. — La cessation du mandat ne peut être opposée aux tiers de bonne foi, 518 et 520. — Leur bonne foi est présumée, 522. — Droits des tiers contre le commettant et le commissionnaire lorsque ce dernier a contracté en son nom, 652 et suiv. — Dans ce cas tous les actes sont valables à leur égard sous la seule condition de leur bonne foi, 655. — Cas où le commissionnaire a traité au nom du commettant, 656. — Cas où il a traité en son nom mais en se réservant la faculté de nommer son commettant, 657.

TRANSACTION. — En Droit romain il fallait un mandat exprès pour transiger, 77. — Dans notre Droit un mandataire général ne peut transiger, 316. — Ce que contient le pouvoir de transiger, 349. — Le pouvoir de transiger ne donne pas celui de compromettre, 351.

TUTEUR. — En Droit romain, ne pouvait constituer un procureur mais seulement un *actor*, 31. — Validité du mandat donné par un tuteur d'acheter les biens de son pupille, 249. — Ne peut se charger comme mandataire d'intérêts contraires à ceux de son pupille, 267. — Peut agir en reddition de compte contre le mandataire qu'il a chargé de l'administration des biens du mineur, même après la majorité de celui-ci, 380. — Le mandat donné par un tuteur est éteint par la majorité du mineur, 509. — *Quid*, quant à la mort du tuteur, 510. — Le tuteur de l'interdit n'est pas obligé de continuer l'exécution du mandat donné à ce dernier, même quant aux actes urgents, 517.

USAGES. — Le commissionnaire doit observer les usages de la place à défaut d'ordres contraires, 566 et 571.

VENTE. — En Droit romain, un procureur *cum libera administratione* pouvait aliéner, mais un procureur *omnium bonorum simpliciter* ne le pouvait pas, sauf pour les choses sujettes à dépérissement, 75 et 77. — Dans notre Droit actuel, un mandataire général peut vendre les fruits et les récoltes, mais non les meubles incorporels, 315. — Pour vendre il faut un pouvoir exprès, 320. — Le mandat de vendre ne donne pas le droit de toucher le prix, sauf quand il s'agit de meubles, 349 et 453. — Dans quel cas l'acheteur de biens mobiliers vendus sans mandat peut opposer au mandant la règle *en fait de meubles, possession vaut titre*, 458. — Un commissionnaire peut-il vendre au-dessous du prix fixé, 560 et suiv. — *Quid*, s'il a fait des avances, 563 et 616. — Il doit suivre les usages de la place quant aux conditions de la vente, 566. — *Quid*, si en vendant à terme au lieu de vendre au comptant, il a obtenu un prix plus élevé, 566. — Le commissionnaire a mandat tacite de recevoir le prix des marchandises qu'il a vendues, même au nom du commettant, 571. — Cas dans lesquels le commettant a le droit de revendiquer le prix de la vente entre les mains des acheteurs, 599 et suiv. — Le syndic de la faillite est tenu personnellement de rendre le prix des marchandises touché depuis l'ouverture de la faillite, 606. — Le commissionnaire a un privilége sur le prix des marchandises qu'il a vendues, 627, — même si la vente a eu lieu au nom du commettant, 628. — Le vendeur non payé ne peut revendiquer les marchandises entre les mains du commissionnaire qu'en le désintéressant, 639.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE

TABLE.

Pages

INTRODUCTION (nos 1–5)..... 1

DROIT ROMAIN.

I. — DU MANDAT AD NEGOTIA (6–149)..... 7

PRÉLIMINAIRES (6–12)..... 7

CHAPITRE Ier. — Caractères du mandat (13–48)..... 10

§ 1. — Des affaires qui peuvent faire l'objet du contrat de mandat (14–24)..... 11

§ 2. — Entre quelles personnes peut intervenir le contrat de mandat (25–39)..... 18

a. — Des personnes qui peuvent constituer un procureur (26–31)..... 18

b. — De ceux qui peuvent être procureurs (32–39)..... 22

§ 3. — Du consentement (40–42)..... 27

§ 4. — De la gratuité (43–48)..... 29

CHAPITRE II. — Formation du mandat (49–57)..... 35

CHAPITRE III. — Des différentes espèces de mandat (58-77). 42

Section I. — Dans l'intérêt de quelles personnes le mandat peut intervenir (59–73)..... 42

§ 1. — Du mandat à l'exécution duquel le mandant est intéressé *ab initio* (60)..... 43

§ 2. — Du mandat où n'entre pas l'intérêt du mandant (61-69)..... 43

§ 3. — Du *Procurator in rem suam* (70–73).... 50

Section II. — Des différentes espèces de mandat au point de vue de l'étendue (74–77)..... 55

§ 1. — Du mandat général (75–76)..... 55

§ 2. — Du mandat spécial (77)..... 57

CHAPITRE IV. — Des effets du mandat entre les parties (78–117)..... 59

Section I. — Obligations (78-97)..... 59

§ 1. — Obligations du mandataire (79–90)..... 59

§ 2. — Obligations du mandant (91–97)..... 68

Section II. — Actions (98-117)..... 72
§ 1. — Action *mandati directa* (99-109) 73
a. — Nature de cette action (99-102)..... 73
b. — A qui elle est donnée (103-104)..... 77
c. — Contre qui elle est donnée (105-106).... 78
d. — Effets de cette action (107-109)..... 79
§ 2. — Action *mandati contraria* (110-117).... 81
a. — Nature de cette action (110)..... 81
b. — A qui elle appartient (111-113)..... 82
c. — Contre qui elle est donnée (114)..... 84
d. — Quand et dans quel but elle est donnée (115-117)..... 85
CHAPITRE V. — Des effets du mandat à l'égard des tiers (118-141) 87
Section I. — Obligations (118-131)..... 87
Section II. — Actions (132-141)..... 98
CHAPITRE VI. — Extinction du mandat (142-149)..... 107

II. — DU MANDAT AD LITEM (150-182)..... 113
CHAPITRE Ier. — Historique, formes et effets de ce mandat (150-166)..... 113
CHAPITRE II. — Caractères particuliers du mandat *ad litem* (167-174) 127
CHAPITRE III. — Dans quelles actions on peut agir par procureur (175-182). 135
§ 1. — En poursuivant (175-178)..... 135
§ 2. — En défendant (179-182)..... 137

DROIT ANCIEN.

I. — DU MANDAT AD NEGOTIA (183-197)..... 140
CHAPITRE Ier. — Mandat civil (183-191)..... 140
CHAPITRE II. — Commission (192-197)..... 148
II. — DU MANDAT AD LITEM (198-226)..... 152

DROIT ACTUEL.

I. — DU MANDAT (227-522) 181
CHAPITRE Ier. — Définition et nature du mandat (227-240). 181

CHAPITRE II. — Conditions de validité du mandat(241-268). 196
§ 1. — Intention de s'obliger (242)..... 196
§ 2. — Objet licite (243-249)..... 198
§ 3. — Affaire susceptible d'être accomplie par le mandataire (250-255)..... 205
§ 4. — Capacité des parties (256-268)..... 213
CHAPITRE III. — Formation, formes et preuve du mandat (269-302)..... 224
§ 1. — Formation du contrat (269-270)..... 224
§ 2. — Formes du mandat (271-297)..... 227
§ 3. — Preuve du mandat (298-302)..... 252
CHAPITRE IV. — Des diverses espèces de mandats au point de vue de l'étendue (303-330)..... 257
§ 1. — Division (303-307)..... 257
§ 2. — Etendue du mandat conçu en termes généraux (308-319)..... 261
§ 3. — Actes pour lesquels un pouvoir exprès est nécessaire (320-324)..... 268
§ 4. — Cas dans lesquels il faut un mandat spécial (325-330)..... 269
CHAPITRE V. — Des effets du mandat entre les parties (331-446)..... 273
Section I. — Obligations du mandataire (331-421).... 273
§ 1. — Accomplir le mandat (331-346)..... 273
§ 2. — Rester dans les limites du mandat (347-354)..... 285
§ 3. — Apporter à la gestion les soins d'un bon père de famille (355-376)..... 292
a. — Etendue de la responsabilité du mandataire (356-358)..... 292
b. — Quand le mandataire est responsable (359-365)..... 296
c. — Condamnations que peut entraîner la responsabilité (366-371)..... 303
d. — Défenses du mandataire à l'action en responsabilité (372-376)..... 308
§ 4. — Rendre compte (377-421)..... 317
a. — Caractère de cette obligation (377-378).. 317
b. — A qui le compte est dû (379)..... 321
c. — Par qui il doit être rendu (380)..... 322
d. — De quelle manière il se rend et de ses éléments (381-413)..... 324

e. — Cas où le mandataire se trouve débiteur de corps certains (414–416)..... 349
f. — Prescription (417–421)..... 351
Section II. — De la garantie des droits du mandant (422–431)..... 356
Section III. — Obligations du mandant (432–437)..... 363
Section IV. — Garanties des droits du mandataire (438-446)..... 367
§ 1. — Solidarité (438–441)..... 367
§ 2. — Privilége (442)..... 372
§ 3. — Rétention (443–446)..... 373
CHAPITRE VI. — Des effets du mandat à l'égard des tiers (447–483)..... 379
§ 1. — Cas où le mandataire a agi au nom du mandant (447–472)..... 379
a. — Actes faits conformément au mandat (447-456)..... 379
b. — Actes faits en dehors du mandat (457-469). 387
c. — Actes faits en vertu d'une fausse procuration (470–472)..... 397
§ 2. — Cas où le mandataire agit en son nom (473–481)..... 401
§ 3. — Du prête-nom (482-483)..... 406
CHAPITRE VII. — De la position du substitué dans ses rapports avec le mandant, le mandataire et les tiers (484–489)..... 408
CHAPITRE VIII. — De quelles manières finit le mandat (490-522)..... 412
§ 1. — Des causes qui font cesser le mandat (490–510)..... 412
§ 2. — Du moment à partir duquel le mandat prend fin entre le mandant et le mandataire (511–517)..... 428
§ 3. — Du moment à partir duquel le mandat prend fin à l'égard des tiers (518-522). 432
II. — DE LA COMMISSION (523–668)..... 435
CHAPITRE Ier. — Caractères constitutifs de la commission (523–545)..... 435
CHAPITRE II. — Formation du contrat (546-554)..... 452
CHAPITRE III. — Des rapports entre le commettant et le commissionnaire (555–650)..... 460

Section I. — Obligations du commissionnaire(555-585). 460
§ 1. — Diverses obligations du commissionnaire (555)..... 460
§ 2. — Mode d'exécution (556-568)..... 460
§ 3. — Etendue de la commission (569-573).... 474
§ 4. — Responsabilité du commissionnaire (574-576)..... 480
§ 5. — Del credere (577-582)..... 483
§ 6. — Reddition de compte (583-585)..... 490
Section II. — Garanties attachées aux droits du commettant (586-606)..... 495
§ 1. — Solidarité (586-587)..... 495
§ 2. — Revendication (588-606)..... 497
a. — Revendication des effets de commerce (592-594)..... 499
b. — Revendication des marchandises(595-598) 501
c. — Revendication du prix des marchandises (599-606)..... 505
Section III. — Obligations du commettant (607-612)... 513
Section IV. — Garanties accordées au commissionnaire (613-650)..... 518
§ 1. — Solidarité (613)..... 518
§ 2. — Rétention (614-617)..... 519
§ 3. — Privilége (618-640)..... 522
a. — A qui il est accordé (624)..... 527
b. — Quelles créances il garantit (625)..... 528
c. — Sur quels biens il porte (626-629)..... 529
d. — Conditions de son existence (630-636)... 534
e. — Quel est son rang (637-640)..... 544
§ 4. — Revendication (641-650)..... 549
CHAPITRE IV. — Des rapports entre le commettant, le commissionnaire et les tiers (651-662). 558
CHAPITRE V. — Fin de la commission (663-668)..... 572

TABLE ANALYTIQUE..... 577

ERRATA

Page 36, note 1, *au lieu de*: Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 5, const. Gordien, — *lire* : Cod. IV, XXXV, *Mand. vel contra*, 6, const. Gordien.

P. 56, ligne 19, *au lieu de*: la loi 53, — *lire*: la loi 63.

P. 56, note 3, *au lieu de* : Inst. II, I, *De rer. divis.*, § 45, — *lire* : Inst. II, I, *De rer. divis.*, § 43.

P. 101, note 1, *au lieu de* : 54 § 1, — *lire* : 51 § 1.

P. 121, ligne 18, *au lieu de* : ne peut être intentée par... — *lire* : ne peut être intentée que par...

P. 170, lignes 18 et 19, *au lieu de* : la deuxième n'est pas plus sérieuse. Quant à la dernière.... — *lire* : le deuxième n'est pas plus sérieux. Quant au dernier....

P. 372, note 1, *au lieu de* : Laurent... n° 36, — *lire* : Laurent... n° 39.

P. 388, ligne 13, *au lieu de* : si le mandataire peut... — *lire* : si le mandant peut...

P. 426, ligne 26, *au lieu de* : des pouvoirs du constituant, — *lire* : des pouvoirs du mandant.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE
TOULOUSE

INTRODUCTION (nos 1-5)
DROIT ROMAIN.
I. - DU MANDAT AD NEGOTIA (6-149)
PRELIMINAIRES (6-12)
CHAPITRE Ier. - Caractères du mandat (13-48)
§ 1. - Des affaires qui peuvent faire l'objet du contrat de mandat (14-24)
§ 2. - Entre quelles personnes peut intervenir le contrat de mandat (25-39)
a. - Des personnes qui peuvent constituer un procureur (26-31)
b. - De ceux qui peuvent être procureurs (32-39)
§ 3. - Du consentement (40-42)
§ 4. - De la gratuité (43-48)
CHAPITRE II. - Formation du mandat (49-57)
CHAPITRE III. - Des différentes espèces de mandat (58-77)
Section I. - Dans l'intérêt de quelles personnes le mandat peut intervenir (59-73)
§ 1. - Du mandat à l'exécution duquel le mandant est intéressé *ab initio* (60)
§ 2. - Du mandat où n'entre pas l'intérêt du mandant (61-69)
§ 3. - Du *Procurator in rem suam* (70-73)
Section II. - Des différentes espèces de mandat au point de vue de l'etendue (74-77)
§ 1. - Du mandat général (75-76)
§ 2. - Du mandat spécial (77)
CHAPITRE IV. - Des effets du mandat entre les parties (78-117)
Section I. - Obligations (78-97)
§ 1. - Obligations du mandataire (79-90)
§ 2. - Obligations du mandant (91-97)
Section II. - Actions (98-117)
§ 1. - Action *mandati directa* (99-109)
a. - Nature de cette action (99-102)
b. - A qui elle est donnée (103-104)
c. - Contre qui elle est donnée (105-106)
d. - Effets de cette action (107-109)
§ 2. - Action *mandati contraria* (110-117)
a. - Nature de cette action (110)
b. - A qui elle appartient (111-113)
c. - Contre qui elle est donnée (114)
d. - Quand et dans quel but elle est donnée (115-117)
CHAPITRE V. - Des effets du mandat à l'égard des tiers (118-141)
Section I. - Obligations (118-131)
Section II. - Actions (132-141)
CHAPITRE VI. - Extinction du mandat (142-149)
II. - DU MANDAT AD LITEM (150-182)
CHAPITRE 1er. - Historique, formes et effets de ce mandat (150-166)
CHAPITRE II. - Caractères particuliers du mandat *ad litem* (167-174)
CHAPITRE III. - Dans quelles actions on peut agir par procureur (175-182)
§ 1. - En poursuivant (175-178)
§ 2. - En défendant (179-182)
DROIT ANCIEN.
I. - DU MANDAT AD NEGOTIA (183-197)
CHAPITRE Ier. - Mandat civil (183-191)
CHAPITRE II. - Commission (192-197)
II. - DU MANDAT AD LITEM (198-226)
DROIT ACTUEL.
I. - DU MANDAT (227-522)
CHAPITRE Ier. - Définition et nature du mandat (227-240)
CHAPITRE II. - Conditions deyalidité du mandat (241-268)
§ 1. - Intention de s'obliger (242)
§ 2. - Objet licite (243-249)
§ 3. - Affaire susceptible d'être accomplie par le mandataire (250-255)
§ 4. - Capacité des parties (256-268)
CHAPITRE III. - Formation, formes et preuve du mandat (269-302)
§ 1. - Formation du contrat (269-270)
§ 2. - Formes du mandat (271-297)
§ 3. - Preuve du mandat (298-302)
CHAPITRE IV. - Des diverses espèces de mandats au point de vue de l'étendue (303-330)
§ 1. - Division (303-307)
§ 2. - Etendue du mandat conçu en termes généraux (308-319)
§ 3. - Actes pour lesquels un pouvoir exprès est nécessaire (320-324)
§ 4. - Cas dans lesquels il faut un mandat spécial (325-330)
CHAPITRE V. - Des effets du mandat entre les parties (331-446)
Section I. - Obligations du mandataire (331-421)
§ 1. - Accomplir le mandat (331-346)
§ 2. - Rester dans les limites du mandat (347-354)
§ 3. - Apporter à la gestion les soins d'un bon père de famille (355-376)
a. - Etendue de la responsabilité du mandataire (356-358)
b. - Quand le mandataire est responsable (359-365)
c. - Condamnations que peut entraîner la responsabilité (366-371)
d. - Défenses du mandataire à l'action en responsabilité (372-376)
§ 4. - Rendre compte (377-421)
a. - Caractère de cette obligation (377-378)
b. - A qui le compte est dû (379)
c. - Par qui il doit être rendu (380)
d. - De quelle manière il se rend et de ses éléments (381-413)
e. - Cas où le mandataire se trouve débiteur de corps certains (414-416)
f. - Prescription (417-421)
Section II. - De la garantie des droits du mandant (422-431)
Section III. - Obligations du mandant (432-437)
Section IV. - Garanties des droits du mandataire (438-446)
§ 1. - Solidarité (438-441)
§ 2. - Privilége (442)
§ 3. - Rétention (443-446)
CHAPITRE VI. - Des effets du mandat à l'égard des tiers (447-483)
§ 1. - Cas où le mandataire a agi au nom du mandant (447-472)
a. - Actes faits conformément au mandat (447-456)
b. - Actes faits en dehors du mandat (457-469)
c. - Actes faits en vertu d'une fausse procuration (470-472)
§ 2. - Cas où le mandataire agit en son nom (473-481)
§ 3. - Du prête-nom (482-483)
CHAPITRE VII. - De la position du substitué dans ses rapports avec le mandant, le mandataire et les tiers (484-489)
CHAPITRE VIII. - De quelles manières finit le mandat (490-522)
§ 1. - Des causes qui font cesser le mandat (490-510)
§ 2. - Du moment à partir duquel le mandat prend fin entre le mandant et le mandataire (511-517)
§ 3. - Du moment à partir duquel le mandat prend fin à l'égard des tiers (518-522)
II. - DE LA COMMISSION (523-668)
CHAPITRE Ier. - Caractères constitutifs de la commission (523-545)
CHAPITRE II. - Formation du contrat (546-554)

CHAPITRE III. - Des rapports entre le commettant et le commissionnaire (555-650)
Section I. - Obligations du commissionnaire (555-585)
§ 1. - Diverses obligations du commissionnaire (555)
§ 2. - Mode d'exécution (556-568)
§ 3. - Etendue de la commission (569-573)
§ 4. - Responsabilité du commissionnaire (574-576)
§ 5. - Del credere (577-582)
§ 6. - Reddition de compte (583-585)
Section II. - Garanties attachées aux droits du commettant (586-606)
§ 1. - Solidarité (586-587)
§ 2. - Revendication (588-606)
a. - Revendication des effets de commerce (592-594)
b. - Revendication des marchandises (595-598)
c. - Revendication du prix des marchandises (599-606)
Section III. - Obligations du commettant (607-612)
Section IV. - Garanties accordées au commissionnaire (613-650)
§ 1. - Solidarité (613)
§ 2. - Rétention (614-617)
§ 3. - Privilége (618-640)
a. - A qui il est accordé (624)
b. - Quelles créances il garantit (625)
c. - Sur quels biens il porte (626-629)
d. - Conditions de son existence (630-636)
e. - Quel est son rang (637-640)
§ 4. - Revendication (641-650)
CHAPITRE IV. - Des rapports entre le commettant, le commissionnaire et les tiers (651-662)
CHAPITRE V. - Fin de la commission (663-668)
TABLE ANALYTIQUE