

084 475 292

FACULTE DE DROIT DE PARIS

---

DROIT ROMAIN  
DU PÉCULE DE L'ESCLAVE

---

DROIT FRANÇAIS  
DE LA CONDITION JURIDIQUE  
DES  
COMMIS DES MARCHANDS

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS  
*Sera soutenu le Jeudi 16 Décembre 1886, à une heure et demie.*

PAR

Emile GRENIER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

---

*Président* : M. BOISTEL.

*Suffragants* : { MM. BUFNOIR, professeur  
GÉRARDIN, id.  
HENRY MICHEL, agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur  
les autres matières de l'enseignement.

---

PARIS

18609

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

---

1886

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole  
Service Commun de la Documentation

MEIS

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole  
Service Commun de la Documentation

MANIOC.org

Université Toulouse 1 Capitole  
Service Commun de la Documentation

DROIT ROMAIN

---

DU PÉCULE DE L'ESCLAVE

---

INTRODUCTION

ORGANISATION DU TRAVAIL A ROME.

Une différence profonde dans l'organisation du travail distingue les sociétés modernes des sociétés antiques. Tandis que dans les temps modernes le travail est libre, à Rome, aussi bien qu'en Grèce, le commerce et l'industrie étaient réservés aux esclaves. Les hommes libres eussent cru déroger en s'y livrant : la guerre et les affaires publiques étaient leurs seules occupations.

Cependant cette distinction n'est pas absolue. Pendant toute cette première période qui commence à la fondation de Rome et qui s'étend jusqu'à la fin de la première guerre punique, les citoyens romains tiennent à honneur d'exploiter eux-mêmes la terre. Les propriétaires cultivateurs accoutument dès leur enfance leurs corps aux durs travaux des champs, et, quand vient la guerre, ce n'est pas une fatigue pour eux de prendre l'épée, car ils viennent de quitter la charrue. Lorsque des conquêtes

successives ont arrondi leur patrimoine, il ne se font pas aider dans leur tâche par ces troupeaux d'esclaves dont parle Columelle (1) ; ils préfèrent, nous dit Festus, donner une partie de leurs terres à cultiver à des hommes libres qui deviennent leurs clients : « *li patres dicti sunt quia agrorum partes attribuerant tenuioribus perinde ac liberis.* » Mais dès la fin du V<sup>e</sup> siècle les guerres incessantes qui tiennent éloignés des champs tous les hommes libres font sentir le besoin du travail servile. Les esclaves pris sur les ennemis deviennent de jour en jour plus nombreux ; ils sont employés à la culture des terres sous la surveillance d'un intendant, appelé *villicus*, esclave lui-même. Le propriétaire trouve dans le travail servile un double avantage : ses domaines ne restent jamais incultes puisque les esclaves ne sont pas astreints au service militaire ; de plus les enfants qu'ils mettent au monde sont pour lui une source de profits (2). Aussi Caton conseille d'employer des hommes libres le moins souvent possible, et seulement pour les travaux les plus pénibles et les plus dangereux, sans doute parce que la mort d'un mercenaire ne cause pas, comme celle d'un esclave, un préjudice au maître. La création du pécule, qui, en faisant participer l'esclave aux bénéfices de l'exploitation, stimule ses efforts et son application, vient porter le dernier coup au travail libre en agriculture.

Dans le commerce et dans l'industrie, la place des

1. Col. De re rustica, I, préf.

2. Appien I, 7 ; — Inst. De jure person. 1, 3.

hommes libres est encore moins importante que dans la culture des terres. De tout temps, en effet, les Romains professent un profond mépris pour les artisans, et pour tous ceux dont la profession peut conduire à gagner de l'argent. Cependant quelques citoyens pauvres, trop faibles pour les travaux des champs, essayent de se livrer au commerce, malgré la réprobation dont ils sont l'objet. Mais l'horreur instinctive de leurs concitoyens à l'égard de tous ceux qui dérogent, les empêchent de trouver du travail. De plus, les gros capitalistes propriétaires d'esclaves, pouvant produire à meilleur compte, leur font une concurrence désastreuse, et arrivent facilement à ruiner tout commerce libre.

C'est alors que les artisans, impuissants dans leur isolement, essayent de se grouper et de fonder des corporations, semblant pressentir toute la force que peut leur donner l'association : « cette combinaison dans laquelle, » dit M. Legouvé, dès le premier jour un et un font quatre. » Le peuple romain existe à peine, et déjà les textes nous révèlent les efforts des travailleurs libres dans ce but. Tive-Live et Pline prétendent que Servius établit plusieurs corporations d'ouvriers. Sous la République, nous voyons Valérius Publicola proposer une loi pour dégrever les artisans pauvres, (509 av. J.-C). Enfin Caius (1) nous apprend que l'existence des diverses corporations est soumise à une autorisation préalable.

1. Dig. de Coll. I, 18.

Mais ces associations qui, dans une certaine mesure constituent une protection efficace pour leurs membres, ne sont pas suffisantes pour leur permettre de lutter contre le bon marché du travail servile. Chaque artisan apporte bien à ses compagnons le secours de son travail et de son industrie ; mais nulle part on ne voit des capitaux mis en commun. Le manque de crédit, l'insuffisance des fonds ne permettent pas aux corporations d'entreprendre aucune affaire de quelque importance. Les efforts incessants des artisans pauvres sont inutiles ; ils sont étouffés par les riches qui, grâce aux pécules des personnes qu'ils ont *in potestate*, concentrent dans leurs mains tout le commerce de terre et de mer. C'est à peine si l'on rencontre quelques *magistri navium* et quelques *institores* qui ne soient pas sous la puissance de leur préposant. Les propriétaires, comprenant tout l'avantage qu'ils ont à confier des pécules à leurs esclaves, les augmentent de jour en jour, en nombre et en importance. Ils stimulent par ce moyen l'esprit d'économie de leurs préposés et leur amour du gain ; ils arrivent à une augmentation d'efforts dont ils profitent pour une grosse part, et parviennent ainsi à accaparer toutes les exploitations agricoles, commerciales et industrielles.

Cette institution du pécule, qui se généralisa de jour en jour, ne tarde pas à être dénaturée. C'est ainsi qu'Auguste, pour récompenser les services rendus à la guerre, crée le pécule *castrense* qui comprend tout ce

que le fils de famille a pu acquérir comme militaire (1). A l'égard des biens ainsi acquis on peut dire sans trop d'inexactitude que le fils est réputé *paterfamilias* (2). Plus tard, Constantin institue le pécule *quasi-castrense* qui se compose des biens acquis aux fils de famille occupant un emploi dans le palais de l'empereur, à l'occasion des fonctions qu'ils remplissent. Enfin lorsque le pécule adventice, créé par Constantin, arrive à comprendre tous les biens recueillis à titre gratuit par le fils de famille, on se trouve en présence d'un patrimoine complètement distinct, qui n'a plus du pécule que le nom.

Nous laisserons de côté les divers péculs du fils de famille, dont l'étude a déjà été faite si souvent, et nous ne nous occuperons que du pécule primitif, qu'on nomme *profectice*, en considérant seulement le cas où il a été concédé à un esclave.

1. Inst. II. 12.

2. Loi 2 D. XIV, 6.

## CHAPITRE I

### ORIGINE DU PÉCULE

Pour l'esclave, le pécule est une portion du patrimoine du maître, dont il a l'administration et la jouissance.

On s'accorde généralement, aujourd'hui, à faire dériver *peculium* de *pecus*, troupeau, parce qu'à l'origine, il consistait principalement en bétail. Cette étymologie, donnée par Varron (1) et Festus, semble préférable à celle que nous indique Ulpien : « Peculium dictum est, « quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum » (2).

Le mot *pusillum* qui signifie quelque chose de léger, d'infime, semble bien, en effet, pouvoir s'appliquer au pécule, peu important pendant de longues années, mais il ne rend pas compte de son origine, et ne nous montre en rien les sources de cette institution.

C'est en effet par l'organisation de l'agriculture à Rome, qu'on arrive à expliquer facilement la création du pécule. Le peuple romain qui voyait dans la culture des terres la source la plus féconde de sa richesse et de sa puissance, passait sa vie au milieu des champs. Chaque citoyen aidé d'un esclave cultivait lui-même

1. De lingua latina, XV, 95.

2. L. 5, p. 3, D. De peculio,

son domaine, qui, primitivement ne comprenait que deux jugères, et qui plus tard, put en comprendre sept. On voulait, par cette limitation, multiplier le nombre des propriétaires et favoriser le développement de la petite culture qui constitue toujours une force pour une nation. « Imbecilliorum agrum quam agricolam esse debere, » nous dit Columelle (1).

Mais peu à peu, des partages successifs après des guerres heureuses, augmentèrent l'étendue des propriétés. Malgré les lois agraires on vit disparaître rapidement les petits domaines englobés dans ces vastes *latifundia* qui devaient plus tard ruiner l'Italie.

Les riches, ne pouvant plus suffire à l'exploitation de leurs terres, réclamèrent les secours de bras étrangers, et concédèrent des précaires à leurs clients. Puis le nombre des hommes libres diminua de jour en jour. Caton et Polybe nous apprennent que la classe libre était moins nombreuse en Italie à la fin du IV<sup>e</sup> siècle qu'à la fin du V<sup>e</sup>. Beaucoup de citoyens restèrent sur les champs de bataille; d'autres, par suite de leur pauvreté, furent réduits en servitude par des créanciers impitoyables. Le nombre des esclaves, au contraire, devint rapidement considérable : la guerre les fournit d'une façon pour ainsi dire incessante aux Romains ; l'agriculture manquant de travailleurs libres, vint les utiliser.

Les maîtres avaient alors un double but à atteindre :

1, De re rustica, I, III, 9.

récompenser ceux de leurs esclaves qui s'étaient distingués par leur zèle ; obtenir de tous la plus grande somme de travail possible. Ils y parvinrent en les faisant participer aux bénéfices, et pour cela, ils leur confièrent des pécules, à l'image des précaires concédés par les patrons à leurs clients.

Nous faisons dériver, d'après M. de Savigny, Ihering, Becker, Mommsen, le pécule du précaire, attendu que le pécule est évidemment d'origine agricole, comme son étymologie l'indique, et qu'il est bien certain qu'à Rome la culture des terres fut longtemps, jusqu'au milieu du V<sup>e</sup> siècle, l'occupation des hommes libres, avant de passer presque tout entière aux mains des esclaves. Une rapide étude du précaire nous confirmera dans cette opinion, qui nous est imposée par l'histoire.

Les Romains appelaient *precarium* l'objet, qui, sur les prières d'une personne, lui était concédé en usage, tant qu'il plaisait au concédant de le lui laisser. « *Precarium* « est quod precibus petentis utendum conceditur, quam- « diu is qui concessit patitur. » (1)

Le précaire qui, d'après Festus, consistait ordinairement dans la concession de terres, ou de sommes d'argent, était, à l'origine, donné par un patron à un client. La clientèle était un moyen offert aux étrangers qui voulaient s'établir sur le territoire de l'état, d'acquérir la protection des lois romaines sans entrer dans les liens

1. Dig. L. 43, 26, 1.

de la gentilité (1). Ils y arrivaient en se mettant comme clients sous le patronage d'un citoyen romain (*applicatio*). La concession d'un terrain était étrangère à l'essence de l'institution de la clientèle (2). C'est le contraire du vasselage du moyen-âge, qui avait son fondement juridique non dans la protection accordée par le suzerain à son vassal, mais dans le fief qui lui avait été concédé. La clientèle créait seulement une obligation de service, un rapport de dépendance absolument personnel entre le patron et le client. Cette idée se retrouve clairement dans les deux mots : *cliens* qui vient de *cluere*, κλυειν, entendre, obéir, et *patronus* de *pater*, qui représente ce rapport comme une image de la puissance paternelle. « Patrem primum, deinde patronum proximum nomen habere (3). »

La concession d'un précaire était un moyen très efficace d'intéresser le client au maintien du rapport de dépendance. « Ce rapport, nous dit Ihering, devait alors avoir quelque analogie avec la condition des serfs des manoirs seigneuriaux au moyen-âge (4). »

En fait, le client peut avoir une fortune propre, en dehors de tout ce qui peut lui être concédé par le patron ; mais en droit, le sujet légal de ce patrimoine est le patron, qui représente ses clients vis-à-vis des tiers tant

1. Mommsen, p. 358 et suiv.

2. Ihering, t. 1, p. 241.

3. Gellius, V, c. 13.

4. Ihering 41, p. 243.

activement que passivement. Cette représentation active, c'est-à-dire l'exercice des actions du client par le patron, est le but même de l'institution ; aussi voyons-nous que même après la fin du V<sup>e</sup> siècle *patronus* signifie encore procureur. « Mais en droit, nous dit M. von Ihering, ce « n'est plus une représentation, c'est l'exercice d'un « droit appartenant au patron lui-même. Quant à la re- « présentation passive, conséquence nécessaire du pa- « tronage, la responsabilité du patron se réglait d'après « l'analogie qui existait entre l'action *de peculio* et l'ac- « tion noxale, c'est-à-dire que selon les circonstances, il « devait payer jusqu'à concurrence du montant de la « fortune de son client, ou livrer sa personne elle-même « (*noxæ deditio*) » (1).

En retour de la protection que la clientèle lui assurait, il était tout naturel que le client rendit des services à son patron. Dans toutes les occasions où le patron avait à faire des dépenses extraordinaires, il pouvait, sans difficulté, lui imposer une contribution. Il en était ainsi lorsqu'il constituait une dot à ses filles en les mariant, lorsqu'il fallait racheter des membres de la famille pris à la guerre par les ennemis ; ou encore dans les cas d'impôts extraordinaires, d'amendes, etc. Toutes ces prestations trouvaient leur mesure dans les usages, et l'on vit rarement un patron abuser de la puissance que lui donnait la loi. En effet, pour rendre possible la représenta-

1. Ihering, t. I, p. 239.

tion active et passive, le patron était considéré juridiquement comme détenteur de la fortune du client. Il avait par conséquent le pouvoir absolu d'en disposer, même de l'enlever au client. Mais la coutume lui imposait maintes restrictions : elle l'obligeait à conserver intact au client le degré d'indépendance que celui-ci pourrait exiger d'après la tradition ou en vertu d'une convention, et lui commandait de ne pas considérer en fait, comme sienne, la fortune de son client.

Lorsque plus tard les patrons prirent l'habitude de concéder des précaires à leurs clients, ce fut encore la coutume qui régla les droits et les devoirs des deux parties. Le précaire, ainsi que le pécule, étaient deux institutions qui n'avaient en droit aucun fondement : *magis facti sunt quam juris*. Aucune obligation juridique n'en dérivait : *nulla vis est hujus conventionis*. Mais la convention et l'obligation morale qui s'y rattachaient, trouvaient dans les usages une protection efficace (1). Ainsi la concession d'un précaire, qui constituait une véritable libéralité, et était révocable à volonté, ne créait entre les parties aucun lien civilement obligatoire. Mais quand la restitution de la chose n'avait pas lieu sur la demande du concédant, le prêteur lui accordait l'interdit *de precario* pour lui en faire recouvrer la possession. Il se pouvait aussi qu'un client perfide voulût abuser de la position du patron, qui se trouvait hors d'état de justifier d'aucun droit sur le

1. L. 12, D. De prec, 43, 25.

territoire concédé. Quand pareil abus de confiance se produisait, le préteur ordonnait la restitution, sans que le demandeur eût à prouver autre chose que la possession qu'il avait eue au moment où le précaire avait été accordé. Ce n'est que bien plus tard que la jurisprudence reconnut aux rapports créés par le précaire un effet civilement obligatoire : On les comprit alors dans la catégorie des contrats innommés qui donnaient lieu à une action appelée *præscriptis verbis in factum*.

On se trouva en présence d'une situation analogue, lorsque les nécessités de l'agriculture amenèrent les maîtres à confier à leurs esclaves l'administration d'une portion de leur patrimoine. C'était encore l'abandon d'un bien à des personnes sous la dépendance du concédant ; c'était un simple fait, une concession de pure faveur, que le maître pouvait à tout instant révoquer.

Pourtant il y avait là la notion d'un patrimoine distinct qu'il fallait protéger contre les abus de puissance du maître. « De la fortune du client, nous dit von Ihering, « naquit l'idée de *peculium*. La nécessité de séparer une « petite fortune de la grande fortune du patron était ici « des plus urgentes, ou plutôt la séparation résultait « déjà du rapport lui-même. Il n'était nullement néces- « saire d'accorder à l'esclave ou au fils de famille une « fortune distincte, mais lorsque ce fait se produisit, on « fut amené tout naturellement à lui appliquer l'expres- « sion déjà connue de *peculium*. » (1)

1. Ihering, t. I, p. 244.

Et de même qu'on emprunta au précaire le mot *peculium*, on alla aussi chercher dans cette institution les règles qui déterminèrent les rapports du concessionnaire et du concédant.

## CHAPITRE II

### CONSTITUTION DU PÉCULE.

#### I. — *A qui le pécule peut-il être donné ?*

La concession d'un pécule permettait aux individus *alieni juris* de pouvoir conserver une partie de ce qu'ils avaient gagné par leur travail. C'était un tempérament apporté aux principes du pur droit civil, qui considérait comme incapable d'avoir un patrimoine toute personne en puissance : « Qui in potestate nostra est, nihil suum « habere potest » (1). A l'époque où écrivait Gaius, la *manus* et le *mancipium* ont presque complètement disparu ; les auteurs semblent les regarder comme des institutions depuis longtemps abandonnées.

Il ne restait plus que deux classes de personnes *alieni juris* : les fils de familles et les esclaves. C'était donc à eux seulement qu'était réservée la concession d'un pécule, en comprenant toutefois dans ces termes les esclaves du sexe féminin et les filles de famille : « Est ancillarum nomine et familiarum filias in peculium actio « datur » (2).

1. Gaius, C. II, par. 87.

2. Gaius, C. I, par. 3.

Relativement à l'esclave, c'est en effet grâce au pécule que le maître peut récompenser son zèle et l'intéresser à la bonne culture des terres, en lui donnant une part dans les bénéfices. Selon les principes du pur droit civil, l'esclave ne pouvait rien acquérir pour lui-même ; il n'était même pas une personne : « Quod attinet ad jus civile, « servi pro nullis habentur » (1). C'était un simple instrument d'acquisition pour le maître, qui réunissait en lui la personnalité de tous les individus soumis à sa puissance. On peut même dire que l'esclave, étant une chose, acquérait à son maître en vertu du droit d'accession : « D'après « ce principe, dit M. Maynz, on a la propriété de tout ce « que notre chose produit. A ce titre, l'enfant produit « par la femme esclave appartient au maître. Il en est de « même du produit des travaux des esclaves. Mais comme « le travail de l'esclave n'est pas seulement matériel, et « que son activité intellectuelle peut aussi produire, le maî- « tre profite également de ce produit. En d'autres ter- « mes, tout ce que l'esclave acquiert par un acte juridi- « que : possession, propriété et autres droits réels, droits « d'obligation, il l'acquiert forcément pour le maî- « tre » (2). C'est cette théorie que M. Maynz expose d'une façon plus complète à l'occasion du pouvoir du *paterfamilias*. Nous croyons devoir reproduire le passage tout entier. Il nous montre comment on a pu arriver, sans trop d'arbitraire, à concentrer entre les mains d'un citoyen

1. L. 32, D. l. 50, t. 17.

2. Maynz, t. III, p. 334.

romain *paterfamilias* cette autorité toute-puissante, cette personnification complète de tous les membres de la famille : « Ce pouvoir se présentait sous une apparence  
« aussi simple et aussi absolue que le pouvoir accordé  
« par la loi sur les choses proprement dites. C'est qu'en  
« effet le chef avait acquis les membres de sa famille  
« comme on acquérait le domaine des choses, soit en les  
« créant (par génération), soit en les achetant et en les  
« rendant siens par la mancipation. C'est par la même  
« raison que non seulement les membres de la famille  
« étaient dans son domaine, mais qu'il acquérait forcé-  
« ment, comme par droit d'accession, ce qui était pro-  
« duit par eux. Sous ce dernier rapport, cependant, les  
« êtres humains, soumis au pouvoir du chef, présen-  
« taient une particularité : ils enrichissaient la famille  
« non seulement de leurs produits physiques (progéni-  
« ture et travaux matériels), mais encore du produit de  
« leur activité intellectuelle. C'est-à-dire que, conformé-  
« ment à la tendance pratique qui caractérise toutes  
« leurs institutions, les Romains, saisissant l'utilité que  
« cette activité intellectuelle pouvait leur procurer, ad-  
« mirent que les sujets de la famille, tout en étant sans  
« personnalité pour eux-mêmes, étaient capables de faire  
« des actes juridiques pour le père, et d'acquérir pour  
« lui les droits qui devaient résulter de pareils actes. Et  
« comme les produits de notre chose nous appartiennent  
« forcément, n'importe par qui et dans quelle intention  
« ils ont été créés, de même le père acquiert forcément

« tout ce qu'un acte juridique passé par ses sujets fait  
« naître de droits, eût-il ignoré l'existence de l'acte, et  
« alors même que ceux qui ont agi l'auraient fait dans  
« toute autre intention » (1).

Cette idée toute théorique fut évidemment conçue dans un but politique, conforme aux coutumes aristocratiques qui longtemps gouvernèrent Rome. C'était aussi la glorification de la toute-puissance romaine dans la personne de chaque citoyen chef de famille. Mais, en pratique, on ne parvint jamais à assimiler complètement l'esclave à une chose. La nature même y répugnait, puisque l'esclavage, comme le constate Justinien, est une violation des droits naturels. « *Servitus autem est constitutio juris gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur* » (2). C'est ainsi que, dès les premiers âges de la société romaine, le pouvoir du maître, qui découlait de son droit de propriété absolue et de l'organisation politique et religieuse de la famille, était tempéré en fait par les usages, qui recommandaient une grande modération à l'égard des esclaves.

A l'époque ancienne, une circonstance importante modifiait sensiblement la situation d'abord très pénible des esclaves pris sur les ennemis. C'était la communauté d'occupations et de la vie domestique, qui faisait de l'esclave un compagnon du maître beaucoup plus qu'un instrument de travail. C'est seulement dans la suite,

1. Maynz, t. III, p. 76 et 110;

2. L. 4, p. 1.

lorsque les Romains eurent perdu toutes leurs qualités primitives, qu'ils eurent pris des habitudes de luxe et de magnificence, que la condition des esclaves changea de face : « On en vint alors, dit Merlin, à les regarder comme  
« la partie la plus vile de la nation, et conséquemment on  
« ne se fit aucun scrupule de les traiter inhumainement »  
(1). C'est alors que les esclaves tremblaient de peur devant l'*actor* et le silencieux qui les accablaient de punitions et de coups. C'est Salvien qui le dit, et il ajoute :  
« Ils sont terrifiés par les surveillants, qui sont pour-  
« tant des esclaves comme eux, et contre leur dureté  
« ils vont chercher un refuge auprès du maître. »

Cependant il ne faut pas trop ajouter foi à certains tableaux poussés au noir, que nous font systématiquement quelques auteurs, de la condition d'un esclave rural à Rome. « Ce qui caractérise surtout ce mode de culture par les  
« mains serviles, dit M. Fustel de Coulanges, et ce qui en  
« fait son principal vice, c'est que le cultivateur ne tirait  
« aucun profit personnel de son labeur. Jamais il ne tra-  
« vaillait pour soi. Il ne travaillait même pas isolément.  
« Il faisait partie d'un groupe, d'une décurie et il allait  
« avec elle chaque matin sur telle partie du domaine que  
« le chef lui indiquait ; avec elle il allait le lendemain sur  
« une autre partie. Il n'y avait dans son labeur ni intérêt,  
« ni personnalité. Nourri et vêtu, recevant chaque jour sa  
« part réglementaire de farine et de vin, et son vêtement

1. Merlin, Répertoire de jurisprudence, au mot Esclavage.

« de chaque saison, il n'avait rien à gagner ni rien à per-  
« dre. Il ne connaissait même pas cette sorte d'attachement  
« que le paysan éprouve pour le morceau de terre qu'il  
« cultive, car il ne cultivait pas deux jours de suite le  
« même morceau de terre. Son travail était sans récom-  
« pense, comme il était sans amour. Nous pouvons  
« bien penser que ce travail forcé était mou, lâche,  
« maladroit, souvent à refaire et stérile. L'esclave coû-  
« tait peu au maître, mais lui rapportait peu. Cet es-  
« clave n'avait pas non plus sa demeure à lui, sa cabane.  
« Il ne connaissait que la demeure commune. Sa nuit se  
« passait, s'il était d'une nature indocile, dans l'ergastulum  
« en sous-sol ; s'il était laborieux et soumis, dans quelque  
« cellule étroite que le maître lui assignait. Ce n'était pas  
« seulement la liberté qui lui manquait, c'était le chez-  
« soi. Il ne connaissait rien qui lui fût personnel, si ce  
« n'est le châtement (1). »

En admettant que cette peinture fût vraie pour une certaine époque, et seulement dans les domaines de grande étendue, M. Fustel de Coulanges oublie complètement l'institution du pécule, grâce à laquelle les Romains intéressèrent leurs esclaves à la culture des terres. Et du reste ce même auteur reconnaît qu'on n'exigeait pas des esclaves un travail de chaque instant. « Déjà  
« le vieux Caton, dit-il, avait fait le calcul du nombre d'es-  
« claves qui étaient nécessaires à une exploitation rurale,

1. Le domaine rural chez les Romains. Revue des Deux-Mondes, no 15 sept. 1886, p. 343.

« suivant l'étendue, et suivant le mode de culture. Pour 240  
« arpents d'oliviers il avait compté qu'il n'en fallait que  
« 13. Il en fallait 16 pour 100 arpents de vigne. Pour les  
« terres en labour, un autre agronome, Saserna, comptait  
« 12 hommes pour 100 arpents. Ces chiffres sont di-  
« gnes d'attention. Nous ne pensons pas que la culture libre  
« de nos jours emploie autant d'hommes pour la même éten-  
« due. Saserna compte quatre jours de travail pour labourer  
« un arpent de 25 ares. L'esclave ne fournissait donc pas  
« un travail très intense (1). » De plus il faut remarquer  
que les jours de repos étaient nombreux : au moins treize  
jours fériés sur quarante-cinq.

Aussi pouvons nous soutenir que la condition de l'esclave n'était pas aussi misérable que l'on veut bien le dire. A l'origine, lorsque le citoyen romain n'avait qu'un seul esclave pour l'aider à cultiver son patrimoine, la position du *servus* n'était guère différente de celle de nos domestiques d'aujourd'hui (2). Le maître travaillait lui-même la terre : ses propres efforts lui apprenaient à ne pas surmener son esclave, à l'estimer, à se rendre compte de son utilité et de sa capacité. Initié aux événements les plus intimes de la vie de famille, partageant les joies et les douleurs communes, participant au culte, aux prières, aux réjouissances, au tombeau même de la maison du maître, objet de l'affection des enfants, l'esclave était en réalité un membre de la famille, traité et considéré

1. Fustel de Coulanges, loc. cit., p. 339

2. Horace, Sat. II, 7, 79.

comme tel (1). Dès le V<sup>e</sup> siècle les mœurs rurales s'étaient complètement adoucies, et le *servus ordinarius* jouissait d'une certaine aisance. C'est ainsi que, d'après Caton, où était obligé de recommander à la femme du *villicus* de ne pas étaler trop de luxe, de ne pas entretenir des relations trop suivies avec les voisines, et de ne pas aller trop souvent dîner hors de chez elle (2). Il y avait même dans les grandes propriétés des esclaves très riches, qui se livraient à plus de dépenses que n'en fait aujourd'hui maint fonctionnaire haut placé de l'Etat (3).

Aussi n'est-il pas étonnant de voir dans les textes, qu'on en vint promptement à reconnaître à l'esclave une certaine capacité de fait. L'institution du pécule permit à l'esclave d'être considéré comme propriétaire *en fait* de certains biens. Désormais les bénéfices réalisés par l'esclave grâce à son travail, les économies qu'il aura faites, les donations qu'il aura recueillies, lui profiteront personnellement, au moins dans une certaine mesure : « *Peculium et ex eo consistit, quod parcimoniâ suâ quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit* ». (4) Il en sera de même des institutions d'héritier et des legs, « *hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait.* » Dans cette matière des suc-

1. Macrobe, Sat. II. 41.

2. Caton. De rusticâ, cap. 143.

3. Becker, page 20

4. Li 39, Digi liv. 18, tit. I.

cessions, le droit civil arriva même à tenir compte de la personnalité de l'esclave. Ainsi pour savoir qui profitera d'un legs fait à un esclave, même lorsqu'il n'a pas de pécule, il faut rechercher quel est son maître au moment du *dies cedit*, car ici : « *Persona servi spectatur.* » (1) Et même vers la fin de la République, ou reconnu, comme nous le verrons plus loin, que l'esclave était capable d'être le sujet d'une obligation naturelle, tant active que passive (2). Il est bon pourtant de faire remarquer que jamais *en droit* l'esclave ne fut propriétaire des biens du pécule, et que ses pouvoirs dépendaient absolument de celui qui lui en avait accordé la concession.

Le maître appréciait souverainement dans quelles conditions il lui était profitable de constituer un pécule. Aucune loi ne le forçait à se dépouiller ainsi d'une portion de son patrimoine ; il décidait en toute liberté s'il devait ou non accorder une concession de ce genre. Du pouvoir absolu du maître à propos de la constitution du pécule, les jurisconsultes romains avaient conclu très justement qu'un impubère pouvait être mis à la tête d'un pécule. On trouve une situation analogue dans notre droit moderne, lorsqu'un mineur reçoit, d'un individu capable, le mandat de faire un acte juridique qu'il serait incapable d'accomplir pour lui-même. Cette opinion nous est imposée par un texte du Digeste : « *Pupillum, tam servum quam filium, peculium posse habere,*

1. Frag. Vatic, p. 75.

2. L. 14, Dig. liv. 44, tit. 7.

« Pedius libro quinto decimo scribit, quum in hoc, « inquit, totum ex domini constitutione pendeat (1). » L'impubère, qu'il soit fils de famille ou esclave, peut posséder un pécule, nous dit Pedius au livre 15, puisque dans cette matière tout dépend de la volonté du maître. »

Nous traduirons ici *pupillum* par impubère pour éviter un non sens juridique. En effet, un pupille est un individu *sui juris* mis en tutelle à cause de son jeune âge, et on ne peut constituer des pécules qu'aux personnes *alieni juris*. Il faut donc entendre ici *pupillus* dans un sens plus large, et conforme, du reste, à son étymologie. *Pupillus*, en effet, vient de *puer*, et a bien évidemment signifié enfant en bas âge, avant d'être pris dans son sens plus spécial de pupille, impubère *sui juris*. Nous le trouvons, du reste, plusieurs fois employé avec cette signification dans les textes de l'époque classique. C'est ainsi que les Institutes au titre *De adoptionibus* décident que l'adrogéant doit fournir caution de restituer les biens à ceux qui auraient hérité de l'adrogé, si l'adrogation n'avait pas eu lieu, dans le cas où le *pupillus* viendrait à mourir *intra pubertatem*. Or l'adrogé, par le fait même de l'adrogation, est passé sous la puissance de l'adrogéant : il n'est plus *sui juris*. De même il faut traduire aussi *pupillus* par impubère dans la loi 1, p. 2, Dig., liv. 45, tit. 1, *De verborum obligationibus*, où il est question d'un *pupillus in parentis potestate*.

1. L. 7, par. 3, Dig. liv. 45, tit. 1.

Nous voyons donc que l'esclave pouvait recevoir un pécule du moment où son maître l'en jugeait capable. Si par une mauvaise administration il dissipait les biens qui lui étaient confiés, le maître se trouvait ainsi puni de son imprudence. Son intérêt lui conseillait d'augmenter sans cesse le nombre des pécules ; son intérêt aussi lui faisait restreindre ses libéralités, et ne les accorder qu'aux esclaves les plus expérimentés et les plus méritants.

## II. — *Par qui le pécule peut-il être donné ?*

Quiconque possédait sur un esclave un droit de propriété pouvait lui constituer un pécule. Ce n'était pas un privilège réservé seulement à celui qui avait le *plenum dominium* : le nu-propriétaire, l'usufruitier, l'usager d'un *servus* pouvaient également lui confier l'administration et la jouissance d'une portion de leur patrimoine. Il en était encore ainsi de celui qui avait sur l'esclave une propriété indivise. On reconnut même ce droit au possesseur de bonne foi (1). L'intérêt de ces divers maîtres, qui n'était en rien contraire à la rigueur des principes, avait promptement amené cette généralisation.

Il pouvait arriver que le pécule fût constitué par un représentant du maître. Il en était ainsi lorsque le *servus ordinarius* confiait des pécules à ses *vicarii*. L'esclave péculiaire avait, en effet, reçu du maître un mandat

1. L. 1, par. 6, Dig., liv. 18, tit. 1.

général d'administration, qui ordinairement lui conférait ce pouvoir.

Lorsque le *servus* était l'objet d'un droit de propriété indivise, il se trouvait parfois que le pécule appartenait, pour la totalité, à un seul des copropriétaires. La loi 16 de *peculio* nous en donne plusieurs exemples : 1° Lorsque l'un des copropriétaires *domini peculii* avait vendu sa part de copropriété dans l'esclave, en gardant par devers lui la fraction du pécule qui lui appartenait au jour de la vente; 2° Lorsque la concession n'avait été faite que par l'un des copropriétaires, qui avait entendu garder pour lui seul la propriété des biens constitués en pécule; 3° Lorsque la concession était de telle nature que les biens concédés devaient rester forcément la propriété du concédant, par exemple, lorsqu'ils consistaient en créances; 4° Lorsque le pécule ayant été commun à l'origine, l'un des concédants avait ensuite retiré au concessionnaire la part qui lui appartenait dans le pécule.

Dans tous les cas, la concession d'un pécule constituait un acte de disposition qui impliquait chez le concédant un plein exercice de ses droits. C'était *en fait* une aliénation à titre gratuit, une pure libéralité du maître envers son esclave. Aussi exigeait-on de celui qui se dépouillait ainsi d'une partie de ses biens, une capacité juridique tout autre que de celui qui les recevait en pécule. Tandis que l'impubère peut être chargé d'un pécule, il est incapable de faire une concession de ce genre, même avec l'autorisation de son tuteur : «*Pupillum vel furiosum non*

« posse servo peculium constituere, nec tutoris auctoritate » (1). Ce texte, qui donne une même solution pour l'impubère et le *furiosus*, nous montre que d'une façon générale ceux qui ne peuvent pas faire des actes de disposition, ne peuvent pas non plus concéder des pécules.

Il faut remarquer ici que cette décision ne s'applique pas aux actes accomplis par le *furiosus* dans un intervalle lucide : une semblable constitution serait parfaitement valable.

Si l'acte a été fait dans un moment de démence, il est absolument nul, sans qu'on ait besoin de rechercher s'il tendait à rendre la condition du fou meilleure ou pire (2).

Il faut assimiler au pupille en tutelle sorti de l'*infantia* et non au *furiosus*, le prodigue placé en curatelle et le mineur de vingt-cinq ans. Nous dirons par analogie qu'ils ne peuvent pas constituer expressément un pécule, bien qu'en général ils soient capables de faire avec le consentement de leur curateur des actes pouvant rendre leur condition pire. Et cette décision est en tous points conforme aux principes, car le tuteur ne peut ni faire lui-même aucun acte tendant à diminuer la fortune du pupille, ni l'autoriser à en faire aucun du même genre.

Il peut se faire que l'impubère recueille par succession ou donation des esclaves ayant des pécules. Il se peut aussi que le prodigue avant son interdiction, le *furiosus*

1. L. 3 par. 2. Dig. liv. 15, tit. 1

2. L. 1 par. 12. Dig. liv. 44, tit. 7.

dans des moments lucides, ait accordé des concessions à ses esclaves. Les concessionnaires ne se trouvent pas dépossédés de leurs pécules par le seul fait de la curatelle du prodigue et du *furiosus*, ou de la tutelle du pupille : « Verum caute constitutum, id est ante furorem, vel a « patre pupilli non adimetur ex his causis » (1).

Telle est la rigueur des principes du droit civil, qui sera souvent en contradiction avec l'intérêt bien entendu de l'impubère. Il est, en effet, le plus souvent incapable de gérer lui-même sa fortune. Ce serait tout avantage pour lui de pouvoir, avec l'autorisation de son tuteur, confier son patrimoine par portions détachées, à des gens qui auraient tout intérêt à l'administrer avec sagesse.

### III. — *Composition du pécule.*

#### § 1. — *Actif du pécule.*

C'est en effet une portion des biens du maître, séparés volontairement de son patrimoine qui constitue le pécule. A ce premier fonds viennent s'adjoindre toutes les acquisitions que fait l'esclave, du consentement ou à l'insu de son maître : « Non solum id peculium est quod domi-  
« nus servo concessit, verum id quoque quod ignorante  
« quidem eo sit adquisitum, tamen si rescisset, passurus  
« erat esse in peculio. » (2) Le pécule comprend non seulement ce que l'esclave a reçu de son maître, mais

1. L. 7, princ. Dig. liv. 15, tit. 1.

2. Loi 49, § 1. Dig. liv. 13, tit. 1.

encore tout ce qu'il a acquis à son insu, à la condition toutefois que celui-ci le lui eût laissé, s'il avait connu l'acquisition. Il est vrai qu'un autre texte semble présenter avec la loi 49 une contradiction absolue : « Peculii « est non id cujus servus seorsum a domino rationem « habuerit, sed quod dominus ipse separaverit, summâ « servi rationem discernens. » « On ne fait pas rentrer dans le pécule tout ce que l'esclave possède en dehors du patrimoine du maître, mais seulement ce que le maître lui a donné en détachant une portion de ses biens pour les lui confier. » (1) Cette seconde décision s'explique facilement en lisant le paragraphe 2 de cette loi. On voit qu'il s'agit ici d'un cas particulier, et que la loi veut absolument empêcher que l'esclave ne fasse rentrer dans la composition du pécule des choses qu'il aurait dérobées à son maître.

Du reste une autre définition, que Celsus nous rapporte d'après le jurisconsulte Tubéron, nous indique clairement l'opinion généralement adoptée. « Le pécule, dit-il, comprend tout ce que le maître permet à l'esclave d'avoir en dehors de son patrimoine, déduction faite de ce qui lui est dû : « Quod servus domini permissu se- « paratim a rationibus dominicis habet, deducto inde si « quid domino debetur. »

Le pécule est donc composé de tout ce qui est supposé avoir été compris dans le consentement du maître. Cette permission est souvent présumée, et en tous cas très gé-

1. Loi 4 princ. Dig. liv. 15, tit. 1.

nérale, car il est impossible au maître de savoir d'une façon spéciale tout ce que l'esclave possède. Il suffit, nous dit Ulpien, qu'il en ait une connaissance approximative : *παχυμερεστερον* (1). Ce n'était pas toujours en effet une concession bien limitée que le maître accordait à l'esclave, c'était plutôt la permission d'avoir un pécule. C'est ainsi que Sénèque (2) nous apprend que le *servus* devait souvent constituer son pécule à force de privations et d'industrie, sans avoir rien reçu du maître. Caton (3) nous raconte qu'en fait les esclaves faisaient des économies sur leur nourriture, et surtout sur leurs rations de vin. Ils vendaient le superflu aux citoyens pauvres. Il fallait que le but à atteindre eut une puissance bien magique pour les amener à ces prodiges de patience et de sobriété : l'esclave en effet ne recevait de son maître par mois que quatre boisseaux de blé, cinq deniers et quelques denrées. Au bout de six années il parvenait pourtant, s'il était économe et industrieux, à gagner l'argent nécessaire au rachat de sa liberté (4).

Lorsque le maître jouissait d'une certaine aisance, ou montrait envers son esclave une plus grande bienveillance, il lui accordait une véritable concession. C'était le plus souvent à l'origine un petit troupeau, *pecus*, avec les ustensiles nécessaires à la vie des champs. Bientôt le

1. Loi 7, § 1. Dig. liv. 15, tit. 1.

2. Sénèque, Ep. 80.

3. De re rustica cap. 57.

4. Tacite, Ann. XIV, 42. Voir aussi L. 3. Dig. liv. 15, tit. 3 ; Cod. Th. IV, 8, const. 3.

*servus* désira avoir aussi à sa disposition des terres, des prairies, où il pût nourrir ses troupeaux, les soigner, les engraisser et leur donner une augmentation de valeur. Le maître qui trouvait tout bénéfice à stimuler ainsi le zèle de son serviteur, prit bientôt l'habitude d'étendre ses libéralités, et d'ajouter un fonds de terre au fonds de bétail. La concession était ainsi complète, et coûtait peu au *paterfamilias*. Il voyait ses domaines s'agrandir par suite des partages successifs qui eurent lieu à la fin des guerres heureuses, et il trouvait naturel et avantageux à la fois de se décharger de l'administration d'un patrimoine souvent considérable sur des individus dont l'activité et le travail tournaient à son profit.

En dehors de la culture des terres, les citoyens romains employaient beaucoup d'esclaves dans le commerce et l'industrie. Ils leur confiaient également des pécules soit en nature soit en argent. Ils agissaient de même à l'égard de ceux que leur intelligence et leur instruction rendaient propres aux travaux scientifiques et littéraires. Partout l'habitude de constituer un pécule s'était répandue, et l'on en vint bientôt à comprendre dans ces concessions toutes sortes de biens, les immeubles comme les meubles, les droits et les créances comme les biens corporels. « In peculio  
« res esse possunt omnes, et mobiles et soli ; vicarios  
« quoque in peculium potest habere, et vicariorum pe-  
« culium : hoc amplius, et nomina debitorum. » (1)

1. Loi 7, § 4, Dig. liv. 15, tit. 1.

Certains esclaves augmentèrent si rapidement leurs pécules qu'ils ne purent bientôt plus suffire à les administrer. On leur permit alors de s'adjoindre des esclaves auxiliaires appelés *vicarii*, qui faisaient partie du pécule. Ces *vicarii* pouvaient, eux aussi, avoir un pécule qu'ils tenaient, soit du *dominus*, soit de l'*ordinarius*. Dans les deux cas il y avait confusion complète au point de vue du droit entre ces pécules secondaires et celui de l'*ordinarius* : « Sicut ipsi vicarii sunt in peculio, dit Ulpien, ita etiam « peculia eorum » (1). Il est à remarquer que les *vicarii*, qui étaient en fait les serviteurs de l'*ordinarius*, restaient en droit les esclaves du maître. C'était une simple différence dans la condition sociale, mais il n'y avait pas là deux degrés d'esclavage. Du reste, l'inégalité entre le *servus* et les *vicarii* n'était certainement pas plus grande qu'entre les esclaves employés aux durs travaux des champs ou à des métiers purement manuels, et ceux qui s'occupaient de lettres et de sciences, ou qui recevaient la noble mission d'élever les enfants des citoyens (*librarii, medici, pædagogi*).

Il ne faudrait pas croire que tout ce que le maître donnait à son esclave constituait un pécule. On distinguait à cet égard entre les cadeaux et les objets de première nécessité, que le maître était dans tous les cas obligé de fournir à son serviteur : « Si id adquisiit servus quod « dominus necesse non habet præstare, id esse peculium :

1. L. 17; Dig. liv. 45, tit. 1.

« si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus ne-  
« cesse habet prestare, non esse peculium (1). » C'est  
ainsi que la loi 25 au titre *De peculio* nous indique une  
différence à faire entre les divers vêtements de l'esclave.  
On comprenait dans le pécule ceux qu'il devait porter  
constamment sans les prêter à d'autres : « Ut eo vestitu  
« perpetuo servum uti vellet, eoque nomine ei traderet  
« ne quis alius eo uteretur. » Au contraire, les livrées  
pour les cérémonies, les vêtements réservés à des usages  
déterminés n'entraient pas dans le pécule : « Sed quod  
« vestimentum servo dominus ita dedit utendum, ut non  
« semper sed ad certum usum certisque temporibus ute-  
« retur, veluti quum sequeretur eum, sive cœnanti mi-  
« nistraverit, id vestimentum non peculii esse. »

Si la volonté du maître est nécessaire pour la constitu-  
tion du pécule, elle n'est pas, cependant, suffisante au  
point de vue du droit. Il faut, de plus, la tradition des  
biens concédés : « Non statim quod dominus voluit ex re  
« sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut  
« cum apud eum esset, pro tradito habuit » (2). C'est,  
en effet, l'intérêt de l'esclave d'avoir entre les mains  
les choses péculiaires. Il peut ainsi inspirer une plus  
grande confiance aux tiers avec lesquels il traite, en leur  
montrant quelle est la composition de son pécule.

La loi, conforme en cela au véritable intérêt du maître,  
augmente le pécule de toutes les acquisitions de l'esclave.

1. L. 40, par. 1; Dig liv. 15, tit. 1.

2. L. 8. Dig liv. 15, tit. 1.

Il faut pourtant faire une exception dans le cas où pour une cause quelconque, l'esclave ne se trouve plus en la possession du maître. Alors il n'acquiert plus pour son pécule, et, par suite pour son maître, la possession des choses. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que la possession est un état de fait, impliquant un pouvoir physique sur une chose. Il en résulte que nous ne pouvons acquérir la possession d'une chose par notre esclave, qu'en tant que nous avons la possession de l'esclave lui-même (1). C'est pourquoi la possession de la chose appréhendée par notre esclave qui se croit libre et qui se trouve en possession de liberté, ne nous est pas acquise, bien que nous puissions en profiter, si l'individu est, par la suite, reconnu nous appartenir (2). C'est encore par le même motif que nous n'acquérons pas la possession par un esclave donné en gage : « Per servum corporaliter pi-  
« gnori datum, non adquirere nos possessionem Julianus  
« ait » (3). Le bénéfice de la possession n'était pas perdu pour cela. Il profitait à celui qui possédait l'esclave : usufruitier, créancier gagiste ou possesseur de bonne foi.

La rigueur des principes devrait aussi nous faire dire que le maître d'un esclave chargé d'un pécule doit, pour profiter de la possession d'une chose appréhendée par son esclave, avoir au moment même de l'acquisition l'*animus possidendi*. Les textes nous apprennent que les Ro-

1. Gaius Com. II, par. 86, 87, 89, 70. — Loi 21 princ. Dig. liv. 41, tit. 2.

2. L. 25, par. 2 Dig. liv. 40, tit. 2. — L. 3, par. 10. Dig. liv. 41, tit. 2.

3. L. 15. Dig. liv. 41, tit. 2.

mains reconnaissaient ici une dérogation au droit strict. Le maître peut ignorer l'acquisition de la possession par son esclave. Le fait de lui avoir constitué un pécule supplée le défaut d'*animus* chez le maître, qui est censé, en pareil cas, emprunter l'*animus* de son esclave : *Nec mo-  
« vere nos debet, quod quasdam res etiam ignorantes  
« possidemus, id est, quas servi peculiariter paraverunt :  
« nam videmur eos eorundem et animo et corpore pos-  
« sidere. »* (1) Il est en effet impossible, nous dit Papi-  
nien, d'exiger du maître une surveillance aussi inces-  
sante. Comment pourra-t-il savoir à chaque instant ce  
qui entre dans le pécule, et ce qui en sort ?

Pour compléter l'énumération des biens qui peuvent composer l'actif du pécule, il nous reste à citer les créances. D'une manière générale, on peut dire que le pécule comprend toutes les créances que l'esclave acquiert dans l'administration de ce patrimoine spécial. Si le Digeste au titre *De peculio* nous donne surtout comme exemples des créances résultant d'une action pénale, c'est qu'il faut distinguer avec soin, si c'est de la part du maître, ou de la part des tiers, que le pécule a été victime des divers délits donnant lieu à l'action de vol, à l'action de la loi *Aquilia*, et à l'action d'injures.

Lorsque l'auteur du dommage est un tiers, la réparation du préjudice causé, comme aussi le bénéfice qu'on peut retirer de l'exercice des différentes actions pénales,

1. L. 3, par. 11. Dig. liv. 41, tit. 2.

entre dans le pécule : « Sed et si quid furti actione servo  
« deberetur, vel alià actione, in peculium computabi-  
« tur. » (1) Il en est encore ainsi lorsque le maître in-  
tente *ex stipulatu* dans le cas de l'éviction d'une chose  
acquise par l'esclave : le produit de la créance ira aug-  
menter le pécule, à moins que le maître n'ait manifesté  
une intention contraire : « Nisi forte dominus eos propo-  
« sito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi. » Le maî-  
tre est en effet toujours libre de diminuer le pécule de  
son esclave.

Si l'on s'en tenait à ce principe, il serait logique de  
décider que jamais la créance que l'esclave peut acquérir  
contre le maître ne rentre dans le pécule. Le *dominus* en  
effet, en causant d'une façon quelconque un dommage au  
pécule, ne fait qu'user de son droit. Mais en agissant ainsi  
on eût enlevé tout crédit à l'esclave, puisque le maître  
eût pu par ce moyen facilement léser les intérêts des  
tiers créanciers du *servus*. Aussi voyons-nous, d'après les  
textes, que la jurisprudence arriva promptement à faire  
une distinction. Lorsque le maître a agi de bonne foi, la  
créance acquise contre lui ne rentre pas dans le pécule.  
Par exemple, lorsque le maître a employé tout ou partie  
des biens de l'esclave à payer une dette, il n'est pas censé  
avoir diminué le pécule. Il ne peut évidemment en pareil  
cas être tenu envers l'esclave, puisqu'il n'a fait qu'user  
de son droit de propriétaire : il a payé une chose due

1. L. 7, par. 4. Dig. liv. 15, tit. 1.

avec des biens qui lui appartenient. Si au contraire le maître est de mauvaise foi, par exemple, quand il retire au concessionnaire tout ou partie du pécule dans le but frauduleux de diminuer le gage de ses créanciers, ou quand il ne met aucun obstacle aux dissipations du concessionnaire on tient alors compte de l'intérêt des tiers qui ont agi avec l'esclave, et on décide que les actes du maître donneront naissance à une créance qui entrera dans le pécule.

Si le propriétaire de l'esclave chargé d'un pécule est un pupille, un *furiosus* ou un prodigue, il subit les conséquences du dol commis par son tuteur ou son curateur. Cette décision qui satisfait aux intérêts des créanciers de l'esclave, est nécessaire pour affermir le crédit du concessionnaire, et par suite ne cause pas de préjudice à l'incapable. Pour qu'il en soit ainsi, on ne considère comme compris dans le pécule, c'est-à-dire comme en ayant été retiré *dolo*, que le profit retiré de ce dol par le pupille ou le *furiosus*, ou ce qu'ils pourront retirer par leur action récursoire contre le tuteur ou le curateur (1). *A fortiori* nous dirons que le dol du *procurator* réfléchit contre le *dominus peculii*, car, à la différence du tuteur ou du curateur, le *procurator* est choisi librement par celui dont il doit défendre les intérêts. Nous devons généraliser ces décisions et dire que toute personne poursuivie *de peculio* comme ayant-cause du *dominus peculii*, n'est

1. L. 21; Dig. liv. 15, tit. 1.

pas responsable du dol de son auteur, à moins qu'elle n'en ait profité (1). On voit donc qu'en fait il y a de nombreuses exceptions à ce principe que le pécule est censé comprendre dans son actif tout ce qui est sorti par le dol du maître : « Summâ cum ratione etiam hoc peculio prætor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset. » (2)

§ 2. — *Passif du pécule.*

Le pécule, étant constitué à l'image d'un patrimoine, ne se compose pas seulement d'un actif, il comprend aussi un passif. L'esclave en effet peut, à l'occasion de son administration, contracter des dettes, les unes envers les tiers, les autres envers son maître. Seulement les obligations envers le maître seront purement naturelles, c'est-à-dire qu'elles ne seront sanctionnées par aucune action ni civile ni prétorienne. Le *dominus peculii* devient créancier naturel du concessionnaire, toute les fois que celui-ci, supposé *sui juris*, deviendrait son débiteur *ex causa civili* : (3) « Ex causa civili computandum est » nous dit Pomponius. Vis-à-vis des tiers l'esclave s'oblige, tantôt civilement, tantôt naturellement, soit par contrats ou quasi-contrats, soit par délits : dans tous les cas ces dettes viennent diminuer l'actif du pécule.

1. L. 30, par. 7; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. L. 21 princ; Dig. liv. 15, tit. 1.

3. L. 49, p. 1; Dig. liv. 15, tit. 1.

On devra donc, pour avoir la valeur intrinsèque du pécule déduire toutes les dettes de l'esclave soit envers des tiers, soit envers son maître. Mais dans la pratique on n'éprouvait jamais le besoin de supputer cette richesse. Lorsque les textes nous parlent de la consistance du pécule, ils envisagent une valeur toute relative, celle que le juge doit estimer pour le montant de la condamnation dans l'action *de peculio*. Lorsqu'un créancier intente cette action il n'a pas à s'inquiéter des autres dettes de l'esclave : la préférence est au premier occupant, nous dit Gaius, c'est-à-dire à celui qui le premier obtient condamnation : « Quia in actione de peculio melior est occupan-  
« tis conditio : occupare autem videtur, non qui prior li-  
« tem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judi-  
« cis pervenit. » (1) Il ne peut au contraire s'opposer à la déduction que lui fait subir le *dominus* à raison de ses créances contre le concessionnaire. Il en est ainsi même lorsque la créance du poursuivant est privilégiée. « Nul-  
« lum privilegium præponi patri vel domino potest, cum  
« ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur. » On peut donc dire avec Ulpien que le pécule, au regard des tiers créanciers du concessionnaire, ne comprend que la valeur des *res peculiares*, déduction faite du montant des créances du *dominus peculii*. (2)

On ne peut donner comme fondement au privilège de la *deductio* accordé au *dominus* la loi du premier occupant,

1. L. 40; Dig. liv. 45, tit. 4.

2. Loi 52, princ.; loi 5, par. 4 ; l. 9, par. 2; Dig. liv. 45, tit. 4.

ainsi que nous l'indique un texte : « Quia prævenisse et « cum servo suo egisse creditor » (1). Et d'abord ce serait une injustice car aucun créancier ne peut obtenir une condamnation avant le maître, puisque celui-ci n'a aucune action à intenter. Chaque créancier se verrait donc spolié sans recours par une fiction en vertu de laquelle on considérerait comme acquis au profit du maître le bénéfice d'une condamnation irréalisable. De plus, la loi du premier occupant n'est pas opposable aux créanciers privilégiés, tandis que la créance du *dominus peculii* est préférée à toute autre; Enfin il est des créances que le maître peut déduire valablement, et qui ne peuvent donner lieu à aucune poursuite de *peculio* de la part des tiers : ce sont les obligations que l'esclave a contractées antérieurement à la concession du pécule.

Nous trouvons un second motif plus rationnel dans un autre texte d'Ulpien : « Sane quum et cæteris causis ipsum « a semetipso exegisse dicimus, qui negotia vel tutelam « geret, cur non etiam in specie peculiari exegerit, quod « exigi debuit? Defendendum igitur erit, quasi eum solvere « cum quis agere de peculio conabitur » (2). On compare ici le maître qui a la propriété et la possession du pécule avec le tuteur qui a entre les mains le patrimoine de son pupille : tous deux ont le droit de déduire leurs créances, car ils sont censés se payer immédiatement ce qui leur est dû. Il faut du reste remarquer que ce privilège du

1. Loi 9, par. 2 et 5 ; Dig. liv. 15, titr. 1.

2. L. 9, par. 4 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

maître n'existe qu'autant que ses créances n'ont pas leur source dans un commerce entrepris par l'esclave, avec l'autorisation expresse ou tacite du maître. Dans ce cas, le *dominus peculii* est en concours avec les autres créanciers du concessionnaire, et la répartition a lieu au *prorata* des créances. Il arrivait souvent que tout le pécule ne fût pas le gage des obligations de l'esclave, mais seulement la partie spécialement affectée au commerce, la *peculiaris merx*.

On voit donc, d'après ces principes, qu'à l'égard des créanciers du concessionnaire, la valeur apparente du pécule est beaucoup diminuée par la déduction des dettes de l'esclave envers le maître. Pour nous rendre un compte exact de la composition et de la consistance du pécule, il nous suffira de passer en revue les principaux cas qui dans les textes semblent offrir quelque difficulté. Et d'abord nous voyons que la déduction ne peut être faite par le maître que s'il n'a pas d'autre moyen de rentrer dans ce qui lui est dû : autrement il s'enrichirait aux dépens des créanciers. « Quod autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit » (1). Ainsi le maître n'aura pas le droit de déduire, si la créance qu'il a contre son esclave se compense avec une obligation qu'il a contractée envers lui. Il en est encore de même dans l'hypothèse où le concessionnaire s'est rendu

1. Loi 11, par. 6; Dig. liv. 16, tit. 1.

complice d'un vol commis au préjudice du *dominus peculii*. En pareil cas, le maître peut opérer une déduction, mais elle ne sera pas égale au montant du préjudice causé. Elle comprendra seulement la différence entre la valeur totale de ce préjudice et l'indemnité qu'il pourra obtenir de l'auteur principal du délit (1).

Il est cependant un cas dans lequel le maître, ayant le moyen de se faire payer autrement que par déduction, sera autorisé à déduire parce que les créanciers n'en éprouveront aucun préjudice. Il nous est indiqué dans la loi 11, par. 8 *De peculio*.

L'un des créanciers d'un esclave, ayant une action *de peculio* contre le maître, a acheté cet esclave et son pécule ; plus tard il est poursuivi par les autres créanciers de l'esclave. Il peut alors déduire ce qui lui est dû, sans tenir compte de ce qu'il peut obtenir du vendeur en exerçant contre lui l'action *de peculio*. On l'explique en faisant remarquer que le créancier, en achetant la chose, n'a pas diminué la valeur du gage des autres créanciers. Sa créance, paralysée à son égard par la réunion sur sa tête des titres de créancier et de débiteur, n'en existe pas moins à l'égard des autres créanciers, et, comme il a le pécule entre les mains, il est censé s'être payé le premier. On trouve ici une grande analogie avec la situation du créancier hypothécaire premier en rang qui a acheté la chose hypothéquée : sur les poursuites des autres

1. Loi 4, par. 4 ; Dig. iiv. 15, tit. 1.

créanciers il déduit de la valeur de la chose le montant de sa créance car, tout en étant propriétaire, il conserve son rang de premier hypothécaire à l'encontre des créanciers postérieurs.

En dehors de cette exception, on peut dire que le *dominus*, lorsqu'il n'a pas d'autre moyen de se faire payer, peut toujours déduire ses créances de la valeur du pécule, et cela, sans qu'il ait à se préoccuper ni de la date à laquelle elles ont pris naissance, ni de leur origine (1). Il n'a pas non plus à rechercher si l'esclave concessionnaire est ou non sa propriété le jour où l'action *de peculio* est exercée contre lui. Ulpien nous donne en exemple une hypothèse qui aurait pu soulever des doutes : Un créancier du *servus ordinarius* est devenu l'héritier du *dominus peculii*, et l'action *de peculio* est intentée contre lui. Le droit de déduction lui appartient, et on ne distingue même pas selon que l'esclave a été affranchi ou non. On donne encore la même décision dans le cas où il a été l'objet d'un legs, pur et simple, et pourtant dans ces deux cas l'héritier n'a jamais été propriétaire de l'esclave (2). Cette solution est, en effet, conforme au principe sur lequel repose le privilège reconnu au *dominus peculii*. L'héritier a le droit, du moment où les *res peculiares* tombent en son pouvoir, de prélever sur leur valeur ce qui lui est dû, et dès lors il est censé l'avoir déjà fait au jour où les créanciers l'actionnent *de peculio*.

1. Loi 32, princ ; Dig. liv., 15, tit. 1.

2. Loi 9, par. 3 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

Il faut ici remarquer que l'on ne peut objecter que du jour de l'adition d'hérédité la créance de l'héritier se trouve éteinte par confusion. En effet, celui qui traite avec le concessionnaire d'un pécule acquiert deux créances, l'une civile ou naturelle contre l'esclave, l'autre prétorienne contre le *dominus peculii*. L'héritier voit bien sa créance contre le *dominus* s'éteindre par confusion au jour de l'adition d'hérédité, mais sa créance contre l'esclave subsiste toujours, et c'est elle qu'il déduit du pécule dont il est devenu propriétaire.

Du jour où le *dominus* n'a plus l'esclave sous sa puissance, les créances acquises par des tiers contre ce dernier ne lui sont plus opposables. On en conclut logiquement qu'il ne peut faire valoir par voie de *deductio* les créances nées à son profit contre l'esclave postérieurement à l'événement qui l'a fait cesser d'être en sa puissance (1).

Quant à l'origine des créances, l'esclave peut s'être obligé envers son maître non-seulement par contrat, mais aussi par des reliquats de comptes, des délits, etc. Doit-on dire dans ce dernier cas que le maître a le droit de déduire du pécule tout ce qu'il pourrait réclamer à l'esclave d'autrui, le double ou le quadruple du préjudice causé? Ulpien décide que la *deductio* ne doit être admise que jusqu'à concurrence du montant du dommage et non de la peine encourue par le délinquant. On ne

1. Loi 38, p. 3 ; loi 47, par. 5 ; Dig. liv. 45, tit. 4.

peut pas dire, en effet, qu'il y ait véritablement délit dans les rapports de maître à esclave, et de plus, ce serait une injustice de permettre au *dominus* de s'enrichir au détriment des tiers créanciers de l'esclave (1). On trouve une application de ce principe dans la loi 27, par. 1 du titre *De peculio*. Un esclave concessionnaire d'un pécule a soustrait, détruit ou détérioré des *bona hereditaria* avant l'adition d'hérédité. L'héritier poursuivi par l'action de *peculio* pourra déduire du pécule le montant du préjudice causé. Une hypothèse assez curieuse nous est encore indiquée par Ulpien dans la loi 9, par. 7, *De peculio*. Si un esclave s'est blessé volontairement, il commet une faute à l'égard de son maître, et celui-ci pourra déduire du pécule les frais qu'il a faits pour obtenir sa guérison. Si, au contraire, la blessure de l'esclave était due au hasard, le maître qui lui doit des soins, et qui, en cherchant sa guérison, n'aurait fait que veiller à ses propres intérêts, n'aurait acquis de ce chef aucune créance contre lui.

Il est un autre cas que nous trouvons souvent dans les textes et qui était d'un usage journalier à Rome dans la pratique des affaires. Lorsqu'un esclave se trouvait embarrassé dans l'administration de son pécule, il recourait d'une façon plus ou moins directe au crédit du maître. Quand le *dominus peculii* donne mandat à un tiers de consentir un *mutuum* au concessionnaire, ou lorsqu'il

1. Loi 9, par. 6 ; Dig. liv. 45, tit. 1.

s'engage envers un créancier du concessionnaire à lui payer ce que ce dernier lui doit, doit-on lui reconnaître le droit de *deductio*? Il n'y a pas de doute lorsque l'obligation contractée par le *dominus peculii* a tourné à son profit. Dans ce cas, on lui refuse le droit de déduire : il en est ainsi, par exemple, lorsque le concessionnaire du pécule a employé les sommes empruntées aux affaires du *dominus peculii*. L'esclave deviendra alors créancier du maître pour le montant du service rendu ; il y aura compensation entre les deux créances, et la *deductio* n'aura lieu que pour le surplus (1). Mais le maître pourra déduire du pécule le total de la somme prêtée ou le montant de son engagement, lorsque le concessionnaire aura employé la somme prêtée à ses propres affaires.

Il semble pourtant difficile de justifier cette solution lorsqu'au moment où il est actionné *de peculio* le *dominus* n'a encore fait aucun débours. Sa créance contre l'esclave est alors éventuelle, et, par suite, il ne peut être question de compensation. Aussi Marcellus n'accorde-t-il au *dominus* le droit de *deductio* que si le demandeur à l'action *de peculio* refuse de lui fournir la *cautio* : « Refusurum se si quid  
« præstiterit dominus hoc nomine conventus. » Cette caution, qui garantissait le maître de tout préjudice, donnait en même temps satisfaction aux intérêts de l'esclave. C'eût été, en effet, une injustice de faire profiter le *dominus* de l'*interusurium*, en lui permettant de déduire

1. Loi 9, par. 8 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

du pécule une somme qu'il ne déboursait peut-être que beaucoup plus tard ou même jamais. Cependant Julien, se conformant plus strictement aux principes, accordait toujours la *deductio* au *dominus*, même lorsqu'on offrait de lui fournir la caution précédente. Mais les deux auteurs étaient d'accord pour accorder le droit de déduire dans le cas où le *dominus peculii* était tenu *judicati causa* par l'effet d'une précédente condamnation, à laquelle il n'avait pas encore satisfait. La dette résultant du *judicatum*, et, par suite, la créance du *dominus* contre le concessionnaire se trouvait certaine et exigible, et, par suite, il y avait lieu à compensation.

Lorsque le maître, au lieu de se porter fidéjusseur pour le concessionnaire, a fait un pacte de constitut avec l'un des créanciers du pécule, il faut, d'après Ulpien, faire une distinction. On lui reconnaîtra le droit de déduire si le pacte de constitut a été fait dans le véritable intérêt de l'esclave ; on le lui refusera, si ce pacte est relatif à sa propre dette. C'est cette dernière solution que nous trouvons dans le passage suivant : « Si pater vel dominus  
« constituerit se soluturum quod fuit in peculio, non  
« minueretur peculium eo quod ex ea causa obstrictus  
« esse cæperit, et licet interierit peculium non liberatur » (1). Le *dominus* pouvait, au moment du pacte de constitut, être condamné jusqu'à concurrence de la valeur du pécule, si la dette de l'esclave lui était égale ou supé-

1. Loi 10; Dig. liv. 13, tit. 4.

rière. Il ne fait donc que nover sa propre dette, et, par suite, n'acquiert de ce chef aucune créance contre le concessionnaire.

Le pécule permettait le plus souvent à l'esclave d'acheter sa liberté. Ordinairement, le prix de l'affranchissement était fixé à l'avance par une convention entre le maître et l'esclave. Lorsque l'affranchissement avait lieu, il donnait naissance à une créance dont le maître pouvait prélever le montant sur le pécule lorsqu'il était actionné *de peculio* (1).

Tout ce que nous venons de dire des créances du *dominus peculii* contre le concessionnaire s'applique aussi d'une façon générale aux dettes de l'esclave envers les personnes *in eadem potestate* (2). C'est, en effet, le *paterfamilias* qui devient créancier ou débiteur par le fait des actes de tous les individus qui sont sous sa puissance. Notons cependant un cas particulier à propos des *vicarii*. Le maître ne peut déduire du pécule de l'*ordinarius* les dettes de celui-ci envers ses *vicarii* (3). Le pécule du *vicarius* étant une fraction de celui de l'*ordinarius*, lorsque le premier s'accroît aux dépens du second, il y a une sorte de compensation et il ne peut être question de *deductio*.

Mais, lorsque le maître est actionné *de peculio ordinarii*, peut-il déduire les dettes dont le *vicarius* est tenu envers lui ou envers l'*ordinarius*? C'est son droit, car il est

1. Loi 19, par. 2 ; Dig. liv. 13, tit. 5.

2. Loi 11, par. 1 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

3. Loi 9, par. 3 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. Inst. liv. IV, tit 7, par. 4 ; Gaïus—V, par. 73 ; loi 17 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

implicitement actionné *de peculio vicarii*, qui est absorbé dans le pécule de l'*ordinarius*. La *deductio*, dans ce cas, ne doit porter que sur le pécule du *vicarius*, et si celui-ci est nul lors de la poursuite, le maître en supportera les conséquences. Il ne pourra même pas prélever le montant de ses créances sur la valeur du *vicarius*, car, si ce dernier constitue une partie du pécule de l'*ordinarius*, il n'est pas lui-même son propre pécule. Mais s'il s'agit de créances contre l'*ordinarius*, le maître pourra opérer la *deductio* sur la personne du *vicarius*, qui est compris dans l'actif du pécule de l'*ordinarius*.

Le droit de *deductio* s'étend également aux dettes du concessionnaire envers les personnes dont le *dominus peculii* administre le patrimoine à un titre quelconque : tuteur, curateur, mandataire, ou gérant d'affaires (1). En effet, lorsque le concessionnaire d'un pécule devient débiteur d'un individu, dont le *dominus peculii* gère la fortune, celui-ci se trouve, par ce fait même, débiteur *de peculio* du créancier de l'esclave. Or, le tuteur, le curateur, le mandataire ou le gérant d'affaires *a semet ipso exigere debet*, pour s'acquitter envers le pupille, le *furiosus* ou le mandant (2). Du paiement de cette dette effectué ou réputé tel, il résulte que le *dominus* devient créancier du concessionnaire, et par suite, il peut déduire du pécule le montant de sa créance. Observons toutefois avec Ulpien qu'il n'y aurait pas lieu à déduction si cette

1. Loi 9, par. 4; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. L. 9, par. 3 ; Dig. liv. 26, tit. 7.

créance était le résultat de manœuvres dolosives. Ce serait, en effet, permettre au *dominus* de diminuer le pécule *dolo*, au préjudice des tiers créanciers du concessionnaire : « Præterea id etiam deducetur, quod his personis  
« debetur quæ sunt in tutela vel in cura domini vel  
« patris vel quorum negotia administrant, dummodo dolo  
« careant, quoniam et si per dolum peculium vel ademe-  
« rint vel imminuerint, tenentur. »

En dehors de toutes les créances que le *dominus peculii* déduit parce qu'elles lui sont dues personnellement, il est des cas où il a le droit de *deductio* pour des créances qui ne lui appartiennent pas. Ainsi le copropriétaire d'un esclave concessionnaire d'un pécule, poursuivi de *peculio*, peut déduire non seulement ce qui lui est dû personnellement, mais encore ce qui est dû par le concessionnaire à ses copropriétaires. Et cette solution était logique, puisque le créancier de l'esclave pouvait agir *in solidum* par l'action de *peculio* contre l'un des propriétaires à son choix. Du moment où le copropriétaire actionné représentait tous les autres pour les dettes, il était naturel qu'il les représentât également pour leurs créances contre l'esclave, et qu'on lui permit de les déduire toutes : « Non solum autem quod ei debetur, qui conve-  
« nitur, deducendum est ; verum etiam si quid ejus socio  
« debetur. Et ita Julianus libro duodecimo Digestorum  
« scribit : nam quâ ratione in solidum alteruter conveni-  
« tur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri

« debetur; quæ sententia recepta est » (1). Il est bien évident que si l'un des copropriétaires est étranger à la concession du pécule, il n'a pas le privilège de la *deductio* : il n'en a pas besoin puisqu'il ne peut pas être poursuivi de *peculio*.

Nous voyons donc que la valeur du pécule peut être beaucoup diminuée, parfois même réduite à zéro par les dettes de l'esclave. Et cependant le pécule subsiste alors même que l'actif est entièrement absorbé par les dettes du concessionnaires envers le *dominus* : « Si ære alieno  
« dominico exhauriatur peculium servi, res tamen in causa  
« peculiari manent » (2). On a voulu ainsi que dans le cas où l'esclave reviendrait à meilleure fortune, par exemple s'il parvenait à payer ses dettes, ou s'il obtenait de son maître la remise, il n'eût pas besoin d'une nouvelle concession pour se trouver à la tête des valeurs pécuniaires.

#### IV. — *Extinction du pécule.*

On exigea toujours, en effet, une manifestation expresse de la volonté du maître pour l'extinction du pécule. Il n'y a pas lieu de s'arrêter devant l'objection tirée de la loi 8 au titre *De peculio*. « Simul atque noluit peculium servi, desinit peculium esse. » Ce texte nous indique seulement la distinction qui existait entre la constitution et l'extinction du pécule. Pour la constitution, la

1. Loi 11, par. 8 ; Dig. liv. 15, tit 1.

2. Loi 4, par. 5 ; Dig. liv. 15, tit 1.

volonté seule du maître n'était pas suffisante, il fallait de plus la tradition. Pour l'extinction au contraire, le maître n'avait pas besoin de retirer à l'esclave la possession des choses concédées, sa volonté seule mettait fin à l'existence du pécule. Mais il fallait que cette volonté fût clairement manifestée, car le retrait par intention tacite eût souvent porté préjudice aux tiers.

Le concessionnaire d'un pécule recevait par le fait même de la constitution, un mandat implicite du maître en vertu duquel il pouvait obliger celui-ci jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. Les tiers qui contractaient avec l'esclave ne traitaient que dans la limite du crédit que pouvait lui procurer la consistance de son pécule. Il eût donc été contraire à l'intérêt bien entendu du concessionnaire et par suite du concédant, de n'accorder aucun recours contre le maître aux créanciers de bonne foi qui auraient traité avec l'esclave après le retrait tacite de son pécule. Du reste nous ne faisons qu'appliquer ici les règles du mandat. Les textes nous montrent en effet que les paiements faits par des débiteurs de bonne foi à un *procurator omnium bonorum* déjà révoqué sont libératoires (1). Justinien en conclut que le maître, qui a affranchi son intendant (*servus dispensator*) n'a aucune action contre les débiteurs qui, dans l'ignorance de ce fait, ont payé entre les mains de l'affranchi (2). On peut donc supposer que le principe était général, et par suite on doit décider, en

1. Loi 34, par. 3 ; loi 12, par. 2 ; Dig. liv. 46, tit. 3.

2. Inst. liv. 3, tit 26, par. 10.

considération de la bonne foi des créanciers, que l'extinction du pécule, résultant de l'intention et non pas d'une manifestation de la volonté du maître, n'annulait pas les contrats conclus par les tiers avec le concessionnaire après le retrait du pécule.

Il est des cas où l'extinction du pécule peut provenir de faits complètement indépendants de la volonté du maître, par exemple, par suite de la perte totale des objets composant la concession. Le pécule en effet, dès qu'il est constitué, a une vie propre, dont la durée dépend des événements aussi bien que de la volonté du concessionnaire : « *Peculium nascitur, crescit, decrescit, et moritur; et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium si-  
« mile esse homini.* » (1) Observons toutefois que la volonté du maître, suivie de la tradition, est nécessaire pour la création du pécule; de plus elle est présumée s'étendre à tous les accroissements que la concession peut recevoir. Dans ce dernier cas il ne sera pas toujours besoin de tradition; ainsi lorsque le maître fait remise d'une dette à son esclave, le pécule se trouve accru *nudâ voluntate*.

Dans les deux autres phases de la vie du pécule, c'est-à-dire pour les décroissements et l'extinction, nous avons au contraire à tenir compte de faits indépendants de la volonté du maître. Ainsi le pécule diminue par suite de la mort de quelques esclaves *vicarii*, ou de la perte d'objets compris dans la concession. Il décroît encore par

1. Loi 40, princ.; Dig. liv. 43, tit. 1.

suite de faits dommageables pour le maître qui rendent l'esclave son débiteur malgré lui : « Sæpe fit ut, ignorante  
« domino, incipiat minui servi peculium, veluti quum  
« damnum domino dat, aut furtum facit. » (1) Il peut être même complètement anéanti par suite de circonstances analogues.

Mais il ne faut pas oublier que l'existence du pécule dépendait surtout de la volonté du maître qui conservait un pouvoir absolu sur les choses concédées : « Quum  
« servi peculium totum adimere vel augere vel minuere  
« dominus possit, animadvertendum est, non quid ser-  
« vus, sed quid dominus, constituendi servilis peculii  
« gratia fecerit. » (2) Il est vrai que sur ce point les coutumes corrigeaient la rigueur des principes. En fait le maître reprenait rarement le pécule de l'esclave, et lorsqu'il le faisait sans raison il devenait l'objet de l'indignation publique. Le plus souvent il se contentait de partager avec l'esclave le bénéfice de certains marchés (3) et de se faire remettre comme présents d'usage des sommes plus ou moins élevées à l'occasion de son mariage, de la naissance de ses enfants, et de différents anniversaires (4). Les usages réglementaient d'une façon presque légale les rapports du maître et du *servus peculiaris* : « Lorsque l'esclave augmentait heureusement ses  
« gains, nous dit von Ihering, son pécule lui permettait  
« soit de se racheter (souvent son maître avait fixé d'a-

1. Loi 4; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. Loi 4, princ ; Dig. liv. 15, tit. 1.

3. Plutarque, vie de Caton l'ancien, n° 45.

4. Térence, Phormion 1, v. 7.

« vance la somme nécessaire à cet effet), soit de rendre  
« sa position plus agréable, par exemple par l'acqui-  
« sition d'un *vicarius*... Il arrivait aussi que le maître,  
« moyennant un intérêt déterminé ou une part dans les  
« bénéfices, abandonnait l'esclave à sa propre industrie.  
« Il résulte de ce qui précède qu'en fait l'on accordait à  
« l'esclave une espèce d'indépendance sous le rapport du  
« patrimoine. La possession de ce patrimoine était ga-  
« rantie à l'esclave vis-à-vis de son maître d'une ma-  
« nière aussi sûre que celle des détenteurs de l'*ager*  
« *publicus* ou du *solum provinciale* vis-à-vis de l'Etat ; les  
« possesseurs n'auraient pu empêcher l'Etat ni en droit  
« ni en fait d'en opérer la confiscation ; mais cette me-  
« sure n'était jamais prise, et personne ne la redoutait.  
« Il en était de même de la propriété du maître sur le  
« pécule de l'esclave, au moins chez tous les hommes  
« d'honneur, sinon on ne comprendrait pas qu'un maî-  
« tre ait pu en arriver à emprunter à son esclave, au  
« lieu de lui enlever simplement l'argent dont il avait  
« besoin. » (1) C'est qu'en effet, le *dominus* par la cons-  
titution d'un pécule avait nécessairement accordé en  
même temps au concessionnaire un certain pouvoir sur  
les *res peculiares*. En créant ainsi une espèce de patri-  
moine en dehors des principes du pur droit civil, il  
était par cela même obligé de conférer à l'esclave une  
sorte de personnalité, de lui reconnaître une capacité  
spéciale, que nous allons maintenant étudier.

1. Von Ihering, op. cit. tom. 1 page 174.

### CHAPITRE III

#### POUVOIRS DE L'ESCLAVE SUR LE PÉCULE

Il est impossible d'indiquer d'une façon précise dans une formule générale quels étaient les droits et les obligations du concessionnaire d'un pécule. Cette situation, toute de fait, de l'esclave vis-à-vis de son maître, était réglementée par les usages qui respectaient cependant les volontés manifestées par le *dominus* lors de la concession. Le maître, en effet, lorsqu'il confiait à son esclave une portion de son patrimoine, se réservait le *plenum dominium* sur les biens concédés. Il conservait le pouvoir absolu d'user du pécule comme il l'entendrait, et même de le détruire selon son bon plaisir, *abuti*. Aussi ne pouvons-nous pas comparer le concessionnaire d'un pécule à un usufruitier, ni le concédant à un nu-propriétaire. Comme l'usufruitier, le *servus peculiaris* a bien le droit d'user de la chose, de l'administrer et de la faire valoir : il en fait les fruits siens, et en retire toute l'utilité qu'elle peut procurer. Mais tandis que l'usufruitier ne peut en aucune façon disposer des objets composant l'usufruit, l'esclave chargé d'un pécule, lorsqu'il en a la *libera administratio*, a le droit d'aliéner à titre oné-

reux les *res peculiares*. De plus la seule volonté du maître suffit, en droit, pour éteindre le pécule ; le nu-propriétaire au contraire est tenu de respecter tous les droits de l'usufruitier et de ne faire aucun acte qui puisse diminuer sa jouissance. Il est obligé d'attendre, pour recouvrer la plénitude de ses droits de propriétaire, la fin de l'usufruit, qui n'arrive souvent que par suite de circonstances indépendantes de sa volonté. L'esclave ne peut donc être considéré comme ayant sur le pécule un droit d'usufruit ; il ne peut non plus être regardé comme co-propriétaire du pécule, puisqu'il reste entièrement sous la dépendance du maître.

Et cependant il est un cas où le *servus* devient propriétaire de son pécule : c'est lorsqu'il acquiert la liberté. Le maître, en affranchissant l'esclave, lui laisse son pécule, en quelque sorte par préterition, toutes les fois qu'il n'a pas expressément manifesté une intention contraire. Aussi ne trouvons-nous rien d'illogique dans cette décision que nous donne le Digeste : « Si Stichus peculium, cum manumitteretur, non ademptum est, videtur concessum ; debitorum autem convenire, nisi mandatis actionibus non potest » (1). L'esclave peut valablement recevoir le paiement, mais il ne peut, à moins que le maître ne lui ait cédé ses actions, poursuivre les débiteurs avec lesquels il a traité antérieurement à l'affranchissement. Sans cette cession, en effet, l'esclave ne

1. L. 53; Dig. liv. 15, tit. 1.

peut invoquer aucun titre lui transmettant un droit sur ces créances, et, d'autre part, il peut se prévaloir de la volonté tacitement exprimée par le maître en ne lui retirant pas le pécule.

Si l'esclave a été affranchi par testament, l'intention du maître ne se présume pas : le concessionnaire ne peut réclamer son pécule qu'en vertu d'un legs formel. Il ne serait pas juste, en effet, d'enlever à l'héritier une partie de ses espérances sur une simple présomption de volonté. Dans l'affranchissement entre-vifs, au contraire, l'intention est bien plus certaine, car ici c'est le maître lui-même qui prend le pécule, et son intérêt lui conseille de s'expliquer clairement.

On n'exigeait pas cependant une manifestation expresse de la volonté du *dominus* dans le cas d'un legs de liberté sous condition. Cette exception s'explique parfaitement par la situation anormale de cet esclave qui est encore à la fois une personne et une chose. Il fallait abandonner ici la rigueur des principes ; et M. von Ihering justifie sans peine ces dérogations dans le passage suivant : « Cette transition de l'état d'esclavage à celui de  
« liberté, nous dit cet auteur, présente un phénomène  
« intéressant. Il fallait, pour que le but fut atteint,  
« abandonner les principes ordinaires en matière de  
« puissance dominicale. Il était impossible d'accorder sans  
« restrictions cette puissance à l'héritier, surtout lorsque  
« la condition comportait une action à accomplir de la part  
« de l'esclave. L'héritier, en effet, pour mettre obstacle à

« sa liberté, n'aurait eu qu'à lui interdire de faire l'action  
« en question. Souvent, la condition consistait dans le  
« paiement d'une rançon, et, à moins que le contraire  
« ne fut ordonné, l'esclave pouvait la prendre sur son  
« pécule : « *Receptum est enim, ut servus peculiares*  
« *quoque nummos dando perveniat ad libertatem.* »  
« Mais en lui enlevant ce pécule, l'héritier eût évidem-  
« ment pu empêcher l'accomplissement de la condition.  
« Il fallait donc, pour permettre la réalisation du but  
« proposé, reconnaître à l'esclave une certaine indépen-  
« dance vis-à-vis de son nouveau maître. Mais comment,  
« à moins de fouler aux pieds toute idée juridique, re-  
« connaître un droit à l'esclave? Les Romains résolurent  
« ce dilemme, en ce qui concernait l'héritier, en assimi-  
« lant son opposition à l'accomplissement de la condi-  
« tion ; de sorte qu'en définitive l'héritier était obligé de  
« respecter la disposition du testament. L'ancienne rè-  
« gle : « *Quoties per eum fit, cujus interest conditionem*  
« *non impleri, quominus impleatur, perinde habendum*  
« *est ac si impleta fuisset* (2) » paraît avoir été établie  
« à l'origine précisément pour ce cas, et n'avoir été  
« étendue que plus tard aux autres rapports juridi-  
« ques » (3).

Ce passage de M. von Ihering nous montre combien il faut tenir compte de la coutume dans l'étude du droit du

1. Loi 3, par. 1 ; Liv. 40 tit. 7.

2. Loi 161 ; Dig, liv. 50, tit. 17.

3. Von Ihering, op. cit. tome II, page 161.

concessionnaire d'un pécule. Aussi est-ce en le comparant à une autre institution, toute de fait et de tradition elle aussi, le précaire, que nous arriverons à préciser ce droit qu'il est impossible, ainsi que nous l'avons vu, de faire rentrer dans la catégorie des droits réels.

Dans la concession d'un précaire, comme dans celle d'un pécule, nous trouvons une sorte de contrat tacite intervenu entre le concédant et le concessionnaire, mais qui, en droit civil, ne donne naissance à aucune action. Dans les deux cas le *dominus* reste propriétaire des choses concédées et a le droit de les reprendre lorsqu'il ne lui plaît plus de les laisser au concessionnaire (1). Mais dans le précaire on en vint promptement à reconnaître au précariste une certaine propriété de fait, tout au moins une possession, qui lui permit de s'opposer au retrait pur et simple de la concession. Aussi, comme une action en revendication ne se comprenait guère contre une personne qui était sous la puissance du revendiquant, le prêteur créa pour y suppléer, l'interdit *de precario* (2).

Il fallait en effet protéger le droit du concédant, qui n'avait pas toujours la précaution de stipuler formellement la restitution du *precarium*. Plus tard enfin le relâchement des liens qui unissait le patron au client amena une nouvelle modification et on classa le précaire dans les contrats innommés *do ut des*. Le précariste fut

1. Loi 43; Dig. liv. 26, tit. 1.

2. Loi 14; Dig. liv. 43, tit. 6.

alors obligé civilement et on donna contre lui l'action *præscriptis verbis*, ou la *condictio incerti*, suivant l'opinion de Julien.

Mais pendant de longues années le rapport de dépendance du client vis-à-vis de son patron demeura très étroit, et l'on trouvait alors une analogie presque complète entre cette situation et celle de l'esclave vis-à-vis de son maître. « Entre le patron et son client, « nous dit « M. von Ihering, une action civile était inadmissible; « le patron ne pouvait s'obliger à laisser pendant un « certain temps la chose au client, et celui-ci ne pouvait « pas davantage s'obliger à la rendre : si le patron vou- « lait la ravoit, il la reprenait. Le client pouvait se dé- « fendre vis-à-vis des tiers ; vis-à-vis du patron cela lui « était interdit, même lorsque ce dernier réclamait la « restitution de la chose avant l'expiration du temps « pour lequel il en avait accordé l'usage. Le *precarium* « et la possibilité juridique d'un rapport obligatoire entre « les deux parties étaient en principe absolument con- « tradictoires, et il fallut bien des siècles pour altérer le « caractère du *precarium* au point qu'on ne trouvât plus « de difficulté à lui appliquer la théorie des contrats in- « nommés. » (1). Aussi n'est-il pas étonnant de voir que le maître n'eut jamais besoin d'une action ni civile ni prétorienne, pour se faire restituer le pécule de l'esclave. Le pouvoir du *dominus* sur son *servus*, sans conserver toujours sa rigueur primitive, ne perdit cependant rien

1. Von Ihering. op. cit., tom. I, page 241.

de sa puissance, et jamais on n'en vint à sanctionner par une action les obligations que ces personnes contractaient entre elles.

La concession d'un précaire, comme celle d'un pécule, était une libéralité qui n'entamait en rien le droit de propriété du concédant. Mais entre ces deux institutions on remarquait à ce sujet une différence capitale. Le précariste avait une possession véritable, et tous les bénéfices qu'il faisait à l'occasion de cette possession tournaient à son profit, et non à celui du patron. Il pouvait se servir de la chose pour tous les usages auxquels sa nature se prêtait; il profitait des fruits jusqu'au jour où il devait rendre la chose qu'il détenait; il n'était tenu que de son dol et non de sa simple faute. En un mot, il était traité comme un véritable possesseur, dans toute l'acception juridique de l'expression.

L'esclave concessionnaire d'un pécule, au contraire, ne possède que pour son maître. Aussi n'est-ce pas pour lui, mais bien pour le compte du *dominus* qu'il acquiert les fruits: il ne peut avoir *l'animus possidendi*, ou plus exactement son *animus possidendi* tourne au profit de son maître. De cette idée, qu'étant en puissance il ne peut avoir aucun droit et par suite il ne peut être tenu d'aucune obligation vis-à-vis de son maître, il résulte que son dol reste sans réparation. Enfin la différence de condition entre l'esclave et le précariste nous explique encore comment Ulpien admettait que le précaire fût transmissible aux héritiers du précariste, tandis qu'il n'était pas ques-

tion de succession pour le pécule de l'esclave (1). Nous voyons donc en somme que les pouvoirs de l'esclave sur le pécule, comme ceux du précariste, étaient limités aux droits d'un simple administrateur, la qualité de détenteur ne pouvant évidemment lui conférer la faculté d'engager ou d'hypothéquer les *res peculiares*.

Et cependant pour que l'institution du pécule pût atteindre le but qui avait nécessité sa création, il fallait bien reconnaître à l'esclave le droit de contracter valablement des obligations. Pour les remplir, ne fallait-il pas lui accorder aussi le droit d'aliéner ? Ne devait-on pas, au contraire, décider que les objets donnés en paiement, tout en sortant du pécule, devaient être considérés comme ne cessant pas d'être la propriété du maître ? Les textes semblent se contredire sur ce point. La loi 19 *De fidejussoribus* nous dit que le maître ne peut répéter l'argent du pécule employé par l'esclave à faire un paiement lorsqu'il s'est porté fidejusseur pour autrui dans l'intérêt du pécule. « Interest quo nomine fidejusserit ; nam si ex causâ peculii fidejussit servus, tunc id quod ex peculio soluerit, repetere dominus non poterit ». (2) Un texte du Code nous donne une solution contraire : « Quod si non habentes liberam peculii administrationem rem dominicam eo ignorante distraxerunt, non dominium, quod non habent, in alium transferre possunt ». (3) L'esclave

1. Loi 2 ; Code, liv. 8, tit. 9.

2. Loi 19 ; Dig., liv. 46, tit. 4.

3. Loi 10, Code liv. 4, tit. 26.

qui n'a pas la libre administration de son pécule ne peut pas, à l'insu de son maître, transporter sur la tête d'autrui, une propriété qu'il n'a pas lui-même.

On a essayé de concilier ces textes en disant que l'esclave ne peut pas aliéner en paiement de ses obligations le fonds même du pécule, c'est-à-dire la plupart des corps certains, mais qu'il peut aliéner les sommes d'argent et les revenus. Il nous paraît plus simple de penser que la règle générale est fixée au Code dans la loi 10, liv. 4, tit. 26, et que la loi 19, *De fidejussoribus* au Digeste sous-entend la *libera peculii administratio*.

On avait en effet la coutume de ne pas limiter les pouvoirs de l'esclave aux actes d'administration pure. Presque toujours, lorsque la concession du pécule était expresse, le maître accordait au *servus* la *libera peculii administratio*. Ce droit de libre administration était considéré comme dérogeant d'une façon grave aux principes généraux. Aussi exigeait-on une manifestation expresse de la volonté du maître. Lorsque l'esclave était en fuite, ou que son existence était devenue incertaine, la libre administration du pécule ne lui restait pas. Il n'est pas nécessaire, nous dit Ulpien, que le maître confère spécialement un pécule à son esclave ; il suffit qu'il ne l'empêche pas d'en avoir un ; mais quant à la libre administration du pécule il faut une concession spéciale : « *Alia est causa peculii liberæ administrationis, nam hæc specialiter concedenda est.* » (1)

1. Loi 7, par; 1 Dig., liv. 45, titre 1.

C'est donc lorsque l'esclave a reçu la *libera peculii administratio*, qu'il a les pouvoirs les plus étendus. Et dans ce cas, alors même qu'il peut consentir des aliénations à titre onéreux, jamais il ne peut, sans une permission spéciale et expresse du maître, aliéner à titre gratuit. Toutes les libéralités lui sont interdites, qu'elles soient directes ou indirectes, faites entre vifs ou par testament. Et la nécessité d'une autorisation spéciale du maître est si rigoureuse que le pouvoir de l'esclave aurait reçu *de donner*, n'emporterait pas implicitement celui de faire des libéralités par testament. Ce principe absolu résulte d'un grand nombre de textes. (1) Il est posé d'une façon catégorique au Digeste dans la loi 7 *De donationibus* à propos du fils de famille : « *Filiusfamilias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat, non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio ut perdat.* » Il est bon cependant de remarquer qu'une tolérance exceptionnelle faisait quelquefois respecter par les maîtres les dispositions testamentaires prises par leurs esclaves : « *Permitto servis quasi testamenta facere, eaque ut legitima custodio.* » (2) Mais aucun texte juridique ne nous permet de supposer que cette bienveillance fût jamais entrée dans les mœurs de manière à modifier les principes juridiques. Il est bien certain, au contraire, qu'on regardait comme une grande faveur la faculté accordée

1. L. 28, par. 2; Dig., liv. 2, tit. 3 ; l. 4, par. 4; Dig. liv. 20, tit. 3 ; loi 7 ; D. liv. 39, tit. 5.

2. Plinii. Epistolæ VIII, 16.

aux esclaves du peuple romain de pouvoir *disposer par testament* de la moitié de leur pécule : « Servus publicus populi Romani partis dimidiæ testamenti faciendi habet jus » nous dit Ulpien.

L'esclave qui ne peut jamais aliéner les biens du pécule à titre gratuit peut au contraire pour les besoins de son administration s'obliger par des actes à titre onéreux. Par là même, il oblige également son maître toutes les fois que les obligations ont été contractées dans l'intérêt du pécule. Aussi quand il s'agit d'un acte à titre onéreux, devons-nous rechercher quelle est l'intention de l'esclave en l'accomplissant. Nous trouvons cette distinction à propos de la fidéjussion. Lorsque l'esclave s'est porté fidéjussur d'un tiers, il faut examiner pour les conséquences de l'acte s'il a agi ou non dans l'intérêt du pécule. S'il a seulement voulu rendre un service au tiers, le maître n'est pas obligé (1). Dans le cas où l'esclave aurait payé par suite de la fidéjussion, le maître aurait l'action en revendication, si le paiement avait été fait avec ses propres deniers, ou la *condictio indebiti* s'il avait été fait avec les deniers du maître (2). Si au contraire la fidéjussion rentre dans l'administration du pécule, par exemple si l'esclave est banquier, qu'il ouvre des crédits aux tiers, ces crédits, véritables cautionnements, sont valables comme faits en vue d'une plus-value pour le pécule. De même, quand l'esclave donne mandat à un tiers d'ac-

1. L. 3, par. 5, Dig. liv. 15, tit. 1.

2. L. 49. ; Dig., liv. 46, tit. 1.

quitter une dette, on recherche son intention, et l'action *mandati contraria* ne sera accordée contre le maître que si le mandat a été donné dans l'intérêt du pécule : par exemple si l'esclave avait donné mandat de payer un de ses créanciers (1). Il est, du reste, à remarquer que le sénatusconsulte Velleien s'appliquant aussi aux femmes esclaves, il est impossible à ces dernière d'user de l'*intercessio*, même dans l'intérêt de leur pécule (2).

La même distinction s'impose lorsque l'esclave fait une constitution de gage. Cette opération n'est pas valable si elle intervient pour la sûreté de la dette d'autrui, car il y aurait là un acte à titre gratuit, et nous savons que toutes les libéralités sont interdites aux personnes *alieni juris*. Consentie au contraire pour la sûreté d'une dette régulièrement contractée par l'esclave, la constitution de gage sera un acte à titre onéreux et rentrera dans les pouvoirs du concessionnaire : « Dicendum est, ut concedere possint, scilicet si pretium pro pactione accipiant, quasi vendant » (3).

Il est certain, en effet, que l'esclave peut vendre et échanger dans l'intérêt de son pécule : « Si servus mihi fundum vendidit et tradidit, habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero » (4). Il peut également nover une créance dépendant de son pécule s'il a la *libera peculii administratio*.

1. L. 3, par. 6 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

2. L. 4, princ ; Dig. liv. 16, tit. 1.

3. L. 8, par. 5 ; Dig., liv. 20, tit. 6.

4. L. 1, Dig., liv. 6, tit. 1.

Il faut cependant, dans le cas où la novation a lieu par changement de débiteur, que le nouveau débiteur soit aussi solvable que l'ancien, ou alors que l'esclave ignore son insolvabilité. Sans cela la novation serait une remise de dette faite à l'ancien débiteur, et comme elle constituerait un acte à titre gratuit, elle serait interdite au concessionnaire du pécule.

Il semble, puisque l'esclave peut recevoir un paiement sans avoir la *libera peculii administratio*, que cette concession spéciale ne devrait pas être exigée pour faire novation. Mais les textes sont formels sur ce point : « Dubitari non debet quia filius, servusve cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiararia debita jus habeat » (1). Et cela se comprend, car le droit de recevoir un paiement n'a pas toujours comme conséquence le droit de nover. Ainsi les tuteurs et les curateurs qui peuvent recevoir un paiement, n'ont le droit de faire une novation, que lorsque cette opération rend meilleure la condition du pupille (2). Lorsque la novation a lieu par *expromissio*, il faut encore rechercher si cet acte ne constitue pas une libéralité. L'esclave ne pourra donc pas se porter *expromissor* pour autrui, à moins toutefois qu'il n'agisse ainsi que pour se libérer vis-à-vis de son propre créancier. Il a donc le droit de se constituer débiteur d'une tierce personne sur l'ordre de son créancier, lorsque ce dernier veut par ce moyen payer une dette, ou faire une libéralité.

1. L. 34, princ.; Dig., liv. 46, tit. 2.

2. L. 20, par. 1; Dig., liv. 46, tit. 2.

C'est encore en examinant quelle a été l'intention, qu'on doit déclarer valable ou non le *pactum de non petendo* consenti par l'esclave. Si cette opération cache une aliénation à titre gratuit, elle sera nulle d'une façon absolue. Si elle constitue un acte à titre onéreux, elle sera valable toutes les fois que l'esclave aura la *libera peculii administratio*. Cette distinction, qui nous est indiquée par la loi 52, § 26, Dig., liv. 47, tit. 2, est clairement exprimée dans un autre texte du Digeste : « Cum verum est, « quod Juliano placet, etiamsi maxime quis administra- « tionem peculii habet concessam donandi jus eum non « habere, sequitur, ut si donandi causâ de non petendâ « pecuniâ pactus sit, non debeat ratum haberi pactum « conventum. Quod, si pro eo, ut ita pascisceretur, ali- « quid, in quo non minus vel etiam amplius esset, con- « secutus fuerit rata habenda est pactio » (1). »

A propos de l'*acceptilatio* qui présente une grande analogie avec le *pactum de non petendo*, un texte du Digeste semble en contradiction avec la théorie que nous venons d'exposer. Il n'est pas possible, nous dit Gaius, à une personne *alieni juris* de faire, même en vertu d'un ordre formel, une acceptilation qui libère les débiteurs du maître : « Servus nec jussu domini acceptum facere potest » (2). Cette règle dérive des principes de droit strict, d'après lesquels les parties qui ont contracté l'obligation peuvent seules figurer dans l'acceptilation. L'esclave ne

1. L. 28, par. 2 ; Dig., liv. 2, tit. 14.

2. L. 22 ; Dig., liv. 46, tit. 4.

peut donc pas faire acceptation comme représentant de son maître, lorsque ce dernier veut se servir de lui comme d'un instrument pour faire une remise de dette à ses propres débiteurs. Mais nous ne trouvons plus le même motif de prohibition lorsqu'il s'agit d'une créance du pécule acquise par l'esclave lui-même. Conformément aux principes généraux, il pourra consentir une acceptation toutes les fois que cet acte ne sera pas à titre gratuit, pourvu qu'il ait la *libera peculii administratio*.

Il est bien certain que l'esclave ne peut figurer dans une action en justice ni comme demandeur, ni comme défendeur (1). Aussi ne peut-il obliger son maître ni par des condamnations, ni par des compromis, parce qu'on assimile les décisions arbitrales aux sentences judiciaires. Mais doit-on dire par cela même que certains actes, qui nécessitent une *legis actio*, comme le partage, sont toujours interdits à l'esclave? La loi romaine, en effet, ne permet pas de supposer que l'esclave puisse jamais figurer dans une *adjudicatio*. Et pourtant si, comme cela arrivait souvent dans la pratique, l'esclave fait une acquisition en communauté avec un tiers, comment peut-il sortir de l'indivision? Nous devons d'abord remarquer que le plus souvent l'esclave pourra faire cesser l'indivision par un partage à l'amiable; il fera un pacte synallagmatique *do ut des*, suivi d'un commencement d'exécution, ce qui constitue un contrat innommé. Et s'il est obligé de recourir à la justice, le maître, qui est le véritable sujet

1. Gaius, C. II, par. 96; L. 17; l. 107; Dig., liv. 50, tit. 17.

de toutes les actions dépendant du pécule, intentera lui-même une action régulière en partage qui aboutira à une *adjudicatio*, et permettra à l'esclave de sortir de l'indivision.

Quant au serment, il semble que les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si l'esclave pouvait le déférer. Ulpien, après nous avoir dit que ce droit était reconnu aux fils de famille ajoute en effet : « Sed in servo diversum est. (1) Paul nous donne une solution contraire dans le passage suivant : « Quidam et « de peculio actionem dandam in dominum, si actori « detulerit servus jusjurandum, eadem de filiofamilias « dicenda sunt. » (2) On a essayé d'expliquer cette contradiction en disant que la question était diversement résolue par les Sabiniens et les Proculéiens. Nous croyons plus conforme aux principes de décider, avec Paul, que l'esclave oblige son maître par le serment toutes les fois qu'il a la libre administration du pécule, et pourvu que le serment soit déféré sur une matière relative au pécule. Le texte d'Ulpien suppose que le serment n'est pas relatif aux *res peculiares*, ou que l'esclave n'a le pouvoir de faire à propos du pécule que des actes de pure administration.

Nous avons pu nous rendre compte par cette rapide revue des principaux actes juridiques, que l'esclave avait sur le pécule des pouvoirs considérables, lorsque la *libera*

1. L. 5, p. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 4.

2. L. 22 ; Dig., liv. 12, tit. 2.

*peculii administratio* lui avait été concédée. Cette espèce de propriété de fait que la coutume avait conférée au concessionnaire devint chaque jour plus solide et plus étendue. On en arriva même peu à peu à considérer l'esclave comme ayant une personnalité juridique, réduite il est vrai à sa plus simple expression, en le reconnaissant comme capable d'être le sujet actif et passif d'obligations naturelles. Il est impossible de nier cette dérogation aux principes du pur droit civil. Elle nous est indiquée d'une façon évidente dans le passage suivant d'Ulpien : « Ex contractibus servi civiliter quidem non obligantur sed naturaliter obligantur et obligant. Denique, si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. » (1) Dans ce texte Ulpien n'a certainement pas voulu refuser à l'esclave qui contracte avec un tiers le droit de faire naître une créance civile au profit du *dominus*. Il est évident qu'il envisage ici la capacité de l'esclave, abstraction faite de celle qu'il emprunte à son maître. Aussi n'est-ce pas sur le sens général du texte qu'il y a lieu à discussion, mais bien sur sa portée et ses conséquences.

Dans un premier système développé par M. de Savigny (2), et soutenu après lui par M. Accarias (3) et M. Massol (4), on prétend que la loi 14 au Digeste ne vise

1. L. 14 ; Dig., liv. 44, tit. 7.

2. Savigny, Syst. de droit rom., tome II, page 405.

3. Accarias, Précis de droit rom. tome II, n° 506.

4. Massol, Traité des oblig. nat. page 153.

que deux cas spéciaux. Il est facile, en effet, de voir, d'après le sens général, du texte, que les mots *et obligant* sont en corrélation avec les mots *et obligantur*. Or il n'y a que deux hypothèses dans lesquelles pareille situation peut se présenter. D'abord dans le cas d'un esclave sans maître; s'il fait une stipulation il acquiert une créance naturelle puisqu'il n'a pas de maître qui puisse revendiquer le bénéfice du contrat (1). On arrive à la seconde hypothèse en remarquant que la même personne ne saurait dans la même opération jouer à la fois les deux rôles de créancier et de débiteur. Ainsi, lorsque l'esclave stipule de son propre maître ou d'une personne en puissance de son maître, c'est pour lui-même que sera le bénéfice de la stipulation. Et, en effet, décider autrement ne conduirait rien moins qu'à admettre qu'on peut acquérir une créance contre soi-même ou contre les personnes qu'on a *in potestate*, ce qui revient au même. C'est ce principe que le par. 6, *De inutilibus stipulationibus* applique en déclarant nulle la stipulation qui tendrait à un lien d'obligation entre personnes en puissance. Mais il importe de remarquer qu'elle ne serait nulle qu'autant qu'il s'agirait d'un lien d'obligation civile, car il ne saurait être contesté qu'il en résultât une obligation naturelle. Un texte du Digeste ne saurait laisser aucun doute à cet égard : « Si quod dominus servo debuit, manumisso « solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri actione,

1. L. 36 ; Dig., liv. 43, tit. 3 ; l. 73, par. 1 ; Dig., liv. 45, tit. 1.

« tamen repetere non poterat : quia naturale agnovit de-  
bitum (1). » Si le maître a payé à son esclave après son affranchissement des dettes qu'il avait contractées envers lui durant l'esclavage, bien qu'il ait fait ce paiement s'y croyant obligé par le droit civil, il ne pourra répéter. Et cela pourquoi? Parce qu'il a reconnu l'existence d'une obligation naturelle. Et, en effet, la liberté étant de droit naturel, c'est suivant les principes de ce droit qu'il faut apprécier dans l'espèce s'il y a dette ou non. Cette décision et les motifs sur lesquels elle est fondée sont des plus concluants.

Dans un second système on donne encore à la capacité de l'esclave une plus grande extension. M. Puchta (2) prétend que le texte d'Ulpien vise l'hypothèse où un esclave, ayant la libre administration de son pécule, a prêté une somme à un tiers. En pareil cas, dit-il, l'esclave peut être considéré comme ayant une créance naturelle. Par suite le débiteur se libérera en payant entre ses mains même après l'affranchissement, soit que le pécule ait été laissé à l'esclave, soit qu'à son insu il lui ait été retiré. A l'appui de son opinion, M. Puchta cite la loi 58, Dig., liv. 15, tit. 1, et la loi 3, Dig., liv. 40, tit. 3, qui statuent dans l'espèce suivante : Le maître en affranchissant l'esclave lui a laissé le pécule en quelque sorte par préterition : « Peculium quod ademptum non est, videtur concessum. » En cet état, on décide que l'affranchi peut

1. L. 64 ; Dig., liv. 12, tit. 6.

2. Puchta, Inst. 3, 34.

valablement recevoir le paiement, mais ne peut poursuivre les débiteurs avec lesquels il a traité antérieurement à l'affranchissement. Pour expliquer cette double décision il suffit de remarquer que le maître, en n'enlevant pas le pécule à l'esclave, lui a laissé une sorte de mandat tacite de recevoir le paiement. Il faudrait, au contraire, une volonté expressément manifestée pour que l'esclave pût se prévaloir d'un titre lui transmettant un droit sur les créances. Mais on ne saurait invoquer ces textes en notre espèce, car ils ne s'occupent pas de la question. Ils ne recherchent pas si l'esclave, qui a contracté avec un tiers, peut acquérir directement une obligation naturelle. La créance naturelle qu'ils reconnaissent a son origine et sa cause dans la volonté du maître et ne naît au profit de l'esclave qu'après coup; tandis que dans la loi 14 au Digeste, Ulpien parle évidemment d'une obligation naturelle qui découle directement de la promesse que l'esclave reçoit.

M. Machelard (1), après Cujas, soutient un troisième système. Il semble vouloir que l'esclave, qui traite avec un tiers, fasse naître deux obligations, une civile au profit du maître, une naturelle à son profit personnel. Pour M. Machelard, Ulpien en se servant des mots *naturaliter obligant* : « veut seulement indiquer que les rapports de créancier et de débiteur s'établissent *en fait* » entre l'esclave et le tiers contractant ; ce qui permet à

1. Machelard, Traité des oblig. nat. page 187.

« l'esclave de recevoir le paiement, et autorise à le qualifier en quelque sorte comme étant *naturellement* créancier. » Il appuie cette théorie de considérations de fait sur le pécule qui ont une grande valeur. Il est bien certain, en effet, que les esclaves dans la pratique se comportaient comme de véritables propriétaires des *res peculiares*. La *libera administratio*, qui les rendait capables de faire presque tous les actes à titre onéreux, leur donnait des attributions et des pouvoirs considérables. Aussi les usages et les coutumes concouraient à faire regarder et traiter l'esclave contractant à l'occasion de son pécule comme créancier ou débiteur. Dans la langue des jurisconsultes la commodité de pareilles expressions les fit même admettre, quoiqu'elles ne fussent pas juridiquement exactes (1). Nous pouvons donc supposer que, lorsque Ulpien nous dit dans la loi 14 *de Oblig.* que les esclaves obligent naturellement par leurs contrats, il fait simplement allusion aux rapports de fait que le contrat établit entre lui et les tiers. De ces rapports découle du reste la validité du paiement fait entre ses mains, soit avant, soit après l'affranchissement, mais à la condition dans ce dernier cas que le débiteur ignore que le pécule lui a été retiré. Il semble bien difficile d'accepter cette doctrine, qui fait dire à la loi 14 *de Oblig.* trop et trop peu ; trop, en élargissant son application sans nécessité, trop peu en enlevant à l'expression qu'elle emploie tout sens juridique.

1. Loi 41. De pec. Dig., liv. 45, tit. 1.

Quelle que soit du reste l'opinion qu'on adopte, il est certain que l'esclave était à propos de son pécule le sujet tant actif que passif d'obligations naturelles. L'habitude qui se généralisa rapidement parmi les maîtres de confier à des esclaves le soin de leurs propres affaires, et *a fortiori* de leur donner sans contrôle l'administration de leur pécule, augmenta de plus en plus les pouvoirs de l'esclave jusqu'au jour de la Nouvelle de l'empereur Léon VI. Les esclaves se virent alors reconnu le droit d'acquérir pour eux-mêmes et de disposer librement de leurs biens, soit par donation, soit par testament : « Hæc hoc itaque tempore et in omnem deinceps vitam servi rerum suarum  
« reverà domini sint, ut libertate de rebus suis quomodo-  
« cumque voluerint disponendi non priventur, sive sub  
« solis luce versentur, sive vitam relicturi sint, neque  
« servitutis nomine rerum, quarum domini exstiterunt,  
« dominio nudati. »(1). Désormais ils furent, selon le vœu de l'empereur, propriétaires de leur pécule.

Sans aller jusqu'à ce dernier progrès du droit, nous avons reconnu que, même pendant la période classique, les esclaves avaient sur leur pécule des pouvoirs très étendus. Le maître qui *en droit* demeurait le propriétaire absolu des *res peculiares* n'usait presque jamais de la faculté de reprendre ce patrimoine, ou d'en retirer l'administration au concessionnaire. Grâce à la *libera peculii administratio* le *servus* était devenu le véritable agent

1. Nouvelle 38 de l'emp. Léon VI.

d'affaires du *dominus* et était capable d'entreprendre les opérations les plus étendues. Aussi devons-nous examiner maintenant quelle était la sanction des différents actes juridiques que l'esclave pouvait accomplir relativement à son pécule.

## CHAPITRE IV

### ACTION « DE PECULIO. »

#### I. — *Origine et caractères de l'action « de peculio. »*

L'esclave, bien que chargé d'un pécule, ne fut jamais considéré comme ayant, en droit, une véritable personnalité. Simple instrument d'acquisition entre les mains de son maître, il ne pouvait aucunement obliger ce dernier ni par des contrats, ni par des quasi-contrats. Aussi l'institution du pécule serait-elle certainement restée sans résultats pratiques, si la législation prétorienne n'était venue apporter un remède aux rigueurs du droit civil. Le préteur, pour sauvegarder tout ensemble les intérêts des créanciers du concessionnaire et ceux du concédant, décida que le *dominus* qui constituerait un pécule à son esclave, deviendrait par là même responsable, dans une certaine mesure, des obligations que le *servus* pourrait contracter vis-à-vis des tiers.

Si le concessionnaire emploie tout ou partie de son pécule à faire le commerce au su de son maître, on pourra donner contre ce dernier une action portant sur la partie du pécule affectée au commerce : c'est l'action *tributoire* accordée à tout créancier qui se plaint de la ré-

partition faite par le *dominus* des valeurs du pécule, lorsque le commerce n'a pas réussi et que l'esclave a fait de mauvaises affaires. Il est à remarquer que le maître ne pouvait dégager sa responsabilité en laissant faire la liquidation par les créanciers.

Si, au contraire, l'esclave, chargé d'un pécule, a traité avec un tiers sans la volonté du maître, il peut se faire que celui-ci retire un profit du contrat. On donnera alors contre le maître une action en raison et jusqu'à concurrence du bénéfice réalisé : c'est l'action *de in rem verso*.

Enfin, il se peut que le contrat ait lieu à l'insu du maître et ne lui ait procuré aucun profit. On décide alors que l'esclave, par cela même qu'il a reçu un pécule, a obtenu le pouvoir d'obliger le maître jusqu'à concurrence de la valeur des *res peculiares*. Le créancier aura donc contre le maître une action basée sur le pécule et limitée à sa valeur : c'est l'action *de peculio*.

Ces actions étaient dites *adjectitiæ qualitatis*, en ce sens qu'elles n'avaient pas d'individualité propre, d'existence indépendante. La formule donnée par le magistrat était purement et simplement celle de l'action née du contrat ou du quasi-contrat, qu'il s'agissait de faire valoir contre le maître, formule modifiée toutefois de manière à indiquer que le défendeur était poursuivi en qualité de *dominus peculii*, et devait être condamné jusqu'à concurrence seulement de la valeur du pécule. L'*intentio* contenait sans doute le nom du concessionnaire, tandis que la

*condemnatio* indiquait celui du *dominus*. C'était dans la *condemnatio* que figuraient les *adjectiones de dolo, de in rem verso et de peculio*, qui firent donner à ces actions par les commentateurs le nom d'actions *adjectitiæ qualitatis*.

En effet, le contrat ou quasi-contrat du concessionnaire donnait naissance à deux actions, ainsi que nous le dit Ulpien : l'une naturelle, et *in solidum*, contre l'esclave ; l'autre, *de peculio*, contre le maître. Le *dominus*, étant obligé personnellement, ne pouvait, sous aucun prétexte, se refuser à défendre à l'action *de peculio* : « Sit dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus sed cogendus est, quasi aliam quam vis personalem actionem suscipere » (1). Il était impossible au maître, par une clause d'irresponsabilité quelconque, lors de la concession, de se mettre à l'abri des poursuites des créanciers futurs de l'esclave. La défense même faite aux tiers de contracter avec le *servus* chargé d'un pécule, encore qu'elle eût été affichée à la porte des magasins du concessionnaire, fut restée sans résultats (2). En effet, le caractère personnel de l'action *de peculio* est nettement établi, et l'on ne doit pas s'attacher à la qualification *de scripta in rem* que lui ont parfois donnée les commentateurs. Cette expression indique seulement que l'action suivait en quelque sorte les *res peculiares*, parce qu'elle était donnée contre les propriétaires

1. L. 21, par. 4 ; Dig., liv. 45, tit. 4.

2. L. 21, par 4 ; loi 47 ; Dig., liv. 45, tit. 4.

du pécule dans la mesure de leur droit de propriété. Il est bon de remarquer que, dans le cas d'un contrat synallagmatique fait par le concessionnaire, c'est seulement lorsque le *dominus peculii* est défendeur, qu'il n'est tenu que *de peculio*. Si c'est lui qui poursuit l'exécution du contrat, il est tenu *in solidum* des charges qui en sont la conséquence (1).

## II. — Cas dans lesquels est donnée l'action de *peculio*.

En général toute obligation résultant des contrats et des quasi-contrats de l'esclave, donne naissance à l'action *de peculio* contre le maître : « Quod cum eo qui in alterius potestate est negotium gestum erit » (2). Nous entendons par là toute obligation résultant d'un contrat qui n'excède pas les pouvoirs conférés à l'esclave, tels que nous les avons étudiés dans le chapitre précédent.

Nous devons ajouter que le *dominus peculii* n'est pas obligé du chef de l'esclave par suite d'un contrat fait par ce dernier dans le but frauduleux de se soustraire à la puissance dominicale. C'est l'hypothèse prévue par Papienien, dans la loi 54, pr. Dig. liv. 17, tit. I. « L'esclave concessionnaire a donné mandat à un tiers de l'acheter pour l'affranchir ensuite, et le mandataire a exécuté son mandat. Sera-t-il en droit d'exercer l'action *mandati contraria* contre son vendeur, le *dominus peculii*, pour se

1. L. 41, par. 1 ; Dig., liv. 12 tit. 1 ; l. 9. pr. ; Dig, liv. 16, tit. 2.

2. L. 1, par. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

faire rembourser la somme qu'il a versée entre ses mains pour prix de l'esclave? Non, répond Papinien, car le prêteur, en instituant l'action *de peculio*, n'a pas songé aux contrats fait par l'esclave pour se soustraire frauduleusement à la puissance du maître. » Cette décision est très juste, en supposant que le paiement ait été fait avec les deniers personnels du mandataire. S'il avait été fait avec les deniers du pécule, il serait tenu pour non avenue, et ne pourrait donner naissance à une réclamation, puisqu'il serait fait en valeurs qui étaient déjà la propriété du vendeur, et n'occasionnerait, par suite, aucun débours au mandataire. Il y a ici *ratio mala* de la part de l'esclave, et cela suffit pour que l'action *de peculio* soit refusée. Mais ce but frauduleux est essentiel, ainsi que nous le voyons clairement dans un autre texte. « Ser-  
« vus alienus, cum bona fide serviret mihi, nummos a  
« Titio mutuos mihi dedit, ut manumitterem, et manu-  
« misi : creditor quærebat quem de peculio conveniret ?  
« Dixi, quanquam creditor alias electionem haberet,  
« tamen in proposito dominum esse conveniendum » (1).

Un esclave que je possède de bonne foi, emprunte à Titius une somme avec laquelle il m'achète sa liberté. Papinien accorde au prêteur de deniers, l'action *de peculio* contre le véritable propriétaire et non contre le maître apparent. Le but frauduleux n'existe, en effet, dans ce cas qu'à l'égard du maître apparent, il

1. L. 50, par. 3 ; Dig., liv. 15, tit. 4.

ne peut être question de *ratio mala* à l'égard du *verus dominus* que l'esclave ne connaît pas, et c'est ce qui justifie la décision. Il faut observer de plus que les intérêts du véritable propriétaire ne sont pas lésés. Ce dernier pourra toujours, en effet, par l'action *ad exhibendum*, rentrer en possession du prix de l'affranchissement. Cette somme, en effet, ne peut être considérée, à l'égard du maître apparent, comme provenant *ex re possessoris*, et par suite appartient, en réalité, au *verus dominus*.

Il nous faut aussi faire remarquer que l'esclave, n'étant pas une personne, ne pouvait ni contracter un mariage valable aux yeux de la loi, ni gérer une tutelle, et par conséquent, ne pouvait obliger de ce chef le *dominus peculii*. Cependant si l'esclave, en possession d'état d'homme libre, avait en fait géré une tutelle ou contracté mariage, on donnait alors *de peculio* contre le maître l'action *tutelæ directa* ou l'action en restitution de dot, à titre d'actions utiles. (1)

Il n'était pas naturel de supposer que le maître qui concédait un pécule à son esclave eût l'intention d'assumer *de peculio* la responsabilité des actes illicites que celui-ci pouvait commettre. « In pœnalibus causis non solet « in patrem de peculio actio dari. » (2) La peine en effet doit être personnelle aux délinquants. Toutefois si le maître avait tiré profit du délit, Labéon nous apprend

1. L. 1, par. 2 ; Dig., liv. 27, tit. 5 ; l. 22, par. 13 ; Dig., liv. 24, par. 3 ; loi 52 ; Dig., liv. 15, titre 1.

2. L. 58 ; Dig., liv. 50, titre 17.

qu'il pouvait être actionné jusqu'à concurrence du bénéfice. « Iniquissimum est ex furto servi dominum locuple-  
« tari impune. » (1) Si l'acte illicite, par lequel le concessionnaire causait du dommage à autrui, n'était pas qualifié de délit par la loi, l'action *de peculio* était alors donnée contre le maître jusqu'à concurrence du montant du préjudice causé. Nous en trouvons un exemple dans l'action édilitienne donnée *de peculio* contre le *dominus* lorsque l'esclave concessionnaire a vendu une chose qui a des défauts dont il est responsable : « Si servus sit qui vendi-  
« dit, vel filiusfamilias, in dominum vel in patrem, de  
« peculio ædilitia actio competit : quamvis enim pœnales  
« videantur actiones, tamen quoniam ex contractu ve-  
« niunt, dicendum est, eorum quoque nomine, qui in  
« aliena potestate sunt, competere. » (2)

III. — *A qui et contre qui était donnée l'action « de peculio. »*

Tout créancier du concessionnaire d'un pécule, à raison des contrats et des quasi-contrats faits par celui-ci dans la limite de ses pouvoirs, peut exercer l'action *de peculio*, et tout *dominus peculii*, c'est-à-dire toute personne propriétaire du pécule à un titre quelconque, est, en cette qualité, passible de cette action.

Cette règle générale semble offrir quelques difficultés dans certains cas prévus par des textes. Ainsi dans l'hypothèse où un maître a vendu un esclave en retenant son

1. L. 3, p. 12. Dig., liv. 15, tit. 1.

2. L. 23, par. 4 ; Dig., liv. 21, tit. 1.

pécule, et qu'il est devenu par la suite le créancier de l'esclave vendu, ne devra-t-on pas lui refuser l'action *de peculio* contre le nouveau maître de l'esclave? Certainement non, car le fait pour l'ancien maître d'avoir retenu le pécule ne suffit pas pour que ce pécule, resté entre les mains du vendeur, réponde encore des contrats passés par l'esclave postérieurement à la vente. On ne peut pas plus empêcher le vendeur d'agir contre le nouveau maître *de peculio*, qu'on ne pourra accorder aux créanciers de l'esclave postérieurs à la vente le droit d'intenter contre lui l'action *de peculio*. (1)

Julien donne une décision toute contraire dans le cas où le maître était créancier de son esclave avant la vente (2). Et c'est avec raison, car s'il a gardé le pécule, il est censé l'avoir retenu en paiement, et s'il a vendu l'esclave *cum peculio*, il est en faute de n'avoir pas déduit ce qui lui était dû. De toutes façons on doit donc lui refuser l'action *de peculio* contre le nouveau maître de l'esclave.

La même question se pose encore à propos d'un legs. Lorsqu'un maître, créancier de son esclave, le lègue à un de ses héritiers, doit-on permettre aux autres héritiers, agissant au nom de leur auteur, d'intenter l'action *de peculio* contre le légataire *dominus peculii*? Les lois 54 et 58 *de peculio* assimilent le légataire à l'acquéreur de l'esclave et par suite, ne le rendent pas responsable des dettes contractées par le *servus* envers le maître actuellement

1. L. 28, p. 3 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

2. L. 27, p. 4 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

représenté par les autres héritiers. Mais il n'en est plus de même lorsqu'un des héritiers veut agir en vertu d'un titre qui lui est propre. C'est l'hypothèse prévue par la loi 29 princ. *de peculio* : Un testateur donne par testament la liberté à un esclave, et les héritiers qu'il institue sont les créanciers de cet esclave. Le pécule qui appartenait à leur débiteur, alors qu'il était en esclavage, reste entre leurs mains. Ils auront alors entre eux l'action *de peculio* pour se faire raison mutuellement de ce qui leur est dû : « Quia de eo quisque peculio, cum apud eum esset, quo-  
« libet alio agente teneatur. » Cujas nous fait remarquer à ce propos que l'action *de peculio* n'est donnée que dans le cas où un partage étant intervenu, ou bien le pécule ayant été légué *per præceptionem* à l'un des héritiers les *res peculiares* sont entre les mains d'un seul des héritiers. Si au contraire il y a encore indivision, l'action *communi dividundo* suffira pour amener une juste répartition des deniers entre les créanciers.

On voit donc que pour intenter l'action *de peculio* il faut à la fois rechercher en quelles mains sont les *res peculiares* au moment où l'on agit, et quel était le *dominus peculii* à l'époque où la créance a pris naissance. Aussi l'exercice de l'action *de peculio* présente quelques difficultés, lorsque l'esclave concessionnaire du pécule appartient en pleine propriété à plusieurs maîtres, ou lorsqu'il a changé de propriétaire depuis le contrat qui est la cause de l'action.

Dans le cas de propriété commune d'un esclave con-

cessionnaire d'un pécule, chacun des copropriétaires peut être actionné *in solidum peculium*, si la créance du demandeur est égale ou supérieure à la valeur du pécule : « Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri. » (1) Ulpien explique ce droit reconnu aux créanciers de réclamer à l'un quelconque des propriétaires la valeur totale du pécule, qui cependant ne lui appartient qu'en partie, en disant qu'il serait injuste de contraindre celui qui a contracté avec un seul de morceler son action entre plusieurs. On peut ajouter que cette faveur pour le créancier ne cause pas de préjudice au maître. En effet, après avoir désintéressé le créancier jusqu'à concurrence de la valeur totale du pécule, le copropriétaire actionné peut ensuite, au moyen de l'action *pro socio* ou *communi dividundo* se faire rembourser par les autres maîtres ce qu'il a payé au-delà de sa part de pécule. « Nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo, quod amplius suâ portione solverit a socio sociisve suis consequi. » (2)

Dans cette matière toute d'équité, on ne peut cependant pas favoriser les créanciers jusqu'à léser les copropriétaires. Aussi décide-t-on que les créanciers ne peuvent faire condamner un copropriétaire au-delà de sa part dans le pécule, que jusqu'à concurrence de la valeur que

1. L. 27, par 8; Dig., liv. 45, tit. 1.

2. Loi cit.

celui-ci peut obtenir au moyen de son action récursoire contre les autres maîtres (1). Il est bon de remarquer qu'il y a une hypothèse où le copropriétaire condamné *in solidum* n'a pas recours contre les autres : c'est lorsque le pécule lui appartient en totalité. En effet, retirant seul tous les bénéfices de la concession, il doit seul également en supporter les charges.

Ulpien nous indique que les copropriétaires ne peuvent pas exercer l'action *de peculio* entre eux : « Inter se agere socii de peculio non possunt (2). » Ce n'est pas seulement parce que l'action *communi dividundo* ou *pro socio* leur suffit, mais bien plutôt parce que le pécule étant leur propriété commune, celui qui agirait *de peculio* contre l'un des autres se poursuivrait en quelque sorte lui-même.

Il n'en est pas de même dans les rapport du nu-propiétaire avec l'usufruitier ou l'usager d'un esclave et en général avec tous les possesseurs de bonne foi. Ils peuvent agir *de peculio* les uns contre les autres, car le pécule qui appartient à chacun d'eux est absolument distinct de celui des autres. Et cependant les textes décident que le nu-propiétaire, l'usufruitier, l'usager peuvent être condamnés dans la mesure de la valeur du pécule qu'ils ont concédé, à raison d'un contrat qui ne concerne pas ce pécule (3). C'est encore une faveur pour les créanciers :

1. L. 29; Dig., liv. 15, tit. 1.

2. L. 20; Dig. liv. 15, tit. 1.

3. L. 2; l. 19 p. 1; Dig., liv. 15, tit. 1.

lorsqu'ils contractent, ils peuvent difficilement distinguer la valeur des différents pécules de l'esclave, et c'est sur l'ensemble de ces biens, considérés comme un patrimoine unique, qu'ils comptent comme garantie de leurs créances. Mais pour sauvegarder autant que possible les intérêts de tous les propriétaires de l'esclave, le créancier doit poursuivre en première ligne celui qui a concédé le pécule relativement auquel le contrat a été fait. C'est seulement dans le cas où la condamnation prononcée à son profit ne suffit pas à le désintéresser, qu'il peut agir pour le surplus de sa créance contre les autres maîtres.

Ce principe, que l'action *de peculio* bien que personnelle est *scripta in rem* se retrouve dans le cas où elle est intentée contre les héritiers du *dominus peculii*. Cette action n'est pas, en effet, donnée contre eux dans les mêmes conditions que les autres actions héréditaires. Tant que les *bona hereditaria* n'ont pas été partagés, les héritiers, en qualité de copropriétaires, peuvent, comme nous l'avons vu plus haut, être poursuivis *in solidum peculium*. Mais lorsque le partage a été effectué, chacun d'eux n'est tenu *de peculio* que dans la mesure de la fraction du pécule qu'il détient, sans tenir compte de sa portion héréditaire. C'est une application du principe que l'action *de peculio* suit les *res peculiares* : « Si cum  
« ex parte herede domini vel patris agatur, duntaxat  
« de eo peculio condemnandum, quod apud eum here-  
« dem sit qui convenitur. » (1)

1. L. 38, p. 1; Dig., liv. 45, tit. 1.

Lorsque le pécule avait fait l'objet d'un legs, une grave controverse s'élevait entre les Proculiens et les Sabinien dans le cas où l'action *de peculio* était intentée, lorsque la tradition des *res peculiares* avait été effectuée par les héritiers au légataire, et dans le cas où le légataire était le concessionnaire lui-même. L'action *de peculio*, disent Javolenus et Cassius, suit le pécule ; elle doit donc être donnée contre le légataire, seul propriétaire de *res peculiares*, et non contre les héritiers qui sont mis hors de cause par la tradition qu'ils ont faite. (1) Et, poussant la logique jusqu'à l'extrême, ils décident que l'action *de peculio* doit être intentée contre le légataire, même dans le cas où la tradition des *res peculiares* n'a eu lieu que contre le paiement d'une somme fixée par le *de cujus* dans son testament : « At cum heres jussus est peculium dare, accepta certa pecunia, non videtur penes heredem esse peculium. » (2) Ce n'est là que l'accomplissement d'une condition, et par suite la somme versée ne peut être considérée comme ayant été subrogée au pécule dans le patrimoine des héritiers.

D'après les Proculiens, les héritiers, en livrant les *res peculiares* au légataire, ne font que se libérer de la *condictio ex testamento* par laquelle on peut les contraindre à la délivrance du legs. En appliquant à cette hypothèse la maxime : « Qui paie ses dettes s'enrichit, » on prétend que la valeur du pécule n'est pas sortie du patri-

1. L. 1, par. 7 Dig., liv. 15, tit. 2.

2. L. 35 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

moine des héritiers. C'est donc contre eux, et jamais contre le légataire, que l'action *de peculio* doit être intentée.

Cette théorie, toute subtile qu'elle paraisse, semble cependant avoir été acceptée par la majorité des jurisconsultes. (1) En pratique, elle aboutit, comme celle des Sabinieniens, à mettre le passif du pécule à la charge du légataire. En effet, les Proculieniens reconnaissent aux héritiers le droit d'exiger du légataire, avant de lui faire tradition du legs, une caution les garantissant contre toute poursuite qui pourrait être exercée contre eux à l'occasion du pécule. De plus, ce système ne peut se soutenir dans le cas où le légataire est le concessionnaire lui-même. Les héritiers n'ont pas alors de tradition à faire; on ne peut donc plus invoquer contre eux une prétendue libération tenant lieu de la valeur du pécule, et c'est bien le légataire qui doit supporter le passif du pécule dont il a recueilli l'actif. (2)

Il est incontestable, en effet, que c'est le propriétaire des *res peculiares* qui est passible de l'action *de peculio*. Aussi, lorsque l'esclave concessionnaire d'un pécule est vendu, on donne l'action *de peculio* tantôt contre le vendeur, tantôt contre l'acheteur, ou tantôt contre tous les deux, si le pécule, par suite de la vente, est resté divisé entre leurs mains. Mais ce principe soulève quelques difficultés dans les cas où l'on peut soutenir que le pécule

1. L. 1, par. 7 ; Dig., liv. 43, tit. 2 ; l. 18 ; Dig. liv. 33, tit. 8.

2. L. 1, par. 10 ; Dig. liv. 33, tit. 4.

de l'esclave a été remplacé dans le patrimoine du maître par un équivalent.

Si le maître d'un esclave, nous dit Ulpien, l'a vendu avec son pécule et fait la tradition des *res peculiares*, il ne peut plus être poursuivi, pas même dans l'année qui suit la vente, car le prix de l'esclave ne tient pas lieu de pécule. Si, au contraire, l'acheteur a donné, outre la valeur de l'esclave, un équivalent pour le montant du pécule, le vendeur est tenu de l'action *de peculio* : le pécule n'est pas sorti de son patrimoine ; il y est resté sous une autre forme. L'acheteur, au contraire, ne peut être attaqué, car les *res peculiares* n'étant que l'équivalent du prix qu'il a payé, rien n'a été changé dans son patrimoine, et on ne peut le considérer comme le *dominus peculii* (1).

Si le vendeur ne livre qu'une fraction du pécule en ne recevant que le prix de l'esclave, ou encore s'il livre à l'acheteur la totalité du pécule dont il ne se fait payer qu'une partie, il ne sera tenu de l'action *de peculio* que dans la mesure des *res peculiares* dont il est demeuré propriétaire. L'acheteur sera aussi actionné pour la portion qu'il aura reçue (2). Mais il semble que les jurisconsultes aient été plus loin, et qu'ils aient autorisé les créanciers à poursuivre dans certains cas l'acheteur pour la totalité du pécule, bien qu'une portion fût restée entre les mains du vendeur. C'est la décision que nous donne

1. L. 32, par. 1 ; l. 33 ; l. 34 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. L. 11, p. 7 et 9 ; l. 27 par. 2 ; l. 47, p. 4 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

Julien dans l'espèce suivante. Primus vend à Titius, avant d'avoir été poursuivi *de peculio*, sa part de copropriété d'un esclave qu'il possède en commun avec Sempronius, et garde par devers lui une fraction de la quote-part du pécule qui lui appartient. Le créancier qui agira *de peculio* contre Titius ou Sempronius pourra-t-il les actionner *in solidum peculium*, sans tenir compte de la portion restée entre les mains de Primus? (1)

Pour répondre, nous dit Julien, il faut rechercher si le copropriétaire actionné peut avoir un recours contre Primus. On doit donc refuser l'action *in solidum* au créancier qui attaque Sempronius. On la refusera encore à celui qui actionnera Titius après l'année qui suit la vente. On l'accordera au contraire au créancier qui intente l'action *de peculio* contre Titius *intra annum venditionis*, car ce dernier pourra se retourner contre son vendeur et se faire indemniser jusqu'à concurrence de la portion du pécule qu'il n'a pas reçue.

Cette décision paraît toute en faveur des créanciers. Aussi Paul déclare que le créancier n'a pas le droit d'attaquer à son gré *in solidum* le vendeur ou l'acheteur, ou de limiter son action à la valeur des *res peculiares* qui se trouve entre ses mains. Il doit intenter l'action *in solidum* contre l'un des deux, et ce n'est que dans le cas où cette poursuite n'aboutit qu'à une condamnation partielle, qu'il peut se retourner contre l'autre pour le surplus (2).

1. L. 37, par. 2 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

2. L. 47, par. 3 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

Mais cette atténuation des droits des créanciers est formellement repoussée par Gaius qui leur reconnaît le droit de poursuivre le vendeur et l'acheteur, chacun à concurrence de la fraction du pécule qu'il détient (1).

Il est à remarquer que l'action *de peculio* peut être intentée aussi dans le cas où l'esclave se trouve sans maître : Le prêteur après avoir fait observer qu'il donne l'action « *Si cum eo qui in potestate sit,* » l'accorde également « et « *si in nullius sit potestate.* » C'est l'hypothèse où l'on a traité avec un esclave héréditaire pendant la vacance de l'hérédité, avant que l'héritier n'ait fait adition. Nous voyons même dans le § 1 de la loi 3 *De peculio*, que l'esclave devenu héritier, et par suite libre, peut être tenu *de peculio et in rem verso*, pour les dettes qu'il a contractées pendant que l'hérédité était jacente, lorsque les institués qui le précèdent dans le testament ont répudié l'hérédité.

#### IV. — *Montant de la condamnation.*

Le juge devant lequel est portée l'action *de peculio* doit pour déterminer le montant de la condamnation tenir compte de deux éléments d'appréciation. Il doit rechercher si le maître a retiré un bénéfice de l'obligation contractée par son esclave : la condamnation se base alors sur ce profit. Si au contraire le profit est nul ou inférieur au montant de l'obligation, il doit estimer la valeur du pécule afin de fournir ou de compléter la somme due.

1. L. 27, par. 3 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

C'est ce que nous indiquent les Institutes en nous disant que l'action *de peculio*, quoique unique, a deux condamnations, qui portent sur l'*in rem versum* ou sur le contenu du pécule : « Licet enim una est actio quâ de peculio de-  
« que eo quod in rem domini versum sit, agitur, tamen  
« habet duas condemnationes. Itaque judex apud quem  
« de eâ actione agitur, ante dispicere solet, an in rem  
« domini versum sit; nec aliter ad peculii æstimationem  
« transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse  
« intelligatur, aut non totum. » (1)

L'action *de peculio* comporte toujours l'évaluation de l'*in rem versum*. Mais l'action *de in rem verso* ne se confond pas toujours avec l'action *de peculio*. Elle a, comme nous le verrons plus tard, une existence distincte et indépendante, et peut même se donner en dehors de toute idée de pécule.

Le juge, pour l'appréciation de l'*in rem versum*, ne doit pas faire de distinction, comme le disent les Institutes, entre les dépenses nécessaires et les dépenses simplement utiles (2). Il doit décider qu'il y a *in rem versum* toutes les fois que le concessionnaire supposé *sui juris* aurait contre le concédant l'action de mandat ou de gestion d'affaires. C'est le criterium qui nous est indiqué par Ulpien : « Et regulariter dicimus, totiens de in rem  
« verso esse actionem, quibus casibus procurator man-  
« dati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum habe-

1. Inst. liv. 4, tit. 7, par. 4.

2. Inst. loc. cit.

« ret actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, « ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non dete- « riorem. » (1) Il faut donc, pour qu'il y ait *in rem ver- sum*, que l'esclave ait fait l'affaire du *dominus*, c'est-à- dire qu'il ait contracté dans l'intention de l'enrichir. Il n'y a que le profit réalisé en dehors du pécule, et s'ap- pliquant au patrimoine propre du maître que les Romains appellent *in rem versum*. Le juge doit partir de cette fic- tion en vertu de laquelle le pécule concédé forme un pa- trimoine distinct de celui du *dominus peculii*; par suite tous les actes du concessionnaire qui ne tendent qu'à enrichir ce quasi patrimoine ne présentent pas les carac- tères constitutifs de la gestion d'affaires, et il n'y a pas *in rem versum*. Ainsi lorsqu'un esclave, ayant emprunté une somme, la prête ensuite à un tiers, sa créance est acquise immédiatement au maître. Devons-nous dire qu'elle consti- tue pour lui un *in rem versum*? Pomponius nous fait remarquer avec raison que tout dépend de l'intention de l'esclave lors du contrat. Selon qu'il a voulu faire l'affaire du maître ou seulement enrichir son pécule il y a *in rem versum*, ou non (2).

Mais il faut de plus pour qu'il y ait *in rem versum* que l'affaire faite par l'esclave dans l'intérêt du *dominus pe- culii* ait été pour lui la source d'un enrichissement. Ainsi un esclave emprunte de *Titius* dix sous d'or *animo rem do- mini gerendi*; puis il en détourne une partie de leur des-

1. L. 3 par. 2 ; Dig. liv. 15, tit. 3.

2. L. 3, par. 5 ; Dig., liv. 15, tit 3.

tion : il en emploie cinq à payer le créancier de son maître et dissipe les cinq autres. Le maître sera condamné jusqu'à concurrence des cinq, même si la valeur du pécule est nulle, parce qu'il y a *in rem versum* ; il ne sera condamné que jusqu'à concurrence du montant du pécule pour les cinq autres (1).

Nous trouverons donc une solution contraire dans le cas où l'esclave, après avoir emprunté une somme dans l'intérêt de son pécule, l'a employée pour les affaires du *dominus peculii*. Il y a là un *in rem versum*, bien que le bénéfice réalisé par le maître ne soit pas une conséquence directe et immédiate du contrat fait par le concessionnaire (2).

Le montant de l'*in rem versum* n'est pas toujours égal à la dépense faite par l'esclave dans l'intérêt du *dominus*. Il n'en est ainsi que dans le cas d'une dépense nécessaire. S'il s'agit d'une dépense simplement utile, le montant de l'*in rem versum* ne dépassera jamais le profit que le maître en aura retiré. Aussi n'y a-t-il pas *in rem versum* quand les dépenses faites par l'esclave pour le *dominus* sont des dépenses de luxe ou voluptuaires.

Observons enfin qu'une dernière condition est nécessaire à l'existence de l'*in rem versum*. Il faut que l'esclave ait l'intention d'obliger le maître du pécule, et qu'il n'agisse pas *animo donandi*. Mais le concessionnaire ne doit pas chan-

1. Inst. liv. 4, tit. 7, par. 4.

2. L. 3, p. 9 ; Dig., liv. 13, tit. 3.

3. L. 5, princ ; Dig., liv. 13, tit. 3.

ger sans cesse d'intention aux dépens des créanciers. Aussi décide-t-on que, si l'esclave qui a emprunté une somme pour l'employer *animo peculii dominum obligandi*, s'en sert pour faire une libéralité à un créancier du *dominus*, il y a lieu à *in rem versum* (1).

Lorsque l'*in rem versum* est prouvé, le juge condamne le *dominus peculii* à en payer la valeur au demandeur à concurrence de sa créance. Mais ici, comme il ne s'agit pas de *res peculiares* proprement dites, le défendeur ne peut être contraint à payer le montant d'un *in rem versum* réalisé au profit de son copropriétaire.

Si l'*in rem versum* est nul ou inférieur à la créance du demandeur à l'action de *peculio*, le juge doit alors procéder à l'estimation du pécule. Mais pourquoi cette appréciation distincte? Lorsque le maître a retiré un bénéfice d'une opération de l'esclave, le pécule de ce dernier ne s'augmente-t-il pas d'une créance contre le maître? Il semble donc qu'il doit suffire d'estimer le pécule en tenant compte des créances qu'il comprend. Mais l'équité a conduit la législation romaine à décider que l'*in rem versum* devait être l'objet d'une appréciation préalable et distincte. En effet c'est le seul moyen de donner l'*in rem versum* pour gage uniquement au créancier qui l'a procuré. De plus si l'*in rem versum* était venu augmenter le pécule, non seulement il aurait servi de gage à tous les créanciers, mais encore le créancier, auteur de l'accrois-

1. L. 7, par. 1 Dig. liv. 45, tit. 3.

sement n'aurait pas pu souvent en profiter par suite du droit de prélèvement du maître.

En effet, c'est seulement sur l'actif du pécule que doit porter la condamnation : or nous avons vu que le maître a le droit de déduire toutes ses créances contre l'esclave (1).

Le demandeur dans l'action *de peculio* a comme gage tout le pécule de l'esclave, sans tenir compte des dettes du *servus* envers d'autres que son maître. Mais il doit subir la déduction de toutes les dettes du concessionnaire envers le *dominus peculii*. Et le maître conserve ce droit de déduction tant que la dette n'a pas été acquittée. Ainsi lorsque le maître, qui, poursuivi une première fois *de peculio*, a fait déduire sa créance et n'a pas été remboursé, est actionné une seconde fois, il a encore le droit de déduire la dette non payée (2).

Pour évaluer l'actif du pécule il faut se placer au jour du jugement. Tous les changements que le pécule peut éprouver entre le jour de la *litis contestatio* et celui du jugement sont à la charge ou au profit du demandeur. Telle est du moins l'opinion d'Ulpien, qui a prévalu, et il en conclut que l'action *de peculio* est valablement intentée pourvu que la créance existe au jour de la *litis contestatio*, quand bien même la consistance du pécule serait nulle à cette époque. « Quæsitum est an teneat actio de  
« peculio ; etiam si nihil sit in peculio, cum ageretur, si

1. V. p. 38 et suiv.

2. L. 11, page 3 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

« modo sit rei judicatæ tempore. Proculus et Pegasus  
« nihilominus teneri aiunt ; intenditur enim recte,  
« etiamsi nihil sit in peculio (1). »

Mais ce principe n'était pas admis d'une façon absolue et Papinien repousse formellement une de ses conséquences. Ulpien décide que si le *dominus peculii* se cache dans le but de se soustraire aux poursuites de ses créanciers, ceux-ci ont le droit, lors même que le pécule ne comprendrait rien au jour de la demande, de se faire envoyer en possession des biens du *dominus* et de les faire vendre. Le pécule pourra peut-être comprendre des biens au jour du jugement, et c'est à ce moment, dit-il, qu'il faut se placer pour en faire l'estimation (2).

Papinien déclare que le pécule étant nul, aucune condamnation ne pourrait être prononcée contre le *dominus* au moment où il se dérobe. Par suite il ne commet aucun acte frauduleux et l'envoi en possession est inadmissible  
« Eo tempore quo in peculio nihil est pater latitat ; in  
« bonorum possessionem ejus, rei servandæ causa, mitti  
« non possum, qui de peculio cum eo acturus sum :  
« quia non fraudationis causa latitat qui, si judicium ac-  
« ceperet, absolvi deberet » (3). Il nous semble difficile d'admettre, avec Accurse, que Papinien se place dans le cas où l'action *de peculio* est intentée après la mort du concessionnaire : rien dans le texte ne permet de le sup-

1. L. 30, princ. Dig., liv. 45, tit. 1.

2. L. 7, par. 15 ; Dig., liv. 42, tit. 4.

3. L. 50 princ ; Dig., liv. 45, tit. 1.

poser. Il est préférable de reconnaître que nous sommes en présence d'une controverse entre les Proculiens et les Sabinien, qui s'explique par le double caractère de l'action *de peculio*. Ulpien, considérant que cette action est *scripta in rem*, suit la règle ordinaire en matière d'actions *in rem et ad exhibendum*, et déclare que l'action *de peculio* est valablement intentée même au moment où le pécule ne comprend aucun actif. « *Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quæ sententia a nobis probanda est* » (1). Papinien s'appuyant sur le caractère incontestablement personnel de l'action *de peculio* décide que cette poursuite est inadmissible. Cette opinion, bien que plus logique, a été abandonnée par la majorité des jurisconsultes.

La seule exception à ce principe que nous indiquent les textes, se trouve dans le cas où l'esclave concessionnaire du pécule est mort au cours de l'instance. La valeur du pécule s'apprécie alors au *dies mortis*; mais on doit tenir compte des accroissements ou des pertes qui pourront survenir par la suite jusqu'au jour de la condamnation (2).

Lorsque l'actif du pécule comprend des créances, le *dominus* peut céder au demandeur à l'action *de peculio* le droit d'exercer ces créances (3). Il évite ainsi une condamnation à la valeur nominale des créances, qui est

1. L. 30, pr. : Dig. liv. 45, tit. 1.

2. L. 57, pr. ; Dig., liv. 45, tit. 1.

3. L. 31 ; Dig., liv. 45, tit. 1.

souvent supérieure à la valeur réelle, car il faut tenir compte des frais de recouvrement et de l'insolvabilité possible de certains débiteurs. Comme cette faculté de cession est une faveur pour l'esclave, il serait contraire à l'équité de la lui accorder, dans le cas où, en dehors des créances, les autres *res peculiares* sont suffisantes pour désintéresser le créancier poursuivant.

Il ne faut pas oublier que l'actif du pécule comprend encore tout ce qui devrait s'y trouver au jour du jugement si le *dominus* ne s'était pas rendu coupable d'un dol. La condamnation portera donc sur toutes les valeurs soustraites frauduleusement sans qu'on ait à rechercher si le dol a été commis avant ou après la *litis contestatio*: « Sive autem post iudicium acceptum, sive ante dolo factum sit, continetur officio iudicis » (1). Et lorsque l'action *de peculio* était exercée en vertu d'un contrat de bonne foi, le *dominus peculii* était responsable de son dol d'une manière générale, lors même que son dol n'avait pas diminué l'actif du pécule (2). Mais nous devons faire remarquer que si le *dominus peculii*, poursuivi une première fois *de peculio*, avait réparé le préjudice causé par son dol, il n'en était plus responsable dans une seconde action *de peculio*: « Si semel ex ea causa, id est quod dolo fecerit, dominus præstiterit de peculio conventus, cæteris ex eadem causa nihil præstabit » (3). L'action de

2. L. 21, p. 3 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

3. L. 36 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

4. L. 26 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

dol est donnée pendant une année utile, à l'époque classique, et pendant deux années continues à dater de Constantin (1). Le *dominus peculii* ne doit compte de son dol aux créanciers que pendant le même laps de temps, et par suite le montant de la condamnation de l'action *de peculio* est alors restreinte à la valeur des choses qui se trouvent réellement dans le pécule.

#### V. — *Durée de l'action.*

Pendant toute la durée de l'existence du pécule, l'action *de peculio* peut être valablement intentée. Il faut, toutefois, faire exception pour les cas où l'action née du contrat et donnée *de peculio* s'éteint par un temps plus court. Ainsi, dans l'hypothèse où la dette du concessionnaire provient des défauts de la chose qu'il a vendue, l'action rédhibitoire ne peut être exercée *de peculio* que pendant une durée de six mois (2).

L'action *de peculio* est encore perpétuelle lorsque le pécule a cessé d'exister par suite de la révocation de la concession par le *dominus*. Le maître ne pouvait, en effet, supprimer ainsi brusquement, sans blesser l'équité, le gage des créanciers du concessionnaire.

Lorsque l'extinction du pécule est survenue pour toute autre cause, l'action *de peculio* ne peut plus être exercée que pendant un an : elle devient annale. Nous trouvons

1. L. 30, par. 6 ; Dig., liv. 15, tit. 1 ; l. 8 ; Dig., liv. 4, tit 3.

2. L. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 2.

ces règles générales écrites au Digeste : « *Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est; post mortem autem ejus, vel postquam emancipatus, manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis* » (1). L'édit du préteur ajoute : « *Annus autem computabitur utilis.* » On appelle année utile, celle où l'on ne tient compte que des jours où le magistrat rend la justice, et qui n'a son point de départ que du jour où les créanciers sont à même d'agir contre le maître à compter de l'extinction du pécule. C'est ainsi que, si l'obligation est conditionnelle, l'année se comptera, non du jour de l'extinction du pécule, mais du jour où l'accomplissement de la condition a rendu l'obligation exigible (2).

Nous devons faire observer que, pour l'action *de peculio*, on déroge à la règle générale d'après laquelle une même créance ne peut être exercée plusieurs fois en justice. En cette matière on ne tient pas compte du principe, en vertu duquel la créance primitive est remplacée par une autre née du quasi-contrat qui résulte de la *litis contestatio* : « *Incipietur teneri reus litis contestatione* » (3). Le demandeur à l'action *de peculio*, en exerçant sa créance contre le maître à concurrence de la valeur du pécule, ne met pas fin à son droit d'agir. Il ne déduit son droit en justice que dans la mesure du montant de la condamna-

1. L. 1, p. 1 ; Dig., liv. 15, tit. 2.

2. L. 1, p. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 2.

3. Gaius C. 3, par. 180.

tion possible. Aussi, lorsqu'il n'est pas désintéressé complètement par une première condamnation, il peut recommencer ses poursuites si le pécule vient à recevoir par la suite quelque accroissement : « Is qui semel de peculio egit, rursus, aucto peculio, de residuo debiti agere potest » (1). C'est ce qui explique pourquoi le créancier de l'esclave, qui n'a pas obtenu entière satisfaction en réclamant la valeur totale du pécule à une personne qui ne doit compte que d'une fraction de cette valeur, peut encore agir *de peculio* pour le surplus contre qui de droit.

Aussi voyons-nous qu'on refuse au demandeur à l'action *de peculio*, qui n'a obtenu qu'une condamnation inférieure au montant de sa demande, le droit d'exiger du défendeur une caution pour les accroissements éventuels du pécule. Les droits du demandeur sont entièrement sauvegardés, puisqu'il peut agir encore *de peculio* pour le surplus de sa créance, et il serait singulier d'obliger le défendeur à fournir une caution pour une condamnation aussi éventuelle (2).

1. L. 30, p. 4 ; Dig., liv. 15, tit. 1.

2. L. 47, p. 2 ; Dig. liv. 15, tit. 1.

## CHAPITRE V

### DES AUTRES ACTIONS NÉES DU PÉCULE.

Ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, le créancier qui, en contractant avec l'esclave, a été la cause directe et immédiate d'un bénéfice pour le maître, peut agir contre ce dernier *de in rem verso*. Et il ne faut pas voir là une modalité particulière de l'action *de peculio*. Nous ne devons pas nous arrêter au texte dans lequel Paul nous dit que le créancier, qui fait valoir ses droits plus d'un an après la mort du concessionnaire, réclame l'*in rem versum* sous forme d'*adjectio* à l'action *de peculio* (1). Il est certain, en effet, que dans ce cas, l'action *de peculio* est éteinte; et il semble difficile d'admettre que l'*in rem versum* puisse être demandé par une *adjectio* à une action qui n'existe plus.

D'ailleurs Ulpien nous indique clairement que l'action de *in rem verso* avait une existence indépendante de l'action *de peculio* et une utilité spéciale. « Nec videtur frustra  
« actio de in rem verso permissa, quasi sufficeret  
« de peculio : rectissime enim Labeo dicit fieri posse  
« ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio,

1. L. 19 ; Dig., liv. 45, tit. 3.

« quid enim si dominus peculium ademit sine dolo  
« malo ? Quid, si morte servi extinctum est peculium  
« et annus utilis præteriit ? De in rem verso nam-  
« que actio perpetua est, et locum habet, sive ade-  
« mit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita  
« est » (1).

En effet, si l'action *de in rem verso* peut être donnée sans être rattachée à la formule *de peculio*, c'est qu'elle ne fait pas double emploi avec l'action *de peculio*. Elle est le plus souvent accordée quand cette dernière fait défaut. Ainsi, lorsque l'esclave qui a contracté n'a plus de pécule parce que son maître le lui a enlevé sans fraude, le créancier aura besoin de l'action *de in rem verso*, sans laquelle son droit resterait paralysé entre ses mains. Si le créancier a laissé passer l'année utile qui a suivi la mort ou l'affranchissement de l'esclave, il a perdu l'action *de peculio* mais il conserve l'action *de in rem verso* qui est perpétuelle.

Cette action est encore utile au créancier qui a conservé le droit d'agir *de peculio*. Ainsi, quand deux créanciers sont en présence pour agir *de peculio*, celui dont la chose a tourné au profit du maître a grand intérêt à user de l'action spéciale *de in rem verso*, car il obtiendra plus que son co-créancier (2). Il est vrai que le maître poursuivi *de peculio* doit tenir compte de tout ce dont il s'est enrichi aux dépens du pécule, ainsi que cela résulte de

1. L. 4, p. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 3.

2. L. 4, p. 2 ; Dig., liv. 15, tit. 3.

la loi 1 § 2, *De in rem verso*. Mais par l'action *de peculio*, les créanciers n'ont droit à ces valeurs que comme à des *res peculiares*; par conséquent, ils les partagent au marc le franc, tandis que par l'action *de in rem verso* le créancier dont la chose a enrichi le maître, *is cujus pecunia in rem versa est*, est préféré à ses co-créanciers, et obtient une plus large part : *uberiorem actionem habet*.

Cette différence d'application des deux actions *de peculio* et *in rem verso* s'explique par cette idée que le droit pour le créancier de se faire payer l'*in rem versum* a un fondement tout autre que celui qui sert de base à l'action *de peculio*. Ce fondement, c'est qu'il est contraire à l'équité de laisser le maître s'enrichir aux dépens des créanciers de l'esclave. Aussi accordait-on l'action *de peculio* lorsqu'il n'y avait pas eu concession d'un pécule, et lors même que le contractant était *sui juris*.

Afin de compléter le système de protections accordées aux créanciers de l'esclave, chef d'un pécule, le prêteur créa l'action *tributoria* pour un cas spécial.

Lorsqu'un esclave, au su du maître, employait à faire un commerce tout ou partie de son pécule, cette portion formait le gage exclusif des personnes qui contractaient avec le concessionnaire, relativement à ce commerce. Si l'esclave faisait de mauvaises opérations, la répartition des deniers était faite au marc le franc par le *dominus peculii* entre lui-même et les autres créanciers. Si l'un des créanciers prétendait n'avoir pas reçu sa part par dol

du maître, il avait l'action *tributoria* pour en obtenir le complément (1).

L'action *tributoria* présentait dans certains cas des avantages sur l'action *de peculio*, que le créancier avait le droit d'exercer dans les mêmes circonstances, mais elle avait aussi des inconvénients. Par l'action *de peculio*, le demandeur obtenait une condamnation qui portait sur la valeur totale du pécule; de plus, l'action *de peculio* était donnée contre l'acquéreur. Au contraire, l'action *tributoria*, refusée contre l'acquéreur de l'esclave, n'atteignait que la fraction du pécule affectée au commerce. Mais par l'action *tributoria* le créancier ne pouvait se voir opposer, comme dans l'action *de peculio*, le privilège *de deductio* du maître, la loi du premier occupant, ou l'extinction du pécule.

Tels sont les procédés par lesquels le préteur arriva à rendre efficaces les contrats faits par des tiers avec les esclaves, chefs de pécules. C'est grâce à la certitude d'une sanction juridique complète que l'institution du pécule prit rapidement une extension si considérable, et permit, au moyen de la participation aux bénéfices, de favoriser le bien-être de l'esclave tout en augmentant la fortune du maître.

1. L. 12; Dig., tit 14, liv. 4.



DROIT FRANÇAIS

DE LA CONDITION JURIDIQUE

DES COMMIS DES MARCHANDS



## DROIT FRANÇAIS

---

DE LA CONDITION JURIDIQUE

# DES COMMIS DES MARCHANDS

---

### INTRODUCTION

#### I. — *Utilité de la question.*

On se ferait une idée bien inexacte de la condition juridique et de l'importance sociale des commis des marchands, en les appréciant d'après le petit nombre de dispositions que notre Code de Commerce leur a consacrées. Aucun titre, aucun chapitre ne contient de règles générales sur cette classe d'auxiliaires des commerçants. C'est à peine si nous trouvons leur nom dans notre code, et deux articles seulement nous donnent des solutions spéciales relativement aux questions qui les intéressent (1). Dans les contestations sans nombre qui interviennent, soit entre les commis et leurs patrons, soit entre les commis et les tiers qui traitent avec eux, le juge

1. Art. 549 et 634 C. Com.

est réduit pour compléter la loi à appliquer les dispositions éparses dans nos divers codes, réglant des situations analogues. Aussi, croyons-nous qu'il est d'une utilité incontestable d'étudier les divers arrêts de la jurisprudence sur ce sujet inexploré jusqu'à ce jour, et de rechercher avec soin les principes qui les ont inspirés. Nous espérons répondre aux besoins d'une pratique journalière, en essayant de dégager des nombreuses décisions rendues par les tribunaux quelques doctrines générales, pour servir de guide à l'interprète dans une matière aussi importante, sur laquelle les textes spéciaux font presque complètement défaut.

Chaque jour, en effet, le cercle des opérations commerciales conclues par l'intermédiaire de ces auxiliaires des négociants s'agrandit de plus en plus. Les transactions qui s'effectuent entre patrons sont infiniment peu nombreuses, en comparaison de celles qui nécessitent l'emploi des diverses sortes de préposés : commis, facteurs, commis-voyageurs, etc. La crise intense qui sévit en France sur le commerce aussi bien que sur l'agriculture, depuis déjà plusieurs années, n'empêche pas une grande partie des forces vives de la nation de se consacrer aux entreprises commerciales. L'impulsion si vive donnée au négoce par la découverte de toutes les merveilleuses inventions de ce siècle est loin de se ralentir. Le perfectionnement des moyens de communication ouvre sans cesse de nouveaux horizons à l'activité humaine, et les attributions, si diverses autrefois, des com-

mis des marchands, sont maintenant variées à l'infini, et ne font que croître en importance.

Aussi, dans notre société moderne, où la puissance de l'association est connue de toutes les classes, nous voyons depuis longtemps les employés de commerce se réunir en syndicats sous prétexte de défendre leurs intérêts. De ces associations, les unes se renferment dans leurs attributions primitives; d'autres ne craignent pas d'entrer en lutte avec les patrons auxquels elles parviennent souvent à dicter leurs conditions; mais jamais elles n'essayeront, comme les associations d'ouvriers, de se substituer à leurs patrons, et d'exploiter par elles-mêmes des entreprises de diverses natures.

Partout ces syndicats ont à leur disposition des ressources considérables, et constituent autant de puissances avec lesquelles les capitalistes ont souvent à compter. Chacun de leurs membres sent rejaillir sur lui un peu de l'importance de l'association tout entière, et cherche sans cesse à gravir un nouveau degré de l'échelle sociale. Grâce à ses nombreuses relations, grâce aussi à la facilité d'élocution qu'il acquiert par la fréquentation continue de toutes les classes de la société, l'employé de commerce exerce une grande influence politique sur les masses populaires. Et c'est ainsi que le gouvernement lui-même, reconnaissant la toute puissance des commis-voyageurs en matière électorale, est arrivé à consacrer pour ainsi dire leurs prétentions, en faisant présider leurs banquets par les hommes politiques les plus importants.

Les hautes aspirations et les ambitieuses visées des commis des marchands peuvent-elles se justifier? Il ne rentre pas dans le cadre de notre sujet d'approfondir ici cette question. Mais il nous semble qu'une catégorie d'individus qui tient une telle place dans notre société, et qui offre aux économistes de si graves problèmes à résoudre, est également intéressante à étudier au point de vue juridique. L'indifférence avec laquelle les auteurs ont pendant trop longtemps laissé ce sujet de côté, ne semble plus excusable maintenant, en raison de l'importance chaque jour plus considérable de ces questions si pratiques, si ardues et si négligées.

## II. — *Historique.*

Le silence de la plupart des jurisconsultes romains sur cette matière n'a rien qui puisse nous étonner, car dans les sociétés antiques, un homme libre ne peut se livrer au commerce sans se déshonorer. Pendant toute la durée de la république romaine, les transactions commerciales s'effectuent par l'intermédiaire d'esclaves : *institores*, *exercitores*, *circitores*. Les uns vendent ou achètent pour le compte de leurs maîtres dans des boutiques au milieu des villes; les autres courent la campagne pour proposer aux personnes de distinction les marchandises que leur préposant leur a confiées (1).

C'est à peine si l'on trouve avant l'établissement de

1. Cujas sur la loi 4. Dig. liv. 30, tit. 3.

l'empire les traces des efforts de quelques hommes libres, qui essaient de s'adonner au négoce, et succombent devant la concurrence des propriétaires d'esclaves. Mais dès que la décadence s'accroît, on voit croître et se développer les corporations, réunions de tous les citoyens se livrant au même métier, et fixant eux-mêmes les règles de leur état.

Les empereurs, dès la fin du troisième siècle, prennent l'habitude d'assimiler les corporations aux curies, et s'arrogent sur elles un droit de surveillance très-étendu. Accoutumés à diriger ces associations, ils trouvent gênant de rencontrer des ouvriers libres et non incorporés. Aussi finissent-ils par forcer tout artisan, soit pour le compte des particuliers, soit pour le compte de l'État, à faire partie d'une corporation. Une fois engagé dans une de ces sociétés, le commerçant n'en peut plus sortir : il est tenu à elle comme le curiale à la curie, comme le colon à la terre, et soumis à une réglementation des plus sévères (1).

L'employé de commerce, en droit romain, est donc, soit un esclave, propriété absolue de son maître, soit un artisan libre, membre d'une corporation qui absorbe sa personnalité, et par suite n'a guère d'individualité propre aux yeux de la loi.

Au moyen-âge, la surveillance des empereurs a disparu, mais l'employé n'est pas encore libre. En dehors des pa-

1. Code Théod. X, 22, 1, IV.

trons, qui forment la première classe du corps de métier, les compagnons et les apprentis sont enfermés dans un cercle de règles étroites, qui font d'eux de véritables esclaves de la corporation. De même que pour l'agriculture le servage n'est guère qu'une modification de l'esclavage, de même pour le commerce et l'industrie, dans la condition des classes inférieures, il n'y a guère qu'une différence de noms.

L'apprenti, qui veut s'instruire dans un métier, s'engage par un contrat qui est une véritable vente de sa personne. Le compagnon ou ouvrier, qui vend son travail à son patron, n'est pas plus libre. Il est obligé de louer ses services à un des maîtres de la corporation dans laquelle il a fait son apprentissage, et demeure dans la plus entière dépendance. Tous sont soumis à des règlements dont l'arbitraire va parfois jusqu'à défendre, dans la corporation des libraires, à l'apprenti de se marier.

Contre les privilèges des patrons, dans les cas d'abus, si les gardes-jurés ne leur font pas rendre justice, les compagnons n'ont qu'un seul moyen de défense : mettre la maison du patron à l'index, sortir de la ville et n'y rentrer qu'après avoir reçu satisfaction. (Littre, Duruy).

C'est seulement à partir du XVII<sup>e</sup> siècle que l'on commence à tenir compte de la personnalité des ouvriers. Les manufactures de l'État et les grandes entreprises particulières donnent l'exemple. Les règlements existent toujours, mais beaucoup plus libéraux. (1) Les ouvriers s'y

1. On peut prendre comme exemple celui de la fabrique d'étoffes d'or et d'argent établie à Saint-Maur près Paris.

soumettent volontiers, et n'ont d'autres désirs que de rester longtemps dans ces fabriques, et de voir leurs enfants y entrer après eux.

Les négociants des grandes compagnies, favorisées par Louis XIV, sont trop influents pour avoir besoin de l'appui des corporations, et trop indépendants pour se soumettre aux prescriptions en usage dans les manufactures de l'État. Ils font leurs règlements eux-mêmes, et lorsqu'il y a plainte ou réclamation, l'affaire est portée devant les tribunaux consulaires.

Mais les corporations, tout en améliorant peu à peu le sort des compagnons et des apprentis, continuent à observer les traditions et les errements de la routine : « Le « corps de métier, dit M. Levasseur est alors une petite « république qui s'administre elle-même, qui détermine « dans son sein les rapports des personnes, qui se charge « de protéger les membres les plus faibles, qui donne « surtout de grands privilèges aux plus puissants, qui « réglemente le travail, qui surveille et punit les délin- « quants. Mais c'est une république jalouse qui possède « le privilège exclusif d'exercer un métier, et qui pour- « suit impitoyablement quiconque veut contester ou par- « tager, sans son aveu, ce privilège. » (1)

Après les essais infructueux de Turgot en 1775, et pendant les années suivantes, vient la loi des 1-17 mars 1791, qui met fin d'une façon absolue à l'institution des maîtrises ou *jurandes*. Chacun peut alors exercer librement un métier

1. Levasseur, Hist. des classes ouvrières en France, I, p. 383.

quelconque, à la condition de payer une patente dont le taux est fixé suivant la profession. L'article 4, alinéa 7, dispense de ce droit les apprentis, compagnons et ouvriers travaillant dans les ateliers de fabricants déjà pourvus de patentes. Aussi voit-on se former de petites agglomérations d'ouvriers réunis autour d'un patron, en vertu d'un contrat qui reproduit les principales dispositions du droit commun appliqué dans les manufactures de l'État et les grandes usines particulières. Les anciennes coutumes sur le louage de services et d'ouvrage, que les règlements des corporations avaient permis de négliger et empêché de changer comme le reste du droit, reviennent en vigueur, et se modifient progressivement pour se mettre en harmonie avec les besoins nouveaux. C'est alors que naissent et se développent toutes ces institutions modernes qui, en se perfectionnant chaque jour, ont abouti à l'organisation actuelle des employés de commerce dans notre société contemporaine.

## CHAPITRE I.

### I. — *Définition.*

Les commis des marchands, ou préposés, sont des auxiliaires des négociants qui, tout en engageant leurs services à ceux qui les emploient et en se plaçant sous leur dépendance, font des opérations juridiques pour le compte de leurs patrons.

On les désigne par des noms différents, selon la nature et l'importance des actes qu'ils sont chargés de faire, et selon les lieux où ils les font.

Le *commis* est l'employé qui vend au public, au nom et pour le compte de son patron, et dans la boutique ou le magasin de ce dernier, les marchandises qui lui sont confiées.

Le *placier* est celui qui est chargé de vendre les marchandises sur la place même où son patron est établi (1). Il traite au nom de son patron et en son propre nom (2). Il est toujours attaché à une seule maison par un contrat permanent, moyennant des appointements, tantôt fixes, tantôt augmentés d'un tant pour cent sur le chiffre des affaires ou sur celui des bénéfices.

1. Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 832 note 2.

2. Boistel, n° 513.

« Le *commis-voyageur*, dit M. Rivière, a mission de représenter la maison de commerce qui l'emploie, pour vendre les marchandises de cette maison ou pour lui en acheter, pour recevoir des commandes ou en donner. En un mot, il est chargé de faire et de multiplier, avec ou sans la réserve d'approbation de son préposant, les actes et les opérations qui lui sont nécessaires dans les lieux où ce dernier le fait voyager » (1).

Le *facteur* est l'employé qu'un commerçant met à la tête d'une maison ou d'une succursale. Il a un mandat général pour tous les actes de la branche du commerce qui le concerne. Il agit au nom de son patron, oblige celui-ci envers les tiers, et ne s'oblige pas envers eux (2).

Le *représentant* de commerce se charge des opérations à faire sur une place pour une ou plusieurs maisons de commerce. Doit-il être rangé dans la catégorie des préposés? Nous ne saurions soutenir l'affirmative trop catégoriquement, malgré les ressemblances nombreuses entre ces deux espèces d'auxiliaires des marchands. Ces agents, en effet, n'ont ni boutique, ni magasin; ils sont seulement dépositaires d'échantillons. Ils diffèrent des commissionnaires en ce qu'ils ne traitent jamais en leur propre nom. De plus, tandis que le mandat du commissionnaire est spécial et doit être renouvelé pour chaque opération, celui du représentant de commerce s'étend ordinairement à une série d'actes successifs. Mais il faut

1. Rivière, Du *commis-voyageur*, n° 4.

2. Boistel, n° 513.

aussi remarquer qu'à la différence du préposé, qui doit consacrer exclusivement à son préposant son temps et son travail, le représentant de commerce n'est pas attaché à une seule personne, à une seule maison. Il représente le plus souvent plusieurs commerçants de la même place ou de places différentes, et conserve une entière indépendance à l'égard de tous, en dehors des opérations qui lui sont confiées.

Malgré cette différence, nous verrons au cours de cette étude que les principes à appliquer sont les mêmes, qu'il s'agisse du représentant de commerce ou du préposé : on décide par analogie.

Quand le représentant agit pour le compte de plusieurs négociants, les transactions commerciales qu'il conclut doivent être analogues, pour qu'il puisse s'occuper en même temps des affaires de tous ses préposants, mais non identiques, afin qu'il ne puisse pas favoriser l'un au détriment de l'autre. Tantôt il agit au nom du représenté, tantôt il se borne à rapprocher le représenté et d'autres négociants, mais jamais il ne traite en son propre nom. Il n'opère jamais que pour un nombre très limité de commerçants : « Cette attache fixe, dit M. Boistel, implique qu'il a accepté d'avance le mandat de remplir tous les ordres qui lui seront donnés, et réciproquement la maison s'est engagée à ne s'adresser qu'à lui pour une certaine catégorie d'opérations : son mandat a toujours un certain caractère de généralité » (1).

1. Boistel, n° 513.

Par cette simple énumération des divers noms par lesquels on désigne les commis des marchands, on voit combien leurs attributions sont nombreuses et variées. Bien des gens ne se doutent pas qu'un directeur d'une succursale de la Banque de France n'est que le préposé d'un commerçant, tout aussi bien qu'un garçon épicier. Quelle distance entre leurs positions aux yeux du monde ! Mais le contrat qui les lie à leurs patrons ne diffère que bien peu aux yeux de la loi.

Aussi est-il difficile, même pour un jurisconsulte, de décider au premier abord dans quelle catégorie rentrera chacun des auxiliaires d'un négociant ; les uns sont presque ouvriers, les autres presque patrons.

Devrons-nous, par exemple, ranger parmi les commis des marchands *les cochers des voitures de place* ? La Cour de cassation a décidé qu'ils sont en réalité des sous-entrepreneurs de transports, et que par suite les règles qui régissent les rapports des patrons et des commis ne leur sont pas applicables (1).

Cette solution est exacte en ce qui concerne les cochers travaillant à la moyenne. Ceux-ci, en effet, reçoivent de leurs maîtres leurs voitures et leurs chevaux, moyennant une certaine somme appelée moyenne. Cette rétribution, véritable prix de location que les cochers paient à leurs patrons, est variable selon le nombre de chevaux employés et selon que la journée doit offrir plus ou moins

1. Cass, 30 décembre 1828. D. 29, 1, 89.

d'occasions de profits par suite de fêtes ou de solennités. Les cochers sous-louent ensuite leurs voitures au public, suivant leur bon plaisir ou les conditions de leurs règlements. S'ils n'atteignent pas la moyenne à la fin de leur journée, ils sont obligés de compléter la différence ; s'ils la dépassent, le surplus constitue leur gain. La Cour de cassation les considère donc avec raison comme des sous-entrepreneurs, et non des préposés.

Mais il n'en est plus de même si le patron prend à son service un cocher à l'année, au mois, ou à la journée, moyennant une rétribution fixe, ou une part dans les bénéfices de la journée. Le cocher, obligé de remettre à son patron la recette de chaque jour, n'est plus qu'un mandataire salarié. Nous ne le comptons pas au nombre des gens de service à gages, comme on est tenté de le faire à première vue, mais bien parmi les préposés, car il est à la fois mandataire et locateur de services. Il accomplit des opérations juridiques pour le compte de son patron (1).

## II. — *Différence entre les commis des marchands et les autres auxiliaires des négociants.*

C'est en effet à ce trait caractéristique qu'il faut s'attacher pour distinguer les commis des autres auxiliaires des négociants. Ainsi tous ceux qui ne s'occupent que de

1. Nous examinerons, à propos de la compétence, la question de savoir si les acteurs peuvent être considérés comme les commis de leur directeur.

travaux d'ordre intérieur, manuels ou techniques, tels que la tenue des livres, la surveillance de la fabrication, la mise en ordre des marchandises, diffèrent des préposés en ce qu'ils ne font pas d'opérations juridiques pour le compte de leurs patrons. Quelquefois leurs attributions ne sont pas bien définies ; par exemple, un surveillant de la fabrication peut être aussi chargé de la vente. Il faut alors rechercher quel est le caractère prédominant de ses fonctions, et en quelle qualité il a agi dans chacune de ses opérations.

Les marchands emploient encore des personnes indépendantes, qui offrent leurs services au public en général, et qui se chargent de faire des opérations commerciales pour le compte d'autrui : les *courtiers* et les *commissionnaires*. Leurs attributions offrent beaucoup d'analogie avec celles des divers préposés, et c'est un point très délicat que de les différencier.

Une première différence est commune aux courtiers et aux commissionnaires, et les distingue des commis des marchands. Les premiers sont indépendants et n'agissent que pour le compte des personnes dont il leur convient d'accepter les offres. Les seconds, au contraire, engagent leurs services à une ou plusieurs personnes à l'exclusion des autres (1).

Le courtier diffère encore du préposé en ce qu'il ne contracte jamais ni en son nom, ni au nom d'un autre. Il

1. Lyon-Caen et Renault. — Précis de droit commercial, n° 750.

ne sert qu'à aboucher les clients, à les mettre en rapport et à favoriser entre eux la conclusion d'un marché. Il n'est que l'instrument du rapprochement des parties, disparaît aussitôt la négociation terminée, et ne peut en aucun cas garantir l'exécution de la convention. Aussi rien n'est plus juste ni plus expressif que sa qualification légale d'agent intermédiaire (art. 74 C. com.).

Le commissionnaire, au contraire, tout aussi bien que le préposé, peut contracter, soit au nom de son commettant, soit en son propre nom (C. com. art. 94). Lorsqu'il agit au nom et pour le compte du négociant qui l'emploie, ce qui est, il est vrai, le cas le plus rare, il ne diffère guère du préposé que par la spécialité de son mandat : « Le commissionnaire, selon MM. Delamarre et  
« Lepoitvin, a pour objet tel ou tel agissement, et s'éva-  
« nouit une fois cet agissement accompli. La préposition  
« ne se limite qu'à un genre d'actes successifs, et renou-  
« velle ses agissements tant qu'elle subsiste. Le mandat  
« du commissionnaire est spécial, *ad certum negotium ge-*  
« *rendum*, et, à moins de connexité entre les opérations  
« dont il est chargé, en ce sens que les unes devront  
« être faites pour arriver à l'exécution des autres, au-  
« tant d'affaires commises, autant de commissions distinc-  
« tes, fussent-elles toutes données par une seule et même  
« procuration. Au contraire, le mandat du préposé est  
« général, *ad negotia gerenda*, relativement au commerce  
« ou à la branche de commerce dont la gestion lui est  
« confiée. Il ne lui faut pas, comme au commissionnaire,

« autant de mandats qu'il aura d'affaires à conclure ;  
« elles sont toutes autorisées, ou par son seul titre, ou par  
« un seul mandat. En un mot, il y a des agissements di-  
« vers, et une seule préposition » (1).

Il y a, en effet, entre la commission et la préposition à peu près la même différence qu'entre le louage d'ouvrage et le louage de services. Celui qui exécute pour le compte de son patron un ou plusieurs ordres fixés à l'avance et précisés par la convention, est un commissionnaire et agit en vertu d'un contrat de louage d'ouvrage. On peut aussi traiter tout un ensemble d'affaires non déterminées, si ce n'est par les circonstances du moment et la volonté présente de celui pour qui on agit. Dans ce cas, il y a louage de services : c'est la préposition. Le préposé ne promet pas de conclure telle ou telle affaire ; il promet de donner ses soins pendant une certaine durée aux affaires du préposant ; il met son temps, son activité et son intelligence à sa disposition.

Le commissionnaire est presque toujours rémunéré par un tant pour cent sur le chiffre des opérations qu'il effectue. Ordinairement les émoluments du préposé sont fixes ; parfois ils se composent aussi d'une part proportionnelle dans les bénéfices. Mais ce mode de rétribution ne peut modifier en rien la qualité du préposé, et il est impossible de faire du représentant de commerce un commissionnaire, tant que son mandat comporte un certain ca-

1. Delamarre et Lepoitvin, traité du contrat de commission. t. II, n<sup>o</sup> 12.

ractère de généralité. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

Mais nous ne pouvons admettre une autre différence signalée par plusieurs auteurs, qui prétendent que le commissionnaire est toujours commerçant (2). Et d'abord il va de soi que le préposé n'est pas commerçant, car, bien qu'il fasse habituellement des actes de commerce, il ne les fait pas en son nom, mais bien au nom et pour le compte de son patron, qui seul est obligé et seul est commerçant (C. com. art. 1) (3).

MM. Lyon-Caen et Renault soutiennent, en s'appuyant sur l'art. 632, C. com., qui range les entreprises de commission parmi les actes de commerce, qu'il ne peut y avoir commission que si la personne chargée de faire un acte de commerce pour le compte d'une autre est un commissionnaire de profession ou au moins un commerçant qui, à côté des affaires qu'il fait pour son propre compte, en fait aussi pour le compte d'autres personnes. Ainsi, ces auteurs n'admettent pas qu'il y ait commission dans le cas où un non-commerçant, ou même un commerçant, donne à un propriétaire quelconque un ordre d'achat, avec intention de revendre dans un but de spéculation. M. Clamageran propose une distinction. Si

1. Delamarre et Lepoitvin, loc. cit. — Clamageran, Du louage d'industrie, du mandat et la commission, n° 346. — Boistel, n° 513. — Lyon-Caen et Renault I, n° 758. Trib. de com. de Marseille, 27 mars 1863. Journal de Marseille, 63, 1, 101. — Cass. 14 juin 1877, S. 774, 403.

2. Lyon-Caen et Renault, I, nos 749 bis et 751.

3. Beslay, Com. du C. de commerce, nos 73 et s.

le propriétaire agit en son propre nom, il n'y aura pas commission : « Vous êtes propriétaire ; vous agissez en « votre nom ; vous vendez ou vous achetez comme « vous eussiez fait pour vous-même, c'est-à-dire civile- « ment. Pourquoi seriez-vous donc réputé faire un acte « de commerce ? Pourquoi une série d'actes semblables « ferait-elle de vous un commerçant (1). » Mais il y aurait commission, ajoute cet auteur, dans le cas où celui qui a donné l'ordre est un commerçant, et quand celui qui l'a reçu a traité l'affaire au nom de son commettant. « Au contraire, si vous agissez en mon nom et que je sois « dans le commerce, vous vous présentez au public « comme le représentant d'une maison commerciale, « vous vous jetez dans le monde des affaires, dans le « domaine du négoce ; il est tout simple qu'on vous traite « en négociant si vous continuez à agir de la même ma- « nière, et que l'habitude vienne transformer un acte « isolé en une profession véritable. »

Dans cette opinion il ne suffit pas, pour qu'il y ait commission, qu'il s'agisse d'un acte de commerce, il faut encore que celui qui reçoit l'ordre soit commerçant, ce qui le distinguerait du représentant de commerce. Mais les considérations par lesquelles on cherche à fortifier l'argument tiré de l'art. 632 ne nous semblent pas plausibles.

Et d'abord il est certain que chacun, sans être com-

1. Clamageran, n° 348.

merçant, peut faire des actes de commerce (C. com. art. 631). Nous prétendons de plus qu'un non-commerçant fait acte de commerce, en remplissant un mandat dont l'objet n'est commercial que par rapport au mandant avant l'acceptation de ce mandat. Et pour nous, ce caractère de commercialité de l'acte est le seul qui différencie en principe le contrat de commission du mandat.

Comment, nous dit-on, peut-on concevoir qu'un non-commerçant qui ne ferait pas un acte de commerce en vendant, en achetant, ou en faisant personnellement une chose pour lui-même, fit un acte de commerce, en achetant, en vendant, ou en faisant cette chose pour un autre ? Aussi, ajoute-t-on, ce n'est pas une commission solitaire, ou quelques commissions inaccoutumées, mais bien les entreprises de commission que l'art. 632 range dans la classe des actes réputés commerciaux. Une commission accidentelle ne peut donc constituer le commissionnaire que l'art. 95 ne protège par un privilège qu'en vue de sa profession habituelle. Aussi doit-on dire que ceux-là seuls font des actes de commerce qui se livrent à des agissements habituels de commission, et qui par suite sont commerçants.

Mais tel n'est pas le sens de l'art. 632. Si ces mots, *entreprise de commission*, avaient eu dans la pensée du législateur la signification qu'on leur prête, quel besoin de dire que celui qui se livre à une telle entreprise fait

acte de commerce, puisque tous ses engagements sont réputés commerciaux par cela seul qu'il est commerçant de profession ? (1) Autant vaudrait prétendre que dans le même article, tout *achat de denrées ou de marchandises pour les revendre* ne doit être entendu comme acte de commerce, que de celui dont l'habitude est de faire de tels achats, c'est-à-dire du commerçant de profession que définit l'art. 1, C. com., ce qui serait absurde. Si l'un se fait commerçant accidentellement, parce qu'il fait accidentellement le commerce, l'autre le devient aussi de la même manière parce qu'il se fait un moyen ou un instrument accidentel de commerce. Ce que la loi répute commercial, c'est l'acte de celui qui se charge d'une commission commerciale. Aussi ne dit-elle pas le commissionnaire est.... *le commerçant qui agit*, mais bien.... *celui qui agit* (C. com, art. 94). C'est qu'en effet elle ne considère pas la profession de celui qui agit, mais l'agissement lui-même et l'influence de cet agissement sur le commerce (2).

Et il n'est pas possible non plus de soutenir que ce n'est qu'au commissionnaire commerçant que l'art. 95 accorde un privilège : « La loi, dit l'orateur du gouvernement, en parlant du commissionnaire, lui garantit

1. Le commissionnaire, dit Vincens, I, p. 129, est le moins *entrepreneur* des commerçants. Il ne spéculé, ni ne court de chances incertaines : il n'entreprend rien, et prête seulement son ministère à autrui pour une récompense fixe.

2. Delamarre et Lepoitvin, II, nos 29 et 30. — Boistel, nos 512 et 516. Ruben de Couder. Dict. de dr. commerc. n° 140.

« un privilège équitable, et favorise, par ce moyen, le cultivateur, le négociant, et le consommateur. » Peu importe, en effet, la profession de celui qui a fait les avances : il suffit qu'il ait accepté la commission de vendre, quand même il ne serait pas commerçant. Le privilège des articles 93-95, C. com., tient à la nature du fait, ou aux services que celui qui fait les avances rend aux commerçants. (1)

La jurisprudence, du reste, est unanime en ce sens et consacre cette opinion par de nombreux arrêts. « Attendu, dit-elle dans l'un deux, que le privilège des art. 93-95, que le Code de commerce accorde au commissionnaire prêteur est dû à toute personne, même non-commerçante, qui a reçu de son débiteur des marchandises en consignation pour les vendre au compte de celui-ci, et en retenir le prix en déduction de sa créance, etc. (2). »

Nous avons cru devoir insister sur cette discussion, pour montrer combien délicates et peu nombreuses sont les différences qui distinguent les commissionnaires des divers préposés des négociants. Et pourtant dans la pratique il est d'un grand intérêt de ne pas les confondre, car c'est au commissionnaire seul que les art. 93-95 accordent un privilège pour les avances faites. Comment expliquer une telle différence de protection pour des indivi-

1. Sirey, Consultation du 20 oct. 1823.

2. Cass., 23 avril 1816, 1, 275. Voir aussi Cour de Paris, 31 juillet 1835; S. 35, 2, 519. — Cass., 14 juin 1877, S. 77, 1, 403.

des remplissant des fonctions presque semblables? C'est que le contrat qui les unit au commerçant n'est pas le même dans les deux cas. Le commissionnaire n'est lié que par un mandat qui lui laisse une grande indépendance vis-à-vis de son mandant. De plus il fait des offres au public en général, et conclut parfois des opérations avec un grand nombre de maisons en même temps. Il ne peut donc être tenu à autant de précision et de certitude dans ses renseignements que le commis d'un marchand, et a besoin d'une protection plus efficace. Le préposé, au contraire, tout en recevant un mandat général de son patron, lui loue ses services à l'exclusion de toute autre personne, et reste dans la dépendance de son préposant.

## CHAPITRE II

### DU CONTRAT D'ENGAGEMENT

#### I. — *De la nature du contrat.*

Ce n'est pas une discussion purement théorique que de chercher quelle est la nature du contrat qui intervient entre le préposé et son patron. Est-ce un mandat, est-ce un louage de services? Ces deux contrats sont régis par des règles souvent différentes, et les solutions ne seront pas les mêmes selon qu'on admettra l'une ou l'autre de ces opinions. Ainsi, par exemple, en ne voyant dans ce contrat qu'un louage de services, le commis qui refuse, après avoir conclu son engagement d'entrer chez son préposant, est certainement tenu envers lui de dommages-intérêts. Si c'est, au contraire, un simple mandat salarié, le préposé peut renoncer au mandat, *rebus adhuc integris*. De même encore, le louage de services ne cesse pas, en principe, par la mort du patron, tandis que mandat prend fin par la mort du mandant (art. 2003, C. civ.).

Nous devons aussi faire remarquer que le mandat est un contrat unilatéral : le mandataire seul contracte des obligations; le mandant n'est obligé qu'accidentellement,

même lorsque le mandat est salarié. Le louage d'ouvrage est un contrat bilatéral. Aussi le mandant peut-il révoquer le mandataire, et dans ce cas il ne doit plus de salaire. Le maître, au contraire, ne peut résilier le contrat que lorsqu'il est à forfait, et alors même il doit dédommager l'entrepreneur de tout ce que celui-ci aurait pu gagner dans l'entreprise (art. 1794, C. civ.).

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002 C. civ.) S'il y a plusieurs colocateurs, la solidarité n'existe qu'au cas où elle est expressément stipulée (art. 1202 C. civ.)

Malgré toutes ces différences, la doctrine discute encore sur le criterium auquel il faut s'attacher pour distinguer ces deux contrats. Certains auteurs pensent que le mandat se distingue du louage de services par la nature des faits à accomplir (1). Il y a mandat toutes les fois que les faits à accomplir ne peuvent pas être estimés exactement en argent ; il y a au contraire louage de services, quand il s'agit de faits pour lesquels le salaire peut être le prix exact du service rendu. Cette distinction traditionnelle entre l'honoraire et le loyer, entre le mandat et le louage d'ouvrage, est, selon M. Troplong, le fait de la philosophie spiritualiste, à laquelle s'attachèrent longtemps les juristes romains et leurs successeurs en

1. Merlin, Rép. v<sup>o</sup> Notaire, § 6, n<sup>o</sup> 4 ; Troplong, Traité du mandat, n<sup>o</sup> 164 et s.

droit français. La position sociale des divers mandataires dans la société est bien plus élevée que celle des gens à gage ; leur rôle, leurs attributions demandent une plus grande intelligence, une instruction supérieure. Aussi n'est-il pas possible de s'écarter de cette tradition sans blesser l'honneur des professions libérales, sans se jeter dans les dangereuses erreurs d'un matérialisme désolant.

Rien n'est plus faux, répond M. Laurent, que la prétendue distinction spiritualiste entre le travail mécanique et le travail intellectuel. Il n'y a pas de travail purement mécanique, sauf celui des machines, et l'homme n'est pas une machine : il est un être pensant, et il met son intelligence dans tout ce qu'il fait (1).

Aussi faut-il chercher ailleurs la distinction fondamentale qui différencie ces deux contrats. Ils se distinguent, dans l'opinion qui prévaut aujourd'hui, non parce que le mandataire reçoit des honoraires tandis que l'ouvrier est salarié, mais bien par le caractère de représentation, qui est essentiel dans le mandat, et qui est étranger au louage de services (2). Ce qui caractérise le mandat, c'est que le mandataire doit faire, pour le compte de son mandant, des opérations juridiques exigeant qu'il se mette en rapport avec des tiers. Le mandataire représentant le mandant, quand il contracte en cette qualité, c'est le mandant qui s'oblige par son intermédiaire. Les tiers ont

1. Laurent, t. XXVII, n<sup>o</sup> 237 et s.

2. Aubry et Rau, IV, § 371 *bis*, note 1 ; Laurent, t. XXVII, n<sup>o</sup> 237 et s. Lyon-Caen et Renault, I, n<sup>o</sup> 834.

une action directe contre le mandant, tandis qu'ils n'ont aucune action contre le mandataire ; de son côté le mandant a une action directe contre les tiers, parce que les tiers ont traité avec lui. Au contraire, celui qui a loué son industrie ne représente pas le maître pour lequel il travaille et qui le paie. Il ne peut ni stipuler ni promettre pour lui ; ce serait une stipulation ou une promesse pour un tiers : or il est de principe qu'on ne peut stipuler et s'engager en son propre nom que pour soi-même (art. 1119). C. civ.

Il semble donc, d'après cette doctrine, que le contrat, qui intervient entre le commis et son patron, présente tous les caractères d'un véritable mandat salarié. En effet, le rôle, soit exclusif, soit au moins principal, du préposé, est d'accomplir des opérations juridiques pour le compte de son patron. Aussi de nombreux auteurs prétendent que le préposé n'est qu'un simple mandataire salarié (1).

Et cependant nous ne pouvons admettre cette solution du moins dans des termes aussi absolus. Il est vrai en effet que le préposé reçoit un mandat en vertu duquel il négocie avec les tiers. Mais par la convention, qui règle sa position vis-à-vis de son préposant, il s'attache, moyennant salaire, à la personne ou à la maison dont il s'engage à gérer les affaires. Il devient l'homme à gages de

1. Alauzet. Com. du C. de com., II, n° 606. — Duranton, XIX, n° 58, note 2.—Paul Pont, sur l'art. 2201. C. civ., n° 83.—Aubry et Rau, II, n° 260, note 12.

son patron, comme le dit Mülhenbruch du préposé romain : « *Differt a simplici procuratore quod quasi famulari videatur apud dominum.* » (1) Le mandataire salarié au contraire n'est jamais attaché à la personne de son mandant : il se doit seulement à l'affaire qui lui a été confiée.

Ce caractère essentiel, qu'on retrouve dans les diverses sortes de préposés, nous permet de dire que le contrat qui lie le patron au commis participe du mandat et du louage d'ouvrage. Telle est du reste l'opinion soutenue avec éclat par une fraction importante des auteurs (2). « Tout  
« préposé, nous dit Troplong, qui recevra un prix pour  
« ses services sera plutôt un locateur d'ouvrage qu'un  
« mandataire. Il le sera d'autant plus que son temps  
« appartient à son patron, qu'il doit l'employer unique-  
« ment aux soins de sa préposition, et qu'il ne peut, sans  
« la permission du préposant, se livrer à d'autres actes  
« de commerce. Bouteiller appelle les préposés et facteurs  
« les *familiers* des marchands, et Toubeau dit qu'ils sont  
« *gagés* et en quelque façon domestiques.... Nous n'ex-  
« ceptions pas même ceux qui, par la nature de leurs fonc-  
« tions, sont chargés de représenter le patron à l'égard  
« des tiers. De ce que le préposé doit se mettre en com-  
« munication avec les tiers, et le représenter vis-à-vis  
« d'eux, il ne faut pas en conclure qu'il ne saurait être  
« qu'un mandataire. Cette représentation n'est pas in-

1. *Doctrina Pandectarum*, n° 431, note 14.

2. Troplong, *Mandat*, n° 236 et s. ; Rivière, *Du commis-voyageur*, n° 14 ; Lyon-Caen et Renault, I, n° 834.

« compatible avec la location d'ouvrage et d'industrie...  
« Bouteiller lorsqu'il appelle les préposés des *familiers*  
« des marchands a principalement en vue ceux qui *mè-*  
« *nent et gouvernent le fait des marchandises sans que les*  
« *marchands y soient présents*. Si je charge mon serviteur  
« à gages de commissions auprès des tiers, il est mon  
« préposé, mon représentant, ce qui n'empêche pas de  
« le placer en dehors de la catégorie des mandataires. » (1)

Aussi croyons-nous pouvoir dire que, si l'on doit considérer le préposé, dans ses rapports avec les tiers, comme un mandataire salarié, il faut au contraire, dans ses rapports avec son patron, lui appliquer les règles du louage de services.

La jurisprudence et la doctrine tirent une conséquence de ce caractère de locateur de services, que nous reconnaissons au commis, en admettant qu'il est toujours en droit d'exiger un salaire. Cette rétribution, qu'on désigne en général sous le nom de gages ou d'appointements, est tantôt fixe, tantôt variable et composée d'un tant pour cent sur les affaires ou d'une part proportionnelle dans les bénéfices. Mais jamais le préposé n'est supposé avoir engagé ses services gratuitement. Si le montant des appointements n'a pas fait l'objet d'une stipulation entre les parties, il doit être déterminé par les tribunaux. (2)

C'est au contraire en s'appuyant sur le caractère de mandataire attribué au commis, que la doctrine refuse au

1. Troplong, n° 237.

2. Pardessus, n° 534.

patron le droit de tirer une lettre de change sur son commis. Tirer sur son mandataire, ce serait en effet tirer sur soi-même, et la prohibition de l'art. 110 C. com. à ce sujet est aujourd'hui admise par la grande majorité des auteurs et de la jurisprudence. Matériellement, il y a bien dans ce cas deux personnes, mais juridiquement il n'y en a qu'une, puisque le commis n'agit, n'accepte, et ne doit payer que comme mandataire de son patron. (1)

Il en est ainsi, même lorsque le préposé est à la tête d'une succursale de la maison principale. S'il est vrai en effet, qu'il y a plusieurs établissements distincts, il n'y a cependant qu'un patrimoine et qu'un débiteur. Et l'on objecterait en vain que certains arrêts de la jurisprudence admettent la possibilité de deux faillites simultanées et séparées, lorsqu'un même commerçant a fait deux commerces différents dans des localités différentes (2). Il faut tout d'abord remarquer que ces diverses décisions se rapportent presque toutes à une hypothèse spéciale, celle où le commerçant dont on demande la faillite est déjà déclaré en faillite comme associé responsable dans une société qui a fait de mauvaises affaires. On pourrait alors comprendre que chaque associé pût être déclaré en faillite en ses deux qualités, individuel-

1. Alauzet, IV, n° 1237. — Pardessus, I, n° 333. — Bravard-Veyrières, p. 195. — Boistel, n° 719. — Lyon-Caen et Renault, n° 1031. — Toulouse, 22 juillet 1825, D. 25, 2, 247. — Agen, 4 février 1852, D. 52, 5, 225.

2. Cass., 23 août 53. D. 55, 1, 59. — Paris, 30 août 1867. D. 68, 3, 113. — Lyon, 12 juillet 1869. D. 70, 2, 10.

lement et comme associé. Encore nous croyons devoir admettre, avec la doctrine, que même dans ce cas une seule faillite est possible. L'arrêt de la Cour de Paris, qui a trait à une autre espèce, repose sur une grave erreur juridique. Jamais, en effet, le jugement de clôture n'a été considéré comme mettant fin à la faillite, comme la rendant « non-existante. » Et, du reste, il est incontestable que ces décisions vont contre les principes fondamentaux de notre droit. La faillite, en effet, affecte la situation entière du débiteur, présente et future ; les effets qu'elle produit sont généraux. L'état du failli est indivisible ; on ne peut pas être failli à l'égard de certains créanciers sans l'être à l'égard des autres. De plus, l'article 2093 C. civ. établit d'une manière formelle l'unité du patrimoine, en nous disant que l'ensemble de l'actif est affecté à l'ensemble du passif (1). Aussi quand un patron promet une lettre de change à un créancier, et qu'il lui remet une traite tirée sur son commis, le créancier peut se plaindre à juste titre, car il avait le droit de compter sur l'obligation de deux personnes, et on ne lui fournit que l'obligation d'une seule.

Cependant Bédarride prétend que la prohibition de tirer sur soi-même a pour objet unique d'empêcher que le tireur ne prenne à sa charge matérielle et personnelle l'obligation de payer. On ne doit donc pas en tenir

1. Boistel, n° 899. — Beudant, note sous l'arrêt de la cour de Paris, du 30 août 1867. D. 68, 2, 113.

compte, d'après cet auteur, toutes les fois que cette obligation est confiée en fait à un tiers, quelle que soit d'ailleurs sa position à l'égard du tireur (1). Du reste les formalités prescrites par l'art. 110 C. Com. peuvent être remplies : dans ce cas en effet il peut y avoir indication de celui qui est chargé de payer, provision, acceptation. C'est donc une exagération de prétendre que le commis n'a pas une individualité distincte de celle de son patron.

Ce système a trouvé un appui presque constant dans les décisions de la jurisprudence (2). La Cour de Rouen nous l'expose dans toute sa simplicité. « Attendu, dit-elle, qu'une lettre de change est régulière en la forme, lorsqu'elle a été tirée d'un lieu sur un autre et lorsqu'elle énonce, outre la date, la somme à payer, l'époque et le lieu où le paiement doit être effectué, et le nom de celui qui doit payer.

« Attendu que la loi ne dit pas qu'une lettre de change est nulle, lorsque le tiré, alors même qu'il réside en un autre lieu que le tireur, est son commis ou son préposé.

« Qu'elle ne distingue pas entre les tirés, quels qu'ils soient, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer, etc. »

Cette interprétation qui suit littéralement le texte de l'art. 110, sans tenir compte de son esprit, ne nous semble pas admissible, car le tireur et le tiré sont confondus

1. Bédarride, nos 74 et 75.

2. Rouen, 20 août 1845. D. 46, 2, 108. — Cass. ch. civ. 20 août 1873. D. 73, 1. 459.

en une seule personne. Le commis n'est que le mandataire de son patron, et le mandataire ne se distingue pas de son mandant, puisqu'il n'est qu'un intermédiaire, un instrument de ce dernier, et qu'en le représentant, il ne s'oblige pas envers les tiers, et ne les oblige pas envers lui-même.

## II. — *De la preuve du contrat.*

Le mandat, pas plus que le louage de services, ne rentre dans l'énumération des actes commerciaux par eux-mêmes, que donnent les articles 632 et 633, C. com. Le préposé, qui n'est pas un commerçant, ainsi que nous l'avons vu précédemment (1), n'accomplit donc pas un acte commercial en engageant ses services à un négociant. Il cherche à tirer profit de sa propre activité; il ne spéculé pas sur les services d'autrui; il fait un acte civil, aussi bien que le propriétaire qui vend les produits de son fonds.

Le marchand, au contraire, qui engage un commis a pour objet direct l'exploitation de son commerce. Il spéculé sur le travail d'autrui, et fait ainsi un acte commercial.

En cas de contestation sur le contrat lui-même, quels modes de preuve devons-nous appliquer? Faudra-t-il admettre, comme on l'a proposé (2), que les deux parties

1. Page 133.

2. Journal du Palais, 1863, page 973; note sous l'arrêt de la Chambre, civ. cass., 19 nov. 1863.

soient obligées d'employer exclusivement les preuves du droit commun, ou celles du droit commercial, selon le caractère commercial ou non de la partie qui intente l'action ?

Et, d'abord, nous devons faire remarquer que les moyens de preuve autorisés sont indépendants du caractère commercial ou civil de la juridiction devant laquelle la contestation est portée (1). Ils dépendent uniquement de la nature commerciale ou civile du fait dont on veut administrer la preuve. Aussi, dans le cas où le contrat est commercial à l'égard de l'une des parties, et civil à l'égard de l'autre, il nous faut appliquer respectivement ce principe. Le commis pourra offrir contre son patron toutes les preuves que lui permet le droit commercial, tandis que le patron sera réduit contre son commis aux modes de preuve du droit civil (2). « On ne concevrait pas, disent MM. Lyon-Caen et Renault, que celui qui a fait l'acte de commerce opposât que cet acte est civil à l'égard de son co-contractant, et la partie qui a fait un acte purement civil pour elle ne peut pas souffrir de ce qu'il est commercial pour l'autre partie.... Celui qui a fait un acte de commerce ne saurait légitimement se plaindre de ce qu'on emploie contre lui les preuves commerciales. Au contraire, celui qui a fait un acte rentrant dans le droit commun serait injustement

1. Rouen, 8 mars 1878. J. du P. 1878, p. 1005.

2. Bravard et Demangeat, II, p. 461. — Larombière, V, art. 1341, n° 40. Aubry et Rau, VIII, n° 763 bis. — Lyon-Caen et Renault, I, n° 625. — Boistel, n° 436. — Demolombe, XXIX, n° 598.

« sacrifié, si les preuves du droit commercial pouvaient être employées contre lui. »

La jurisprudence a, du reste, sanctionné cette théorie d'une façon constante, et la généralité des termes employés dans un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, du 19 novembre 1862, ne laisse aucun doute sur la portée de cette doctrine. « Attendu, dit l'arrêt, que le contrat n'avait pas été fait de commerçant à commerçant; mais que cette vente a été consentie par un propriétaire cédant sa récolte à un fabricant qui l'achetait pour les besoins de son commerce; que si, respectivement à l'acheteur, une telle vente pouvait être considérée comme un acte de la vie commerciale, régi par la loi commerciale, il en était autrement à l'égard du vendeur qui, en la consentant, ne faisait qu'un acte de la vie civile, demeurant, quant à lui, sous l'empire du droit commun. Que, dès lors, c'était avec raison que le vendeur demandait que l'acheteur, quoique non commerçant, ne fût admis à prouver l'extinction de l'obligation qu'il avait souscrite, qu'en se conformant au § 1 de l'art. 1341, C. civ., etc. » (1).

Cet arrêt nous montre que la distinction, établie quand il s'agit de prouver l'existence ou les clauses du contrat, doit aussi être observée quand il s'agit de faire la preuve de l'une des conséquences du contrat, par exemple lors-

1. Ch. civ. Cass., 19 nov. 62, S. 63, 1. 29. — Adde, Douai, 6 août 1851, S. 51, 2, 806. — Ch. req. Cass., 31 mars, 74, S. 74, 1, 365, — Rouen, 8 mars 1878. J. Pal. 78, p. 1005.

lorsqu'une partie veut prouver l'extinction de l'obligation contractée.

Et cependant certains auteurs admettent que celui pour qui l'acte est commercial, peut prouver sa libération par les moyens de preuve du droit commercial (1): « Un arrêt du 19 nov. 62, dit M. Massé, juge qu'au cas de vente consentie par un non commerçant à un commerçant, et qui, par conséquent, n'a un caractère commercial que relativement à ce dernier, le commerçant, assigné en paiement du prix par le non commerçant, ne peut prouver sa libération que suivant les règles du droit civil. Il se fonde sur ce que la vente étant purement civile de la part du vendeur, restait sous l'empire du droit commun. Cela est vrai en ce qui touche la preuve de la vente qui ne pourrait être faite contre le vendeur que conformément aux règles du droit civil, parce que le fait de cette preuve aurait pour résultat de mettre à sa charge, n'a, quant à lui, rien de commercial. Mais est-ce également vrai en ce qui touche la libération de l'acheteur, qui constitue un fait distinct de l'obligation, et qui n'appelle pas nécessairement l'intervention du débiteur? Nous en doutons, malgré cet arrêt de la Cour de cassation, qui se trouve d'ailleurs en contradiction avec sa jurisprudence antérieure (21 juin 1827). Nous croyons qu'il suffit, dans ce cas, pour que les juges puissent admettre la preuve testimoniale, que cette preuve ait pour objet un fait commercial de la part de ce-

2. Massé, IV. n<sup>os</sup> 2543 et s. — Boistel, n<sup>o</sup> 347.

lui qui offre la preuve, sans qu'il soit nécessaire que ce fait ait également un caractère commercial de la part de celui contre qui la preuve est offerte. »

Il nous semble, quant à nous, que cette distinction n'est pas exacte. S'il est vrai qu'il puisse arriver que le débiteur lui-même n'intervienne pas dans la libération, il n'est pas moins vrai que les circonstances postérieures au contrat ne peuvent en changer la nature, et que le fait de l'extinction de l'obligation est toujours un acte civil à l'égard du non commerçant. Aussi les considérations par lesquelles nous avons justifié notre système sont-elles aussi plausibles quand il s'agit de prouver la libération, que dans le cas où l'on doit prouver l'obligation.

Du reste il est à remarquer que M. Massé a dénaturé complètement le sens de l'arrêt sur lequel il s'appuie (1). Il s'agissait d'un non commerçant qui, à titre de garantie d'une lettre de change dont il voulait faire opérer le recouvrement par un banquier, avait reçu de ce banquier un billet du montant de la traite. Sur la demande en paiement de ce billet, la Cour déclara que l'objet réel de la contestation était un acte de commerce, une remise d'argent de place en place ; que c'était au tribunal de commerce de connaître de cette demande, et que ce tribunal pouvait, sur de simples présomptions tirées du registre du banquier, décider que le billet avait été payé.

1. Cass., 21 juin, 1827. — D. 27, 1, 280.

La question n'était donc pas de savoir si un commerçant pouvait prouver sa libération envers un non commerçant par les moyens de preuve du droit commercial, mais bien si le billet souscrit par un commerçant à titre de garantie d'une lettre de change, avait le caractère d'un acte commercial par lui-même, dans le sens de l'art. 632 ; et c'est sur ce point que porte l'arrêt de la Cour.

Aussi dirons-nous que, tant pour prouver l'extinction de l'obligation, que pour prouver la formation et les clauses du contrat ;

1° On doit admettre la preuve par témoins et par présomptions de fait, même au-dessus de 150 francs, contre la partie qui a fait l'acte de commerce, mais non contre l'autre.

2° Dans le cas où le contrat d'engagement est relaté dans un acte sous seing privé en un seul original, cet acte fait preuve complète contre le patron, et non contre le commis.

3° Les livres de commerce tenus par le patron, conformément à la loi, ne font pas foi en sa faveur contre le préposé. Mais d'après l'art. 1329 C. civ., le juge peut considérer les énonciations qui y sont contenues comme un commencement de preuve suffisant pour déférer le serment supplétoire à l'une ou l'autre des parties (art. 1367 C. civ.) (1).

Ajoutons enfin qu'on ne doit pas oublier que les tri-

1. Lyon-Caen et Renault, I, n° 625.

bunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu pour recevoir ou rejeter, en matière de commerce une preuve testimoniale, qui serait d'ailleurs légalement admissible. (C. com., art. 49 et 109 in fine). (1).

1. Aubry et Rau, VIII, n° 763 bis.

### CHAPITRE III

#### DU COMMIS PARTICIPANT AUX BÉNÉFICES.

##### I. — *De la nature du contrat qui intervient entre le commis participant aux bénéfices et son patron.*

Il arrive souvent qu'un négociant intéresse son commis à la prospérité de ses affaires, en lui attribuant pour salaire une part dans les bénéfices de la maison. Il espère ainsi stimuler le zèle et l'activité de son préposé, et l'amener à s'intéresser, pour le plus grand avantage de tous les deux, à la bonne gestion des affaires qui lui sont confiées.

Le commerçant qui engage un employé, en lui fixant pour appointements une part dans les bénéfices, n'a certainement pas l'intention de se donner ainsi un associé. Et pourtant, en cas de contestation, bien souvent les commis intéressés élèvent la prétention d'être traités en associés de leur patron, et soutiennent qu'en adoptant ce mode de rétribution leur contrat d'engagement leur reconnaît cette qualité.

Il semble, en effet, qu'on retrouve dans cet acte tous les éléments constitutifs d'une société, d'après les art. 1832 et 1833 C. civ. 1° Chacun des contractants apporte

une mise. Le patron fournit son matériel, son fonds de commerce, le nom de sa maison, son crédit sur la place, etc. Le commis apporte son industrie, c'est-à-dire son travail et les connaissances spéciales qu'il a pu acquérir dans cette branche de commerce. 2° L'ensemble des mises constitue un fonds commun destiné à une exploitation en vue de bénéfices à réaliser. 3° Chaque associé est appelé à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. Et l'on ne peut pas dire que le commis ne supporte pas sa part dans les pertes. En effet, s'il n'y a pas de bénéfices, il perd sa mise sociale : son industrie et son travail ; il aura dépensé, sans aucune compensation ni rétribution, son temps et sa peine, si l'entreprise se solde par un déficit.

Il est vrai que, pour le contrat d'engagement entre le patron et le commis, on ne remplit jamais les formalités de publicité prescrites, à peine de nullité, par la loi du 24 juillet 1867, pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes. Mais le commis, qui ne peut prouver l'existence d'aucune de ces trois espèces de société, prétend qu'il existe, entre son patron et lui-même, une association en participation (art. 47 C. com.) dispensée par la loi de toutes les formalités de publicité (art. 49 et 50 C. com.).

La jurisprudence, qui consacre maintenant d'une façon invariable la doctrine opposée, avait approuvé cette théorie dans plusieurs arrêts. C'est ainsi que le 17 avril 1829, la cour de Bourges infirme un jugement du tribu-

nal de Nevers, qui ne voyait dans le commis intéressé qu'un locateur de services : « Considérant, dit la cour de Bourges, qu'il a été reconnu devant les premiers juges que, lors du bail du 14 juin 1826, il fut convenu verbalement que Dubois serait pour moitié associé à Pittié ; que, par un traité du même jour, Dubois fut nommé directeur de la fabrication pour tout le temps du bail, ayant pour gages la moitié du produit de la manufacture ; qu'il fut expressément convenu que Dubois ne pourrait être renvoyé par Pittié ; qu'ils ne pourraient que résoudre leur traité sans avoir le droit de s'expulser l'un l'autre ; qu'il résulte de ces circonstances la preuve d'une association en participation, dispensée par la loi des formalités auxquelles sont soumises les autres sociétés commerciales. Qu'en vain on oppose qu'il n'y a pas d'acte écrit, puisque la société pouvait exister sans acte et que le traité n'est pas dénié, etc. »

Et la Cour de cassation rejette le pourvoi formé pour fausse interprétation des art. 47 et 49 C. com. « Attendu, que la Cour royale a, dans les limites de sa juridiction, et en appréciant souverainement les conventions et les circonstances qui lui étaient soumises, reconnu l'existence, en fait, d'une société en participation qui a pu avoir lieu sans écrit » (1).

Mais il nous semble impossible d'adopter ce système, qui méconnaît absolument le caractère propre de l'asso-

1. Cass., 21 février 1831. D. 32, 1, 388. — Voir aussi dans le même sens, Lyon, 27 août 1835. D. 36, 2, 181.

ciation en participation. Ce qui distingue, en effet, l'association en participation des autres sociétés commerciales, ce qui a permis de la dispenser des formalités de publicité prescrites pour les autres, c'est que, tandis que la société a pour but toutes les opérations du commerce auquel on l'applique, l'association en participation n'est relative qu'à une ou plusieurs opérations déterminées (art. 48 C. com.). Elle n'a pour but qu'un ou plusieurs actes de commerce, dont l'objet est né au moment où les parties font leurs conventions, et ne doit pas se proroger au-delà du temps nécessaire pour les achever (1). Au contraire, le commis est uni à son patron par une communauté d'intérêts continuelle, qui ne se borne pas à une série d'opérations certaines et prévues lors du contrat. Les deux parties ont pour but de se livrer, soit pendant un temps déterminé, soit jusqu'à ce qu'il plaise à l'une d'elles de se retirer, à l'exploitation de toutes les affaires qui peuvent se présenter pendant la durée de leur réunion.

Il est donc impossible d'attribuer à la convention qui donne aux commis une part dans les bénéfices, le caractère d'une association en participation (2). Comme le préposé ne peut non plus jamais produire un acte de société, remplissant les conditions exigées par la loi du 24 juillet 1867, il ne peut donc en aucune façon prétendre que la nature de son contrat d'engagement a été

1. Pardessus, IV, p. 451. — Locré, Esprit du C. de com., I, p. 198.  
2. Ch. req., Cass., 31 mai, 1831. S. 31, 1, 249.

modifiée, et que ce louage de services est devenu une société.

On ne peut pas dire, en effet, qu'une rémunération fixe soit un des caractères essentiels du louage de services. Que le mode de rétribution change, il n'y a là qu'un règlement nouveau dans les conditions de la convention, mais non pas une transformation de la nature du contrat. « La participation aux bénéfices, dit M. Audiganne, n'est qu'un mode de rétribution du travail, autrement dit un salaire éventuel payé à certains moments, sous certaines réserves. Ce salaire ne constitue pas une association réelle. S'il est sagement appliqué, il peut tourner à l'avantage du patron qui l'adopte, et devient un bon calcul de sa part, tout en profitant à l'ouvrier. »

Aussi la jurisprudence a-t-elle décidé, dans une longue série d'arrêts, qu'il ne fallait pas considérer le commis intéressé comme un associé. Dès 1812, nous trouvons en ce sens un arrêt de la cour de Rouen sur une espèce, où les faits semblent pourtant être particulièrement favorables au préposé. Il s'agit d'un neveu auquel son oncle, pour le récompenser des services rendus à sa maison de commerce, donne une part dans les bénéfices ; et le chef de la maison annonce à ses clients cette détermination par une circulaire. Le neveu prétend qu'il est devenu associé, et que la circulaire n'aurait aucune signification, si elle n'était pas envoyée pour notifier au public cette modification dans la constitution de la maison. Mais la Cour repousse cette prétention en ces termes :

« Attendu que des faits il résulte : que la société dont il s'agit était exclusivement dans l'intérêt du neveu, et non dans l'intérêt commun des parties, comme le veut l'art. 1833, C. civ., auquel renvoie l'art. 18, C. com.

« Que le neveu n'y ayant apporté ni argent, ni autres biens; ni industrie, dans le sens que la loi attache à ce mot, elle se trouvait encore en opposition avec l'art. 1833, § 2, C. civ., qui exige des associés une mise respective ;

« Que, quand on pourrait considérer comme industrie proprement dite le travail du neveu dans les comptoirs de l'oncle (à apprécier dans ce cas aux appointements d'un commis de bureau), l'oncle n'ayant pas déterminé de son chef sa propre mise, ni même l'intérêt, que dans ses circulaires il annonce vouloir donner à son neveu, la société se trouverait dépourvue, par rapport aux pertes et bénéfices, des éléments indispensables pour exécuter la règle de proportion établie par l'art. 1853, C. civ.....

« ..... L'association, est donc sans base, sans fonds, ni consistance, et le neveu, intéressé dans les bénéfices, n'est pas un associé (1). »

Un autre arrêt, de date plus récente, est plus formel encore par la généralité des motifs qu'il expose :

« Considérant, dit la cour de Paris, que l'acte sainement apprécié, ne constitue pas une société commerciale ; que, d'une part, en effet, il y est exprimé que Z.,., sera

1. Rouen, 6 avril 1812. — S. 12, 2, 33.

attaché à la maison de B..., en qualité d'intéressé; que, d'autre part, les stipulations sont conformes à cette qualité, et démontrent que, dans l'intention des parties, il ne s'est agi que d'un de ces contrats, usités dans le commerce, par lequel un commis promet, en échange d'une part déterminée des bénéfices, son temps et son industrie; qu'à la vérité, contre l'usage général, l'acte soumet Z... à supporter une part des pertes; mais que cette clause, qui n'est point, d'ailleurs, incompatible avec la situation d'un commis intéressé, ne suffit point pour imprimer au contrat un caractère et des effets que repousse l'ensemble de l'acte.

« Considérant que les conditions constitutives de la société manquent entièrement dans l'espèce; qu'il n'y a pas de chose mise en commun; que les parties se réservent de rompre à leur gré la convention qui les lie; Qu'en outre de la part des bénéfices attribuée à Z., un prélèvement mensuel de deux cents francs lui est accordé sans obligation de rapporter à la caisse, en cas de perte, les sommes reçues, toutes clauses inconciliables avec la nature du contrat de société.

« Considérant encore qu'aucune disposition ne règle la gestion ni la liquidation; qu'une telle omission, eu égard à la situation respective des parties, est inexplicable, la raison ne permettant pas d'admettre, qu'au moment où B. améliorerait la situation d'un commis, il eût entendu non seulement lui conférer des droits égaux aux siens dans la direction de son commerce, mais encore

l'armer de la faculté de rompre le contrat quand il le jugerait à propos et d'exiger une liquidation.

« Considérant enfin que la correspondance de Z. exclut toute idée de société..... etc. » (1).

Il arrive parfois que, dans le contrat d'engagement, les parties se servent d'expressions impropres, qui qualifient faussement la nature de l'acte. On ne doit pas s'arrêter aux mots employés dans un sens inexact. Il faut alors rechercher dans les faits de la cause quelle a été la commune intention des parties. Ainsi l'arrangement consenti par un patron à son commis, dans lequel il est indiqué que les appointements de ce dernier comprendront, outre un traitement fixe annuel, une part proportionnelle dans les bénéfices de la maison, bien que qualifié par le patron d'admission à participation, peut être considéré par le juge du fait, en vertu d'une appréciation souveraine de la nature des relations des parties, comme n'étant qu'un règlement nouveau des conditions du louage de services. C'est ce qui ressort clairement de l'espèce suivante :

Le sieur Jigouzo avait été admis comme employé en 1854 dans la maison des sieurs Lehagre et Henneau, entrepreneurs de travaux publics à Nantes. Les affaires ayant prospéré, grâce à son concours, il réclama une part dans les bénéfices procurés par son activité.

1. Paris, 13 août 1853. Journ. Trib. comm II, p. 354. — Adde, Paris, 7 mars 1835. S. 35, 2, 235. — Bordeaux, 15 mai, 1846. S. 47, 2, 43. Cass., 16 avr. 1855, D. 55, 1, 325. — Lyon, 21 fév. 1844, D. 45, 2, 146. Paris, 20 janvier 1876. Journ. trib. com. XXV, p. 407.

Henneau lui répondit par une lettre en date du 23 décembre 1861 : « Par suite des conditions que nous venons de débattre, j'ai l'honneur de vous confirmer par écrit que M. Lehagre, pour lequel je me porte fort, et moi, nous vous admettons en participation dans notre maison de Nantes, ayant pour but les entreprises de travaux divers à Nantes et dans les environs. Votre intérêt sera, outre les appointements fixes de trois mille francs par an, savoir : 1<sup>o</sup> Quinze pour cent dans les profits et pertes de tous les travaux d'entretien, dont les marchés sont actuellement en cours d'exécution, et de tous les autres travaux présentement en règlement ; 2<sup>o</sup> Vingt-cinq pour cent dans les profits et pertes des gros travaux, ou travaux extraordinaires autres que ceux ci-dessus, et de tous les travaux à entreprendre à partir de ce jour. Vous consacrerez comme par le passé tous vos soins à la conduite des autres besoins de la société. Vous n'aurez à faire aucune avance de capitaux ; mais par contre vous n'aurez à prétendre aucun droit sur les fonds de roulement de la maison, ni sur le matériel de l'exploitation. Le présent arrangement aura son effet pour deux années qui expireront le 31 décembre 1853 ; mais il pourra être renouvelé ou prorogé, en nous mettant d'accord..... »

Après plusieurs prorogations, au mois d'octobre 1866, M. Henneau signifie à Jigouzo qu'à partir du 1<sup>er</sup> décembre il cessera d'être employé de la maison. Celui-ci, opposant qu'il est associé en participation, émet la préten-

tion de continuer à profiter de l'arrangement jusqu'à l'achèvement des travaux soumissionnés.

Un jugement du tribunal de commerce de Nantes le déboute de sa demande, en déclarant que cette convention n'est qu'un louage de services, puisqu'il y est stipulé que le commis ne fera aucun versement, et n'aura aucun droit sur les fonds de roulement ni sur le matériel de l'entreprise. Par suite, un tel arrangement n'enlève pas au patron le droit de congédier son commis sans indemnité, avant l'achèvement des opérations en cours d'exécution, pourvu que le congé ne soit pas intempestif.

Sur l'appel de Jigouzo, la cour de Rennes rend le 17 juir. 1870 un arrêt confirmatif : « Attendu, dit la cour, qu'il résulte d'une saine interprétation de la convention que Jigouzo n'a jamais été admis comme associé en participation dans la maison de commerce de l'intimé ; qu'il y est entré, demeuré et sorti comme simple commis intéressé, etc. »

Et la Cour de cassation, par arrêt du 17 avril 1872, rejette le pourvoi formé par le S<sup>r</sup> Jigouzo pour violation des art. 1832 et 1853 C. civ. et des art. 47 et s. C. com. (1).

De ce que le commis intéressé n'est pas un associé, il résulte plusieurs conséquences importantes, dont les tribunaux ont eu souvent à faire l'application :

1° Il ne supporte rien dans les pertes. Lorsque l'en-

1. Cass. ch. req. 17 avril, 1872. — D. 73, 1, 311.

treprise n'a pas réussi, il ne reçoit rien, mais il ne débourse rien. Il serait injuste en effet, de lui faire supporter indéfiniment les dettes, puisqu'il ne participe à l'exploitation et à la gestion des affaires que comme agent de son patron, et non comme associé (1).

2° En cas de faillite de la maison de commerce où il est employé, il peut figurer parmi les créanciers pour ce qui lui est dû comme appointements, et comme part dans les bénéfices antérieurement réalisés (2).

3° Le commis intéressé reste toujours dans la plus entière dépendance à l'égard du chef de la maison qui l'a engagé. Il doit exécuter les ordres de son patron, et ne peut, par son opposition, empêcher la réalisation des opérations que ce dernier veut accomplir (3).

4° Enfin le commis intéressé peut être congédié par son patron sans indemnité, si ce renvoi n'est pas intempestif, ou s'il peut être justifié par des motifs légitimes. Il en est ainsi, même lorsque dans la convention il y a stipulation d'un terme fixe. « Attendu dit la Cour de Rouen, que la convention, qui liait le S<sup>r</sup> Imart au S<sup>r</sup> Thuret pour une durée de trois années, ne conférait pas à Imart la qualité d'associé, et qu'elle ne lui en attribuait d'autre que celle de mandataire ayant part à la chose gérée, ou de commis intéressé, toutefois subordonné dans la maison aux ordres de ses commettants.

1. Boistel, n° 115.

2. Lyon, 12 juillet 65. — Journ. tr. com. XV, p. 75.

3. Molinier, n° 234. — Baudry-Lacantinerie, III, n° 743.

« Atteudu qu'une convention de ce genre rentre dans la classe des mandats révocables de leur nature ; qu'il en est ainsi dans l'espèce, nonobstant la stipulation d'un terme fixe, sauf l'indemnité des dommages causés au mandataire par l'exécution de cette stipulation, etc. » (1)

La cour de Paris a décidé dans le même sens que le juge des référés peut ordonner l'expulsion d'un commis, *même intéressé*, congédié par son patron, avant tout règlement et paiement préalable d'une indemnité, alors même que le principe de l'indemnité aurait été posé dans le contrat (art. 1382, 1780 C. civ., et art. 806 et s. C. proc. civ.) (2)

## II. — *Du droit à la communication des livres.*

Par suite de l'état de subordination du préposé à l'égard de son patron, il est impossible de reconnaître au commis intéressé le droit de critiquer les opérations de ce dernier. Il est évident en effet, que le patron, en accordant un intérêt à son employé, n'entend pas abdiquer le droit de diriger ses affaires comme il l'entend ; il reste le seul maître de son exploitation, et ne doit compte à personne de ses déterminations. Ainsi, lors même que le chef de la maison aurait commis des

1. Rouen, 18 févr. 1818. S. 18, 2, 132.

2. Paris, 28 juillet 1877. Journ. tr. com. XXVII, p. 116. — Adde, Paris, 28 janvier 1873. ; Journ. tr. com. XXII, p. 225. — Bertin, Ordonnances de référés, n° 819 et s. — Bazot, Ordonnances sur requête et référé, p. 266 et s.

imprudences ou des fautes lourdes, qu'il se serait engagé dans des spéculations hasardeuses, le commis n'aurait pas le droit de se plaindre : c'est une loi qu'il a acceptée par son contrat d'engagement. Un associé peut contrôler les opérations de son coassocié, parce que tous les deux sont sur le même pied d'égalité. Un commis, même intéressé, ne peut contrôler les opérations de son patron, parce que, malgré cet intérêt, il reste son subordonné.

Mais comme il a droit à une part des bénéfices, il a qualité pour relever ou vérifier toutes les erreurs ou inexactitudes, commises volontairement ou involontairement, soit dans les livres, soit dans les inventaires, qui auraient pour effet de le frustrer de la totalité ou d'une partie de ce qui lui est dû. Le patron à son tour serait mal fondé à se plaindre de cette immixtion de son commis dans le secret de ses affaires. On pourrait lui répondre, à lui aussi, qu'il s'y est volontairement soumis, en offrant à son commis un mode de rémunération qui implique un tel droit.

On a quelquefois essayé de soutenir, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation du 26 décembre 1866, que le commis intéressé, n'avait pas le droit de demander à relever les erreurs et les fraudes commises dans l'inventaire (1).

Mais dans l'espèce il ne s'agit pas d'un préposé ayant

1. 26 déc. 1866. D. 67, 4, 129.

une part dans les bénéfices de la maison. Il s'agit seulement d'un commis placier chargé de vendre, moyennant une commission, des marchandises pour le compte d'une société. Dans cette situation, il lui est facile, par les pièces qu'il a pu conserver entre les mains, d'établir l'importance des ventes effectuées par son entremise. Il n'a pas à s'occuper des autres opérations de la maison, puisqu'elles ne comptent pas pour la fixation de ses appointements.

N'étant qu'un simple mandataire, le placier est tenu de justifier des actes accomplis en vertu de son mandat, et de fournir dès lors des preuves auxquelles est subordonnée la détermination du chiffre de la rémunération proportionnelle par lui stipulée. C'est à lui de prouver sa demande, et il est sans droit pour exiger que ses adversaires lui fournissent les éléments qui, par sa faute ou sa négligence, lui font défaut.

Tout autre est la situation du commis qui a un intérêt, non pas seulement dans les affaires par lui faites, mais aussi dans l'ensemble des bénéfices de la maison de commerce à laquelle il est attaché. Il lui est, en effet, impossible de vérifier, d'après les pièces qu'il peut avoir, le chiffre des bénéfices qu'on lui attribue sur les opérations autres que celles qu'il a effectuées lui-même. Et c'est seulement ce droit de vérification et de contrôle qu'il est logique de reconnaître au commis, en autorisant, dans une certaine mesure, la communication des livres de son patron.

Depuis longtemps la jurisprudence a consacré ce principe, mais elle varie dans les modes d'application que l'on doit en faire. (1) « Attendu, dit la cour de Nimes, que, sans assimiler un commis intéressé à un associé, et sans lui reconnaître le droit de contrôler les opérations de son patron, on ne saurait toutefois lui refuser, dans *de certaines circonstances et avec une juste mesure*, la faculté de relever et de rectifier les erreurs d'inventaire qui, en faussant le chiffre des bénéfices, lui feraient perdre, en tout ou en partie, la quote-part promise à titre d'émoluments, etc. »

La cour semble indiquer que l'exercice de cette faculté peut être soumis à certaines restrictions. Les vérifications dont il s'agit pourraient en effet présenter parfois, pour le patron, de graves inconvénients. Il en serait ainsi dans le cas où le commis quitte la maison pour aller exploiter une industrie semblable. En consultant les livres, il trouvera inévitablement l'indication des moyens qui ont servi à son patron à réaliser ses bénéfices, et par suite cette communication causera un réel préjudice à ce dernier.

Aussi, certains tribunaux proposent-ils de charger dans ce cas des hommes compétents de procéder aux vérifications demandées, de telle sorte que ce qui est

1. Nimes, 20 juillet 1864. S. 64. 2, 235. — Paris, 5 févr. 66. j. tr. c. XV, 241. ; — Marseille, 23 août 1866. Journ. Marseille 67, 1, 5. — Id. 4 mars 1875, J. Mars, 75, 1, 161; — Rennes, 29 juin 1871. D. 72, 2, 135. — Aix, 31 juillet 1887. 5, Journ. mars, 76, 1, 130. — Cass., 3 janv. 1877, Journ. trib. com. XXVI, 309.

une garantie pour l'un ne dégénérait pas en vexation pour l'autre. Dans un arrêt motivé avec soin, la cour de Rennes repousse ce système qu'elle juge trop restrictif des droits du commis (1).

« Considérant, dit-elle dans un arrêt qui infirme un jugement du tribunal de commerce de Nantes, en date du 18 février 1871, qu'il est de principe que tout oyant-compte a le droit de vérifier l'exactitude du compte qui lui est présenté, et, par voie de conséquence, d'examiner les documents et les pièces justificatives qui en composent les éléments.

« Considérant que c'est avec raison qu'il a été reconnu par les premiers juges qu'il est juste que le commis intéressé puisse, en cas de doute, acquérir la certitude que les comptes de bénéfices à lui présentés sont exacts, et que par conséquent la part qu'on lui attribue est bien celle qu'on lui doit. Que d'autre part, avec raison aussi, ils ont considéré que les livres d'un commerçant, étant sa propriété, et contenant sur ses opérations commerciales des renseignements et détails d'une nature intime et confidentielle dont il importe de garder le secret, la communication ou la représentation de ces livres à des tiers n'en doit être ordonnée qu'avec une circonspection extrême, dans les cas spécialement prévus par la loi, et en l'entourant des garanties nécessaires ; Que, comme moyen de conciliation entre ces deux situa-

1. Rennes, 29 juin 1871, D. 72, 2, 133.

tions qui semblent se contrarier mutuellement, le jugement attaqué a ordonné que l'examen des livres du patron serait confié au mandataire de la justice chargé de la vérification du compte, et ce, non seulement sans l'imixtion personnelle, mais même à l'exclusion de l'examen par l'oyant-compte lui-même.

« Considérant que cette disposition est trop restrictive des droits de l'appelant : qu'alors que celui-ci ne conclut pas à ce qu'il lui soit donné communication des livres de son patron dans les termes de l'art. 14 C. com. ; et qu'il borne ses prétentions à être admis dans le cabinet, en présence et sous le contrôle de l'arbitre expert, à faire la vérification des parties de la comptabilité de l'intimé concernant les opérations dans lesquelles il est intéressé, ce serait paralyser son droit que de lui interdire d'en prendre une connaissance personnelle ; que toutefois il y a lieu de prescrire l'emploi de certaines précautions pour que cette faculté ne puisse donner lieu à aucun usage abusif...

« Par ces motifs, infirmant, dit et juge que l'appelant sera admis à vérifier personnellement dans le cabinet, en présence et sous les yeux de l'arbitre, et sans aucun déplacement, la portion des livres de l'intimé y déposés, concernant seulement les opérations dans les bénéfices desquelles il avait droit à une part déterminée, et pendant la période qu'ont duré ces opérations. Ordonne que par les soins de l'arbitre expert des bandes scellées de son sceau soient apposées sur toutes les parties des livres

étrangères aux opérations, et à la période dont il vient d'être question... »

Un arrêt récent de la Cour de cassation sur cette matière détermine dans quelles conditions le commis intéressé peut se faire communiquer les livres de son patron. (1) Il ne reconnaît pas au commis le droit de participer à l'inventaire, ce qui serait le traiter en associé, mais il consacre à son profit, comme conséquence de son droit de vérification et de contrôle : 1° le droit de se faire remettre une copie certifiée de l'inventaire ; 2° le droit de se faire représenter par un expert dans la vérification des livres et des documents dont la communication lui est due. (2)

Il est bien entendu que les tribunaux ne peuvent ordonner ces différentes mesures, que dans le cas où le contrat d'engagement ne s'explique pas sur ce point. Dans le cas contraire, ils doivent se conformer aux stipulations qui font la loi des parties. Ainsi, est parfaitement valable la convention par laquelle le patron, en ajoutant aux appointements de son commis un tant pour cent sur les bénéfices, déclare que cet employé n'aura pas le droit de s'immiscer en aucune façon dans les affaires de la maison, et qu'il devra rigoureusement s'en tenir aux résumés d'inventaires qui lui seront soumis chaque année. Mais, dans ce cas, le patron est tenu de fournir à son commis ces résumés, alors même qu'il se serait écoulé plusieurs

1. Cass., 3 janvier 1877. Journ. trib. com, XXVI, p. 309.

1. Trib. de com. de Paris, 18 mai 1865. J. tr. com. XV, p. 241.

années sans que le commis en eût exigé la remise, comme il était en droit de le faire.

En résumé, la jurisprudence, conformément au système que nous admettons, reconnaît au commis intéressé un droit de vérification sur les inventaires annuels, et sur les autres livres de la maison. L'exercice de ce droit est restreint dans de certaines limites et subordonné à certaines précautions, car le commis est un employé à gages et non un associé. On arrive ainsi, tout en sauvegardant les intérêts du préposé, à empêcher toute vexation et tout préjudice à l'égard du patron.

### III. -- *De la détermination de l'émolument du commis intéressé.*

C'est dans les inventaires de la maison de commerce où il est employé, que le commis trouve les éléments nécessaires pour calculer sa part dans les bénéfices. Aussi a-t-il le droit d'exiger qu'un inventaire distinct soit dressé pour chacune des années qu'il aura passées dans la maison (1). Comme il ne participe pas aux pertes, il ne doit pas, en effet, subir une diminution dans les profits d'une année à raison des pertes de l'année précédente. Cette disposition présente encore un grand intérêt pour lui, lorsque les bonifications n'ont été accordées que sur les bénéfices dépassant un certain chiffre, et que la confusion de deux

1. Rouen, 9 déc. 1875. Rec. de cette cour. 76, 221.

exercices peut priver le commis d'une part à laquelle il a légitimement droit.

Il est bon de remarquer, qu'en cas de contestation, il appartient aux juges du fait de déterminer souverainement, par appréciation des conventions des parties, les bénéfices sur lesquels le commis intéressé doit prélever la part qui lui revient (1). Des nombreuses décisions de la jurisprudence sur ce point, il nous est possible de dégager une série de règles générales qui peuvent servir à résoudre la plupart des questions difficiles.

Nous rechercherons d'abord pour cela quelles sont les sommes et créances qui doivent être comprises dans les bénéfices ; ensuite nous examinerons les prélèvements que le patron est en droit de faire avant le partage, et enfin nous verrons si le commis a un droit définitivement acquis à la part qui lui est attribuée à chaque règlement.

#### A. — *Masse des bénéfices.*

Le commis intéressé a droit à sa quote-part sur tous les bénéfices considérés comme acquis pendant son exercice, c'est-à-dire réalisés antérieurement à sa sortie de la maison de commerce (2). Il est clair qu'il ne saurait prétendre à aucune part dans les bénéfices des opérations, auxquelles il a pu concourir, mais qui ne sont ni terminées ni liquidées au

1. Cass., 1<sup>er</sup> juin 1875, D. 75, 1, 147.

2. Bordeaux, 21 janvier 1857. J. tr. com. IX, 188 ; Seine, 20 déc. 1859. J. tr. com. IX, 250 ; Paris, 28 novembre 1861 ; J. tr. com. XI, 27 ; Paris, 19 juillet 1872. D. 75, 1, 417 ; Paris, 27 avril 1876. J. tr. com. XXV, 522.

moment de son départ. Mais si l'opération se compose d'une série d'actes distincts, il serait injuste de priver le commis de sa part dans un profit certain, bien qu'il ne soit pas définitivement acquis. Aussi, la Cour de Bordeaux a-t-elle décidé que le préposé a droit, dans le règlement de son intérêt, au bénéfice qui peut résulter de la comparaison du prix actuel de la marchandise avec son prix d'achat. Lui contester ce droit, ce serait, en effet, aller jusqu'à cette conséquence inadmissible, qu'après avoir employé son industrie et son temps à des achats qui ont profité à la maison, un commis intéressé peut être contraint de se retirer sans rémunération aucune, parce que les marchandises achetées par ses soins n'auraient pas été vendues, et bien que leur existence constituât dès lors pour la maison un bénéfice plus ou moins considérable. Il est évident, du reste, qu'en de telles circonstances ce n'est point par une vente forcée de la marchandise que l'intérêt de l'employé doit être recherché, mais bien par une estimation, faite par expert, de leur valeur actuelle comparée au prix d'achat (1).

Comme les bénéfices d'une maison de commerce ne peuvent pas être évalués au jour le jour, mais seulement et dans leur ensemble, lors des inventaires annuels, c'est à ce moment qu'est réglée définitivement la situation du préposé à l'égard de son patron. On doit donc lui reconnaître le droit de réclamer sa part sur toutes les créan-

1. Bordeaux, 21 janvier 1857. Journ, tr. com. IX, 188. — Seine, 20 déc. 1859. J. tr. com. IX, 250,

ces réputées bonnes dans l'inventaire, sans que ce règlement puisse être subordonné au recouvrement de ces créances (1).

Comme conséquence logique, nous admettons ainsi que le commis n'a plus aucun droit, en cas de recouvrement, à sa part sur les créances portées dans l'inventaire au compte des profits et pertes, pourvu que cette évaluation ait été faite de bonne foi par le patron. Nous sommes ici en contradiction avec un arrêt de la Cour de Paris, qui réserve le droit du préposé, en vue d'un recouvrement éventuel (2). Nous croyons que la cour s'est laissé guider dans l'espèce par les circonstances du fait. En effet, le commis, successivement intéressé à un pour cent et à dix pour cent, n'avait touché que un pour cent sur les créances de la première période recouvrées pendant sa participation à dix pour cent.

Ce système présente un double inconvénient : l'un, de ne pas rémunérer le travail souvent pénible du recouvrement ; l'autre de prolonger les relations entre un patron et un commis, qui d'ordinairement se sont quittés en de mauvais termes. Il aboutit de plus à des conséquences absolument iniques ; le patron peut être exposé à payer deux émoluments proportionnels sur les mêmes bénéfices, puis qu'outre la part du commis qui est parti, il sera obligé, en cas de recouvrement, d'en donner une seconde au nouveau commis qui l'a remplacé. Aussi croyons-nous

2. Marseille, 31 août 1860. Journ. de Marseille, 61, 1, 52.

1. Paris, 1<sup>er</sup> 4<sup>to</sup>, 1875. D. 75, 1, 417.

qu'il est plus logique, en même temps que plus juste, de fixer une fois pour toutes la part du commis au moment de l'inventaire annuel qui détermine, de bonne foi et en toute équité, les bénéfices de la maison à l'époque où il est fait.

*B. — Des prélèvements à opérer par le patron.*

Le commis n'a droit à un émolument proportionnel que sur les bénéfices nets. Aussi doit-il subir la déduction de tous les frais généraux, dans le sens le plus étendu de l'expression. C'est ainsi qu'il ne peut faire supprimer dans le compte des frais généraux les dépenses de mise en sûreté des marchandises, telles que les frais d'embarquement et d'assurance pendant la guerre (1). Pour la même raison il doit encore subir le prélèvement des intérêts des capitaux empruntés par son patron pour les besoins de son commerce (2).

Il est ordinairement stipulé qu'il faut déduire des bénéfices une somme représentant l'intérêt du capital que le patron a engagé dans son entreprise, sans l'avoir emprunté. En effet, si les sommes employées dans le commerce produisent des bénéfices, dans lesquels les intérêts sont compris, il n'y a toutefois bénéfice pour un négociant que dans la partie de ce produit qui excède l'intérêt. Aussi nous admettons qu'il doit encore en être

1. Rouen, 9 déc. 1875. Rec. de cette cour, 76, 221.

2. Cass., 16 avr. 1855. D. 55, 4, 325.

de même en l'absence de toute stipulation. Le commis, n'étant qu'un employé à gages, ne règle pas avec ses patrons, comme feraient deux associés entre eux. L'intérêt qui lui est alloué n'est qu'une portion de ses appointements, et il doit être pris sur la partie du profit qui forme la véritable rémunération du travail, c'est-à-dire sur les résultats nets d'un inventaire, déduction faite des intérêts des capitaux (1).

On doit encore déduire de la masse des bénéfices les sommes représentant les appointements et les frais de ménage, que se sont attribués les patrons, à la condition toutefois que l'acte d'engagement se soit expressément expliqué sur ce point. Dans le cas contraire le commis ne doit pas subir ces prélèvements. En effet, les chefs d'une maison de commerce ont en vue de recevoir, comme rémunération de leur travail, leur part proportionnelle dans les bénéfices qu'ils feront, et les prélèvements, faits par eux pour leurs besoins personnels, ne sont pas des déductions de frais généraux, mais seulement un emploi d'une partie des bénéfices réalisés (1).

C'est aussi dans le cas seulement où le contrat d'engagement a prévu et réglé un mode d'amortissement applicable au fonds de commerce, au mobilier, et à la clientèle que le commis est tenu de le supporter (2). Cependant, bien que l'acte ne renferme aucune stipulation à cet

1. Marseille, 31 août 1860. J. Mars. 61, 1, 52. — Contra, Cass., 16 avril 1855. D. 55, 1, 325.

2. Paris, 8 juillet 1863 ; J. tr. com., XIII, p. 97.

égard, le commis est censé avoir accepté cette clause si, en fait, les inventaires de chaque année portaient un amortissement annuel ajouté aux frais généraux, qu'il en ait eu connaissance, et qu'il n'ait pas réclamé la première année (1).

Ce n'est qu'après tous ces prélèvements et d'autres encore qui peuvent être prévus dans les conventions des parties, qu'il est possible de déterminer d'une façon exacte la part dans les bénéfices qui doit revenir au commis comme supplément de ses appointements.

C.— *Du droit acquis à cet émolument avant la faillite du patron.*

Il est à remarquer que dans ce règlement le commis est toujours traité comme un subordonné et non comme un copropriétaire du fonds social. Il ne participe en rien à la confection des inventaires, et les évaluations, qui en forment les bases, ne sont point son fait. Par suite, on ne doit pas le supposer de mauvaise foi lorsqu'il reçoit sa part proportionnelle dans les bénéfices : ce n'est qu'une portion et une forme du salaire qui lui a été promis par le contrat de louage d'industrie passé entre son patron et lui. Aussi ne doit-il pas être tenu de rapporter à la masse, en cas de faillite de son patron, les sommes qui lui ont été attribuées à titre d'émolument proportionnel.

La cour de Lyon justifie avec un soin tout particulier cette décision dans l'arrêt suivant : « Attendu, dit-elle,

que les sommes payées à Muller (commis intéressé) ont été comptées antérieurement à toute cessation de paiements de la maison Guyon et Cie, et que, pour qu'elles pussent être répétées, aux termes des principes généraux du droit, il faudrait établir qu'elles ont été payées, ou par erreur, ou par suite d'un concert frauduleux entre le patron et le commis.

« Attendu qu'elles n'ont point été payées par erreur; que Guyon père, en faisant ses inventaires, a bien pu se tromper dans l'appréciation qu'il faisait de la solvabilité de ses débiteurs, dans l'évaluation de ses valeurs actives, mais qu'il ne se trompait sur aucun des éléments matériels de ses comptes; que c'est en parfaite connaissance de cause qu'il portait dans chaque inventaire une somme déterminée, comme constituant les bénéfices réalisés, et qu'il payait à son commis une somme déterminée pour la part de celui-ci dans les bénéfices.

« Attendu qu'on ne peut pas dire non plus que la confection des inventaires ait eu lieu frauduleusement et en vue de faire profiter Muller des bénéfices aux dépens des autres créanciers; que pour les inventaires anciens, il est impossible de refaire les évaluations sur lesquelles ont été calculés les bénéfices; que pour ceux plus rapprochés de la chute de la maison Guyon et Cie, les vices des évaluations qui apparaissent aujourd'hui ont pu ne pas apparaître aux chefs de la maison; qu'entre la possibilité d'illusions si fréquentes en pareille matière, et la fraude caractérisée, il y a une distance que les preuves produites ne permettent pas de franchir...

« Par ces motifs, déclare que la demande des syndics, en répétition des sommes payées à Muller, ne peut être admise, etc. » (1).

Nous voyons donc que la part proportionnelle du commis dans les bénéfices ne doit être rapportée à la masse que dans le cas où elle a été payée, soit par erreur, soit par suite d'un concert frauduleux entre le patron et le commis. Mais si le règlement de comptes a eu lieu en connaissance de cause et de bonne foi, le commis est à l'abri de toute réclamation de la part des créanciers de la faillite.

Et dans cet arrêt; comme dans ceux que nous avons cités précédemment, la jurisprudence n'a fait que tirer une conséquence du principe que le commis, même intéressé, est entièrement dans la dépendance de son patron. Aussi bien pour le droit à la communication des livres que pour la détermination de sa part dans les bénéfices, il reste dans tous les cas le subordonné, l'employé à gages, et non pas l'associé du chef de la maison de commerce, à qui il a loué ses services.

1. Lyon, 12 juillet 1865. J. tr. com. XV, p. 76.

## CHAPITRE IV

### DES RAPPORTS DES COMMIS AVEC LEURS PATRONS

#### I. — *Obligations des commis envers leurs patrons.*

Les obligations du préposé sont en général les mêmes que celles de tous les mandataires. Elles peuvent être ramenées à deux principales. Le préposé est tenu : 1° d'exécuter les opérations dont il est chargé en se conformant aux ordres de son patron ; 2° de rendre compte de la gestion des affaires qu'on lui a confiées.

#### A. — *Exécution du mandat.*

Le commis doit tout son temps, toute son activité et toute son industrie à la maison de commerce dans laquelle il est employé, sauf toutefois dans le cas où il y a eu à cet égard une convention contraire entre les parties. S'il se refuse à exécuter son engagement, il ne peut y être contraint malgré lui, et son obligation, comme toute obligation de faire, se résout en dommages-intérêts (1).

Le préposé n'a pas le droit de faire, sans le consentement de son patron, aucun acte de commerce pour son propre compte ou pour le compte de toute personne

1. Marseille, 24 juillet 1876. Journ. Mars. 76, 4, 232 ; — Marseille, 16 avril 1877 ; Journ. Mars, 77, 4, 181.

autre que son patron. C'est une conséquence directe de sa qualité de locateur de services. Aussi défendons-nous au préposé toute opération commerciale, alors même qu'elle ne serait pas de nature à faire concurrence à l'entreprise du préposant.

Cependant Alauzet prétend que la prohibition, faite au commis-voyageur de placer ses propres marchandises ou celles d'un tiers, n'existe de plein droit, que si les marchandises sont de même espèce que celles de la maison qu'il représente (1). Nous n'admettons pas cette solution en l'absence de toute convention sur ce point. Du moment qu'un commis s'est attaché à une maison de commerce, il est présumé lui avoir loué tous ses services. Pour s'occuper de ses affaires ou de celles d'autrui, il négligera forcément plus ou moins celles de son patron : il lui doit donc des dommages-intérêts pour inexécution de la convention (2).

C'est encore par suite de son caractère de subordonné aussi bien que par suite de sa qualité de mandataire, que le préposé doit se conformer scrupuleusement aux instructions de son préposant. Il répond de tous les événements, lorsqu'il ne les a pas suivies, à moins qu'il ne

1. Alauzet. Com. du C. de com., II, 607.

2. L'art. 199 du C. de com. espagnol déclare cause spéciale pouvant déterminer le renvoi du commis, nonobstant tout louage de services pour un temps déterminé, toute négociation de commerce pour son propre compte ou pour un tiers autre que son chef, à l'insu et sans la permission expresse de celui-ci. (Trad. de Victor Foucher, p. 76.)

puisse prouver qu'en les exécutant à la lettre, il aurait compromis les intérêts qui lui étaient confiés (1).

Aussi est-il responsable vis-à-vis de son patron s'il vend des marchandises à un prix moins élevé que celui qui lui avait été fixé. Le préposant, dans ce cas, n'est tenu ni envers l'acheteur, ni envers son propre commis, car il peut lui opposer que sa gestion n'est pas celle du mandat qu'il lui avait donné. Mais si le préposé, pour éviter l'action en garantie, que l'acheteur pourrait exercer contre lui, offre à son patron la différence entre le prix de vente et celui qui était fixé par le mandat, celui-ci ne peut plus se plaindre, et est tenu de faire la délivrance de la marchandise (2).

De même, le commis, chargé de faire des acquisitions pour une maison, qui a acheté des marchandises à un prix supérieur à celui qui lui était indiqué par la procuration, ne peut obliger son patron à accepter ce marché. Il a en effet excédé les limites de son mandat.

Mais le patron ne saurait refuser de prendre les marchandises au prix qu'il a lui-même fixé à son préposé. En effet, comme le dit Pothier : « Je ferais une injustice si j'obligeais mon mandataire à me donner la chose pour le prix porté sur la procuration, lorsqu'elle lui coûte plus cher. Au contraire mon mandataire ne me fait aucun tort en m'obligeant à prendre la chose pour le prix porté sur la procuration et en se chargeant lui-même

1. Rivière, n° 30.

2. Pothier, Mandat, n° 94.

en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a achetée de plus.»

C'est l'équité qui a fait prévaloir cette doctrine sur celle des des Sabinieniens. Ceux-ci prétendaient qu'il ne fallait pas que le mandant fût lié lorsque le mandataire ne l'était pas. Or, le mandant ne peut forcer le mandataire à lui laisser pour 100 la chose que celui-ci a achetée 120 ; le mandataire ne devrait donc pas non plus avoir le droit de contraindre le mandant à recevoir cette chose pour 100. Mais cette théorie très-logique n'est pas admise dans la jurisprudence moderne. On a pensé qu'il n'était pas équitable que le mandant pût être reçu à se prévaloir de l'excès du mandat, quand il a la chose qu'il voulait, au prix qu'il avait fixé (1).

Il est à remarquer que, si le préposé a agi de mauvaise foi, s'il a, avec intention et sans nécessité, acheté la marchandise à un prix supérieur à celui qui lui était indiqué par son patron, pour n'être pas obligé de la lui céder, il est passible de dommages-intérêts (2).

Dans le cas où le commis, chargé de la vente, a cédé des marchandises au prix fixé par la procuration, tandis qu'il résulte des prix courants ou de quelque autre preuve, qu'il pouvait traiter à des prix supérieurs, doit-il être tenu de dommages-intérêts envers son préposant ? Certains auteurs admettent l'affirmative en disant qu'il ne s'est pas conformé à l'esprit du mandat, et qu'il n'a pas obéi à la règle : *Mandatum semper exsequi debet in*

1. Pothier, Mandat, n° 94.

2. Rivière, n° 39.

*majorem mandantis utilitatem* (1). Quant à nous, il nous semble bien difficile de soutenir que le commis ne s'est pas conformé aux ordres reçus, et, sauf dans le cas de mauvaise foi évidente, nous croyons que sa gestion ne peut pas être attaquée sur ce point. En effet, toutes les fois que ses instructions sont claires et précises, le préposé n'en doit pas sortir, et n'a pas le droit d'agir à son gré.

Et même quand il agit dans les limites de son mandat et dans les termes mêmes de la procuration, il est encore responsable du préjudice que son imprudence, sa négligence ou son impéritie peuvent causer à la maison qui l'emploie. C'est là, du reste, une question qui rentre tout entière dans le domaine de l'appréciation des tribunaux. Les décisions peuvent être différentes selon les circonstances, la nature et les faits de chaque cause.

C'est ainsi que les tribunaux pourront dans certains cas établir une compensation équitable entre le bénéfice et la perte réalisés par un préposé dans deux actes distincts d'une même opération. Si un commis qui avait reçu l'ordre d'acheter à 100 et de revendre à 120, à acheté à 110 et revendu à 130, on pourra juger que l'opération totale est à l'abri de toute critique de la part du patron.

En général, quand ni le contrat d'engagement, ni la procuration donnée ne relatent de stipulations spéciales à l'égard de la responsabilité, on doit dire, en combinant

1. Delamarre et Lepoitvin, II, n° 163.

les règles du mandat salarié et du louage de services, que le proposé est tenu d'une grande diligence dans la gestion des affaires qu'on lui confie.

Ainsi, le commis doit instruire son patron de toutes les circonstances relatives aux opérations dont il est chargé. Les faits, dont il a connaissance, et que son patron ignore peut-être, sont souvent de nature à modifier les intentions du négociant, et par suite les instructions qu'il a données. La négligence du commis peut, dans ce cas, faire naître contre lui une action en dommages-intérêts (1).

De même aussi le commis est responsable du préjudice causé à son patron par l'insolvabilité des tiers, avec lesquels il a contracté, lorsque cette insolvabilité était notoirement connue au moment de l'opération. C'est en effet une faute lourde que de traiter en ignorant une situation qu'il aurait pu facilement connaître en prenant des renseignements.

Nous ferons encore remarquer que le commis doit agir avec exactitude, diligence et discrétion dans l'accomplissement de son mandat. Son patron pourrait lui demander compte, dans certaines circonstances, du préjudice qu'il lui aurait causé par une exécution partielle ou tardive de ses ordres, ou encore par la divulgation de secrets relatifs à ses affaires.

En un mot, le préposé, étant un mandataire salarié,

1. Lyon-Caen et Renault, I, n° 783. — Adde, Rouen, 28 avril, 1858. D. 1859, 2, 133.

est tenu de la *culpa levis in abstracto* (C. civ. art. 1992). Il doit avant tout se conformer aux instructions de son préposant, et il est tenu, pour éviter toute responsabilité, de traiter les opérations dont il est chargé, comme le ferait un commerçant soigneux (1).

C'est encore parce que le commis s'est engagé à une bonne exécution des négociations qu'on lui a confiées, qu'il lui est défendu de se substituer une autre personne. Si le préposé n'était qu'un simple mandataire, et que la procuration ne lui eût pas interdit toute substitution, il ne ferait qu'user d'un droit en se déchargeant sur un tiers de sa mission. Dans ce cas, il est vrai, il serait bien responsable des faits et gestes du substitué à l'égard du mandant, mais il ne répondrait pas des cas fortuits qui se produiraient dans la gestion du substitué.

Mais, dans notre espèce, le mandat est compliqué de louage de services. L'*intuitus personæ* joue un grand rôle dans le contrat d'engagement. Le négociant qui s'attache un commis, a pu apprécier son zèle, sa prudence, son activité et sa capacité. C'est en raison de toutes ces considérations qu'il lui confie des opérations, qu'il a tout intérêt à voir traiter personnellement par son commis.

Aussi le préposé viole la loi du contrat, s'il ne se conforme pas à l'interdiction tacite de la faculté de se subs-

1. MM. Lyon-Caen et Renault préfèrent l'expression *commerçant soigneux*, à celle de *bon père de famille* qu'emploie le Code civil art. 1137. C'est la traduction des termes du Code de commerce allemand ; *ordentlicher Kaufmann*.

tituer contenue dans la convention. Il doit donc être traité rigoureusement et répondre, non-seulement du fait du substitué, mais aussi des cas fortuits dont la substitution a été la cause ou l'occasion : c'est en effet une conséquence au moins indirecte de sa faute (1).

Cependant l'équité exige que le patron ne puisse répudier une négociation conclue conformément à ses intérêts et selon ses intentions, sous prétexte qu'elle a été traitée par un substitué. Mais il peut se fonder sur ce motif pour demander la résiliation de l'engagement et congédier son préposé, qui n'a pas observé une des clauses tacites du contrat (2).

Il en serait tout autrement si le patron avait, dans une procuration, donné à son commis la faculté de se substituer une autre personne. Dans le cas où le substitué aurait été désigné dans le mandat par le patron, le commis serait exonéré de toute responsabilité. Il n'a fait qu'exécuter les ordres de son préposant, et celui-ci ne peut lui demander compte du mauvais choix qu'il a fait lui-même.

Si au contraire la procuration autorise la substitution sans aucune désignation de personne, le commis est responsable de son choix. Mais dès que le substitué est capable et honnête, le substituant ne peut être tenu de dommages-intérêts à raison de l'issue malheureuse des opérations entreprises par le substitué.

1. Baudry-Lacantinerie, III, 905.

2. Troplong, Mandat, n° 447.

L'exécution [de l'entreprise, accomplie en dehors des instructions des préposants, peut souvent lui être avantageuse. Il ratifie alors les actes de son préposé expressément ou tacitement.

La ratification expresse résulte des actes écrits, de la correspondance, ou même de toutes paroles contenant une approbation nettement exprimée de la part du préposant. La ratification tacite résulte d'actes accomplis par le patron qui font nécessairement supposer chez lui la volonté de s'approprier ce qui a été fait en dehors des limites du mandat. Expresse ou tacite, la ratification rétroagit et produit, entre les parties, les effets d'un mandat qui aurait été antérieurement donné : *Ratihabitio mandato æquiparatur* (1).

En résumé, le préposé qui agit avec prudence et intelligence dégage facilement sa responsabilité. S'il se conforme aux instructions de son patron, il n'est passible d'aucuns dommages-intérêts, dans le cas où l'opération est malheureuse. S'il a dépassé les limites de son mandat, et que l'opération ait réussi, le patron sera le premier à ratifier les actes accomplis, et par suite ne pourra plus élever contre le commis aucune réclamation.

#### B. — *Obligation de rendre compte.*

« Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il

1. Baudry-Lacantinerie. III, n° 911.

aurait reçu n'eût point été dû au mandant (C. civ., art. 1993). » Le commis doit donc, en se conformant aux formes et aux délais d'usage, rendre compte à son patron des sommes d'argent ou des marchandises qui lui ont été remises à l'occasion des négociations dont il était chargé.

S'il emploie tout ou partie de ces sommes à son usage personnel, il en doit l'intérêt à six pour cent à partir du jour de cet emploi (C. civ., art. 1996).

Il doit également l'intérêt des sommes qu'il n'a pas détournées, et dont il est simplement reliquataire à dater du jour où il est mis en demeure (C. civ., art. 1996). La mise en demeure résulte d'une sommation, ou de tout autre acte équivalent, soit, par exemple, d'une lettre du patron (C. civ., art. 1139).

Tant qu'il n'a pas rendu compte, le commis est responsable de la perte, même par force majeure, des sommes qu'il détient pour le compte de son patron. Il est considéré comme dépositaire irrégulier, comme propriétaire des sommes qu'il a en sa possession (1).

Troplong fait remarquer qu'il faudrait, toutefois, donner une autre solution, si les espèces pouvaient être considérées comme corps certains *in individuo*, si, par exemple, elles étaient renfermées dans des sacs cachetés pour être restituées identiquement. Elles resteraient alors la propriété du patron, et la perte serait pour lui, en vertu de la maxime : *res perit domino*. Il en serait de même

1. Delamarre et Lepoitvin, II, n° 223.

dans le cas où l'argent aurait été constamment et soigneusement renfermé par le commis dans une caisse à part, enlevée à force ouverte par des voleurs, alors qu'il serait établi que depuis la réception des fonds du préposant, aucune somme n'était sortie de la caisse (1).

On assimile, dans ce cas, les espèces à des corps certains. Le commis, en effet, n'est pas tenu de rendre compte au préposant des objets qui ont péri par force majeure, sans sa faute. Il doit seulement, dans le cas où il aurait reçu une indemnité, la remettre à son patron.

C'est par le compte que le préposé est tenu dans tous les cas de rendre au préposant, que celui-ci peut vérifier de quelle façon le commis a exécuté ses ordres, et s'il a rempli fidèlement toutes les obligations résultant des conventions.

## II. — *Obligations des patrons envers leurs commis.*

Comme tout mandant, le patron est tenu envers son commis de deux obligations principales : 1° Il doit lui payer le salaire convenu ; 2° Il est obligé de lui rembourser les avances qu'il a faites, et de le rendre complètement indemne de toutes les suites de l'exécution du mandat.

### 1° *Paiement du salaire convenu.*

Le préposant doit payer à son préposé, à la fois man-

1. Troplong, Mandat, n° 437.

dataire salarié et locateur de services, les appointements fixés par la convention. Les usages, à défaut de stipulations des parties, règlent les lieux et les termes de paiement.

Les conventions des parties sur ce point varient beaucoup, au gré et selon la convenance des contractants, et aussi d'après les diverses branches de commerce et les coutumes des différentes contrées. Généralement les préposés sont loués au mois ou à l'année, très-rarement à la journée, et ils reçoivent souvent en dehors de leurs appointements, un tant pour cent sur les affaires qu'ils traitent, ou sur les bénéfices de la maison. Quelquefois c'est seulement cette part proportionnelle qui forme la totalité de leurs gages.

Le salaire convenu n'est dû que comme équivalent des services rendus. Si donc le commis s'est trouvé dans l'impossibilité d'accomplir ses engagements pendant un certain temps, le maître est en général fondé à lui faire subir une réduction proportionnelle sur ses appointements. (Arg. art. 1726 C. civ.) Toutefois, si l'impossibilité n'avait été que momentanée et causée par un cas fortuit, par exemple, une maladie, le commis pourrait réclamer la totalité de ses salaires, le maître ayant dû s'attendre à un événement de cette nature (1).

Mais il en serait autrement si le préposé était tombé malade par sa faute, ou en dehors du service du préposant. (Arg. art. 264 C. com.)

1. Seine, 19 octobre 1886 ; J. tr. com. XVI, p.38 ; — Seine 4 mai 1867 ; J. tr. com. XVI, 501.

Si le commis est loué à la journée, il n'a jamais droit qu'au paiement des jours où il a effectivement travaillé. Ce mode tout spécial de rémunération prouve bien que telle est la commune intention des parties.

Comme conséquence, on doit admettre que, si le commis est employé pour des services qui ne sont pas prévus par son engagement, il lui est dû une indemnité en sus des appointements stipulés (1).

D'ailleurs les tribunaux doivent, dans cette matière toute d'équité, tenir un grand compte des usages locaux et de la bonne foi des parties. C'est ainsi que la jurisprudence décide que les gratifications, faites à leurs commis par les patrons à différentes époques de l'année, ne les lient pas pour les années suivantes, toutes les fois qu'il n'est pas justifié d'une convention (2).

En cas d'obscurité dans les stipulations, la jurisprudence a plutôt une tendance à les interpréter en faveur du commis qui, même au moment du contrat, n'a pas la même indépendance que son patron. Ainsi, le tribunal de Rouen a décidé qu'un représentant de commerce, accrédité par une maison sur une place, peut réclamer son droit de commission tout entier, pour des affaires qu'il a traitées en compagnie du commis-voyageur de la maison. Sa commission lui est acquise du moment où le marché a été définitivement conclu, car, dans les conventions intervenues entre la maison et lui-même, il a pu

1. Seine, 11 mai 1832 ; Journ. tr. com. I, 183.

2. Marseille, 24 août 1874 ; Journ. Marseille, 74, 1, 267.

croire qu'il traiterait toutes les affaires de cette maison sur la place où il a été accrédité. Aussi ne devrait-il pas être privé de cette commission par le fait que la marchandise a été laissée pour compte par suite de sa mauvaise qualité, alors même que le vendeur accepterait ce laissé pour compte, et qu'ainsi le marché ne recevrait aucune exécution (1).

Il est à remarquer du reste que, si la loi favorise le préposé, en lui accordant un privilège pour le paiement de ses salaires, elle ne néglige pas non plus les intérêts du patron, puisqu'elle lui permet d'opposer, au moyen d'une courte prescription, une fin de non recevoir au commis qui réclame ses appointements après un laps de temps assez restreint.

#### A. *Privilège du commis pour le paiement de ses salaires.*

D'après le nouvel article 549, C. de com., (2) « les salaires dus aux commis pour les six mois qui auront précédé la déclaration de faillite, seront admis au nombre des créances privilégiées, au même rang que le privilège établi par l'article 2101, C. civ. pour le salaire des gens de service. »

Ce texte tranche d'une façon formelle la controverse qui s'était élevée de savoir si l'art. 2101, n° 4, C. civ., qui déclare privilégiés les salaires des gens de service, pour l'année échue et pour ce qui est dû sur l'année courante, s'appliquait aux commis des marchands. La

1- Trib. com. Rouen, 10 janvier 1877; Gaz. des tr. 25 janvier 1877.

2. Loi du 28 mai 1838.

doctrine était très divisée sur cette question. Certains auteurs soutenaient que dans l'ancien droit ce privilège n'existait qu'en faveur des domestiques proprement dits, c'est-à-dire des gens attachés au service personnel des maîtres ou à celui du ménage, et que c'était aussi au profit des domestiques seuls que l'art. 11 de la loi de brumaire an VII l'avait consacré (1).

D'autres, au contraire, s'appuyant sur des considérations d'équité, déclaraient que l'expression *gens de service* n'étant pas déterminée d'une manière précise par l'usage, on pouvait à la rigueur faire rentrer dans ces termes tous ceux qui, engageant leurs services moyennant des gages fixes, se placent, d'une façon plus ou moins absolue, sous l'autorité de la personne chez laquelle ils sont entrés en condition. (2) La jurisprudence était presque unanime à consacrer ce dernier système. (3)

L'art. 549, C. com., au contraire, est venu donner raison à la première théorie, puisqu'elle accorde au commis, en cas de faillite du patron, un privilège général, qui a bien le même rang que celui de l'art. 2101, n° 4, C. civ., mais qui a une moindre étendue au point de vue de la créance garantie. Ce privilège, en effet, ne garantit pas les salaires de la dernière année échue et ceux de l'année courante, mais seulement les appointements ga-

1. Massé et Vergé, V, n° 134 note 8. — Pont Priv. et hyp., nos 83 et s. Aubry et Rau, III, n° 260, texte et note 19.

2. Duranton, XIX, n° 58. — Troplong, Priv. et hyp. I, n° 142.

3. Metz, 4 mai 1820 ; Lyon, 1<sup>er</sup> février 1832, R. 32, 2, 388. — Paris, 19 août 1834, S. 34, 2, 622. — Paris, 15 fév. 1836, S. 36, 2, 133.

gnés pendant les six derniers mois. Et cette période de six mois a pour terme le jour du jugement déclaratif de la faillite du patron, et non pas le jour auquel ce jugement a reporté l'ouverture de la faillite (1).

Il nous semble que ce privilège devrait garantir non-seulement les appointements fixes du commis, mais aussi le tant pour cent qu'il peut avoir sur les affaires traitées. Pour nous, il est impossible de soutenir que cette espèce de remise proportionnelle ne rentre pas dans les termes de l'article 549, C. com. Cette commission n'est, en effet, qu'un mode particulier de rémunération, mais elle constitue une partie des appointements ou salaires, quelquefois même leur totalité.

Et pourtant la jurisprudence décide que les appointements fixes sont seuls privilégiés. Dans un jugement du 27 janvier 1857, le tribunal de commerce de la Seine déclare que les commis, qui sont rétribués au moyen de ces remises, travaillent en quelque sorte à leurs risques et périls, échangeant l'emploi de leur temps contre une rétribution proportionnelle sur les affaires qu'ils traitent (2). Dans une autre espèce, où la rémunération du préposé consistait seulement en un tant pour cent sur les affaires traitées, le même tribunal décide que « la créance ne consiste pas en appointements, mais qu'elle est le résultat d'avances de services par lui faites à ses

1. Trib. com. Seine, 13 juillet 1853 ; J. tr. com. II, 317 ; id. 14 fév. 1884  
Le Droit, 15 février 1884.

2. Trib. com. Seine, 27 janv. 1857. D. 58, 3, 48.

patrons, et de bénéfices aléatoires, qui ne sauraient engendrer le privilège réservé aux salaires des employés d'une maison de commerce (1). » Mais ces considérations nous semblent bien peu plausibles pour justifier une solution qui manque de logique et qui méconnaît les termes de l'art. 549, C. com.

Il est bien certain que le privilège organisé par le Code de commerce ne garantit pas les avances que le commis peut avoir faites à son patron. Le commissionnaire seul trouve dans nos lois commerciales ce mode de protection (art. 93-95, C. com.). Les privilèges étant de droit étroit, et ne s'établissant pas par analogie, l'action du commis en paiement de ses avances ne peut être garantie par le privilège des art. 93-95.

Mais, en raison de la situation digne d'intérêt du préposé qui, dans sa gestion, a fait des avances à son patron, on a essayé de soutenir qu'il a droit au privilège attribué par l'art. 2102, n° 2. C. civ., aux frais faits pour la conservation de la chose. Les sommes ainsi avancées, dit-on, doivent être considérées comme frais faits pour la conservation de la chose, et dès lors comme privilégiées, puisqu'elles ont pour but et pour résultat d'assurer l'exécution de l'entreprise, et par suite, sa conservation (2).

La Cour de cassation a rejeté cette doctrine (3) en

1. Tr. com. Seine, 1<sup>er</sup> mai 1857. D. 58, 3, 48.

2. Angers, 8 déc. 1848. Journ. du Palais, II, p. 489.

3. Cass. 8 janv. 1839. Journ. du Palais, II, p. 256.

rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris en date du 24 août 1837. Il est bien certain, en effet, que les avances du commis peuvent contribuer à mettre le patron en mesure, soit de faire de nouveaux bénéfices, soit d'éviter des pertes. Mais les autres créanciers, qui ont prêté des fonds au patron, peuvent tous émettre la même prétention. On ne peut donc en tirer la conséquence que le commis puisse invoquer, sur l'actif de la faillite du commettant, le privilège des frais faits pour la conservation de la chose. Du reste, ce privilège ne peut jamais être exercé sur la généralité de l'actif du débiteur, il ne peut l'être seulement que sur le prix ou le produit d'une chose mobilière déterminée, et la loi ne l'accorde même pas à toutes les espèces de frais faits à l'occasion de cette chose.

Aussi dirons-nous que, dans le système adopté par la jurisprudence, le privilège du commis garantit seulement les appointements fixes des six derniers mois avant la déclaration de faillite, et qu'il ne s'étend jamais, ni aux avances faites par le commis à son patron, ni aux remises proportionnelles qui lui sont attribuées sur les affaires qu'il traite.

B. — *Prescription de l'action en paiement des salaires.* — Aucun texte du Code de commerce n'indique la prescription qu'il faut appliquer à l'action en paiement des salaires du commis. Plusieurs opinions ont été émises sur ce point: d'après l'une, il faudrait soumettre cette action à la prescription de six mois qu'établit l'art. 2274, n° 3, C.

civ., pour l'action des ouvriers et gens de travail (1). D'après l'autre on doit se conformer à l'art. 2272, C. civ. qui permet d'opposer la prescription d'un an à l'action des domestiques qui se louent à l'année (2). D'autres auteurs ont proposé une distinction : il faut appliquer tantôt la première tantôt la seconde de ces prescriptions, selon que l'engagement a eu lieu au mois ou à l'année (3).

Quant à nous, il nous semble impossible, comme nous le verrons à propos de la compétence, de faire rentrer les préposés dans la catégorie des gens de travail ou des domestiques. La loi, en employant ces expressions, n'entend parler que de ceux auxquels, dans le langage usuel, s'appliquent ces qualifications, c'est-à-dire des personnes dont les services subalternes sont d'un ordre purement matériel. Ainsi, croyons-nous que la seule prescription, applicable à l'action des préposés en paiement de leurs salaires, est celle de cinq ans à laquelle, d'après l'art. 2277, C. civ., est soumis : « Tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts » (4).

Certains auteurs, tout en reconnaissant que cette solution est incontestable, observent avec raison que cette prescription est trop longue pour des employés qu'on

1. Pardessus, II, n° 536

2. Curasson, traité de la comp. des juges de paix, sur l'art. 5 de la loi du 25 mai 1838.

3. Rep. génér. du Journ. du Palais. V° Commis, n° 29.

4. Aubry et Rau, n° 774. — Laurent, XXXII, n° 509. — Rivière, n° 88. Lyon-Caen et Renault, n° 847.

paie ordinairement à des termes très rapprochés, et dès que leur traitement est échu. Mais il est impossible de trouver un autre texte de loi qui permette d'appliquer une prescription plus courte. De plus, nous retrouvons ici tous les motifs qui ont servi à justifier l'établissement de la prescription de cinq ans. « Le motif principal, dit M. Baudry-Lacantinerie, réside dans une pensée d'humanité, de protection pour les débiteurs (Bigot-Préameneu). On n'a pas voulu que la négligence d'un créancier qui laisse s'arrérer pendant un grand nombre d'années les prestations périodiques dont son débiteur est tenu envers lui, pût avoir pour conséquence la ruine du débiteur, obligé de faire un jour appel à son capital, pour payer en une seule fois une série d'annuités que normalement il devait prélever sur son revenu au fur et à mesure des échéances..... D'ailleurs, au bout de cinq années, il est probable que le créancier a été payé, car il s'agit de prestations qui constituent pour lui un revenu, et dont il a le plus souvent besoin pour vivre. A ce point de vue la prescription de l'article 2277 est destinée à fournir au débiteur qui s'est déjà libéré et qui a perdu sa quittance ou n'en a pas retiré, le moyen d'échapper à la nécessité de payer une seconde fois » (1).

Quelques auteurs pensent que la prescription de cinq ans n'est pas applicable aux remises proportionnelles allouées au commis sur les opérations qu'il traite. Ces

1. Baudry-Lacantinerie, III, n° 1689.

remises, disent-ils, étant promises sur chaque opération effectuée, ne peuvent rentrer dans la disposition de l'art. 2277 (1). Nous croyons, au contraire, qu'il faut soumettre ces droits de commission à la prescription de cinq ans. En effet, si le droit à la remise est né après chaque marché conclu, il ne s'ensuit pas qu'on puisse en exiger le paiement immédiat. Le paiement se fait en même temps que celui des appointements fixes du commis, car ces remises constituent une partie de ses émoluments. On peut donc les comprendre parmi les sommes payables par année ou à des termes périodiques plus courts et leur appliquer la prescription quinquennale.

Mais il n'en est plus de même dans le cas où, d'après les stipulations des parties, les appointements annuels du préposé doivent être capitalisés annuellement et rester entre les mains du patron pour produire des intérêts qui se capitaliseront eux-mêmes au bout de chaque année (C. civ. art. 1154). Et la preuve d'une telle convention peut être tirée, soit des livres du patron, soit des usages constants de la maison de commerce, soit de présomptions graves, précises et concordantes (C. com. art. 109).

La Cour de cassation dans un arrêt du 10 août 1859 caractérise d'une façon très-précise la modification que cette convention apporte dans la situation du commis à l'égard de son patron : « Attendu, dit-elle, que les prin-

1. Rivière, n° 99.

cipes de la prescription quinquennale, incontestables d'ailleurs quand il s'agit des appointements annuels d'un commis, ne sont pas applicables dans la cause. Qu'en effet, du moment qu'on admet qu'il devait y avoir capitalisation des intérêts d'année en année, ce qui résulte des conventions originaires intervenues, soit expressément, soit tacitement entre les parties, et reconnues dans l'arrêt de compte du 5 janvier 1858, ce qui, d'un autre côté, est conforme aux usages suivis par la maison Thériot à l'égard de ses employés, l'art. 2277 C. civ., qui a uniquement pour but de punir le créancier d'une négligence qui aurait coopéré à la ruine du débiteur, en laissant accumuler les arrérages, ne saurait être invoqué. Qu'il va de soi que si la demoiselle E. n'a pas exigé le paiement de ses appointements, ce n'est pas par négligence, mais ce n'est que pour leur faire produire des intérêts capitalisés, puisqu'aux termes des conventions elle les laissait à son crédit à chaque échéance, entre les mains de M. Thériot qui se livrait à des opérations de banque ; Que les sommes dues à la demoiselle E. perdaient leur caractère d'appointements pour revêtir celui de sommes prêtées, et ne devaient plus à ce titre, être soumises qu'à la prescription trentenaire.

« Attendu que les intérêts produits par les sommes laissées en crédit entre les mains de M. Thériot ne sont eux-mêmes soumis qu'à la prescription trentenaire ; qu'en effet, ils formaient chaque année, par leur réunion et leur confusion avec les capitaux qui les avaient pro-

duits, un nouveau capital, susceptible de produire des intérêts qui étaient inséparables de la créance principale et n'étaient plus prescriptibles par cinq ans, etc. »(1).

Le commis, qui d'après les conventions est devenu prêteur, et qui a renoncé à se faire payer ses appointements chaque année, ne peut donc plus soutenir que les sommes à lui dues par son patron, rentrent dans les termes de l'art. 2277 C. civ, et par suite la prescription de trente ans est la seule qui leur soit applicable.

### 2<sup>o</sup> Remboursement des avances

Indépendamment des salaires promis, le préposant doit rembourser à son commis toutes les avances qu'il a faites à son service, et par suite l'indemniser des pertes qu'il a pu faire en exécutant ses ordres (art. 1999, C. civ.).

Il n'est toutefois pas tenu des avances qui sont réputées mises par la convention à la charge du commis, et se trouver implicitement comprises dans ses appointements (2).

Le préposé a encore droit à l'intérêt des avances par lui faites, à dater du jour où ces avances sont dûment constatées (C. civ. art. 2001). Le taux de l'intérêt dans ce cas, est de six pour cent, qui est le taux légal en matière de commerce.

1. Cass., 10 août 1859. S. 60, 1, 456.

2. Pardessus, 41, n° 536.

Mais si le préposé a entre les mains des valeurs appartenant au patron et que ces valeurs soient liquides, il s'établit une compensation jusqu'à concurrence des avances faites, et le commis, dans cette limite, n'est plus admis à réclamer d'intérêts.

Dans le même cas, le préposé peut retenir et compenser, comme le dit Pothier (1), sur les sommes du patron qui se trouvent en sa possession, les avances et déboursés auxquels l'exécution de son mandat a donné lieu, à la condition, toutefois, que le montant en soit dûment constaté.

Mais nous ne pouvons admettre le droit de rétention, que la majorité des auteurs reconnaît au commis détenteur d'un corps certain pour le compte de son patron, jusqu'au complet remboursement de ce qu'il a payé (2). Pour nous, le droit de rétention, qui, dans la doctrine même que nous combattons, est opposable aux tiers, constitue évidemment un droit de préférence. Or, il est de principe que les droits de préférence ne peuvent être reconnus que par la loi, que les dispositions qui les établissent doivent s'interpréter restrictivement, et que ce droit ne peut être accordé en vertu de l'interprétation analogique. En conséquence, comme aucun texte ne peut être invoqué sur ce point par le préposé, il faut rejeter fermement le *veluti quodam jure pignoris* de Pothier, et refu-

1. Pothier, Mandat, n° 58.

2. Pothier, Mandat, n° 59 ; Rivière, n° 81.

ser au commis tout droit de rétention sur les corps certains qu'il détient pour le compte de son patron.

Nous n'admettons pas davantage la théorie dans laquelle Pardessus soutient, d'après Pothier, que le préposant n'est tenu d'indemniser son commis que des pertes dont l'exécution du mandat aurait été la *cause* et non simplement l'*occasion* (1). Nous croyons que cette distinction trop subtile a été abolie, avec raison, par l'art. 2000, C. civ., d'après lequel « le mandant doit indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'*occasion* de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable. »

Le Code a consacré sur ce point la doctrine de Domat, qui laissait une grande latitude d'appréciation aux tribunaux : « Si un procureur constitué, dit-il, souffre quelque perte ou quelque dommage à l'*occasion* de l'affaire dont il est chargé, on jugera par les circonstances si la perte devra tomber sur lui ou sur celui dont il faisait l'affaire. Ce qui dépendra de la qualité de l'ordre qu'il fallait exécuter, du péril, s'il y en avait, de la nature de l'événement qui a causé la perte, de la liaison de cet événement à l'ordre qu'on exécutait, du rapport de la chose perdue ou du dommage souffert à l'affaire qui en a été l'*occasion*, de la qualité des personnes, de celle de la perte, de la nature et valeur des choses perdues, des clauses de l'engagement entre celui qui avait donné l'ordre et celui qui l'exécutait, et des autres circonstances

1. Pardessus, II, n° 536. — Pothier, Mandat, n° 75.

qui peuvent charger l'un ou l'autre de la perte ou l'en décharger. Sur quoi il faut balancer la considération de l'équité, et les sentiments d'humanité que doit avoir celui dont l'intérêt a été une cause où une occasion de perte à un autre » (1).

Les tribunaux ne devront donc point s'arrêter à une vaine distinction de mots, et jugeront surtout en fait, d'après les circonstances de la cause qui leur est soumise. Comme il y a mandat, on décidera que le patron est tenu d'indemniser le commis des pertes subies à l'occasion de sa gestion ; mais comme il y a aussi louage de services, on ne donnera pas à ces termes une portée trop extensive.

En résumé, pour sanctionner les rapports des patrons et des commis, les tribunaux devront tenir un grand compte de la bonne foi des parties. Quand les clauses de l'engagement seront obscures, ils devront plutôt les interpréter dans un sens favorable au préposé, qui n'a ni la même instruction, ni les mêmes lumières, ni la même indépendance que le préposant. Ils devront aussi rechercher si le patron n'a pas, abusant de l'ignorance du commis, glissé dans les conventions quelque clause vexatoire désignée par une fausse qualification. Ces sortes de stipulations, qui dégénèrent facilement en escroqueries, sont très communes, surtout à Paris ; l'une des plus répandues consiste dans le versement d'un soi-disant cautionnement.

1. Domat, Loi civiles, liv. I, tit. 15, sect. 2, n° 6.

III. — *Du versement d'un cautionnement.*

« Il arrive tous les jours, dit M. le conseiller Barbier dans un rapport à la Cour de cassation en date du 14 mai 1875, que des industriels peu scrupuleux demandent et obtiennent de malheureux à la recherche d'un emploi, le sacrifice de leurs dernières épargnes, versées à titre de cautionnement pour garantie de la gestion de cet emploi tant désiré, et qui souvent n'est qu'un leurre. Ce genre de tromperie est bien connu de la justice, et il constitue une des variétés de la fraude, contre laquelle, au sein d'une grande ville, les petits capitaux sont difficilement protégés.

« Tantôt l'agent de la fraude arrive jusqu'à dépasser les limites légales qui séparent le dol de l'escroquerie, dans le cas, par exemple, où il fait appel à des versements de cautionnements pour des emplois dans une entreprise qui n'a pour elle que les apparences, mais qui, en réalité, est fausse ou imaginaire, ou bien quand il détermine le versement par l'emploi de manœuvres frauduleuses bien caractérisées. Tantôt, sans aller jusqu'à l'escroquerie, il se fait verser des sommes qualifiées de cautionnements, qu'il entend appliquer et qu'il applique réellement à ses besoins, sans aucunes ressources pour faire face au remboursement, lorsqu'il sera demandé, commettant ainsi un détournement, un véritable abus de confiance. »

Aussi le conseiller rapporteur demandait-il que la Cour de cassation restituât à ce contrat sa véritable qualification, qu'elle déclarât que c'était un nantissement et non un cautionnement, afin que le patron, qui avait détourné ces fonds, pût être passible de l'art. 408, C. pénal.

Il n'est pas possible, en effet, de soutenir que le versement d'une somme, à titre de garantie d'une gestion, puisse constituer un cautionnement. C'est une sûreté réelle, tandis que le cautionnement est une sûreté personnelle, puisque c'est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes répondent de la sûreté d'une dette, et s'obligent à l'acquitter si le débiteur n'y satisfait pas (art. 2011, C. civ.). Mais dans le langage usuel on est arrivé, par une extension abusive du mot cautionnement, à l'appliquer à certaines sûretés réelles, et c'est ainsi que le patron peut souvent, dans un but frauduleux, se servir de ce terme sans éveiller l'attention du commis.

En effet, lorsque la loi ou l'autorité du juge oblige à fournir une caution, l'obligé qui ne peut pas trouver une garantie personnelle est reçu à donner, pour la remplacer, un gage ou nantissement suffisant (art. 2041, C. civ.). Par analogie on a appelé dans la pratique cette sûreté réelle cautionnement. On a ensuite donné ce même nom à la sûreté, également réelle, que certains officiers publics et certains employés des grandes administrations sont tenus de fournir à leur entrée en fonctions. Mais dans tous les cas, les sommes ainsi versées

le sont à titre de gage ou de nantissement, et ce sont les principes de ce contrat, et non ceux du cautionnement proprement dit, qu'on doit appliquer (1).

A l'exemple du gouvernement (2) et des grandes administrations particulières, certaines maisons de commerce exigent, et peuvent exiger, en vertu du principe de la liberté des conventions, de ceux qui se présentent pour devenir leurs employés, le versement d'une certaine somme à titre de cautionnement. Mais dans ce cas encore le contrat reçoit une fausse qualification. La somme est, en effet, versée pour la sûreté réelle d'une dette. Cette dette n'est qu'éventuelle, il est vrai, puisqu'elle résultera seulement d'une gestion négligente ou infidèle. Mais cette éventualité de la dette ne change en rien le caractère du contrat, car rien n'empêche le créancier éventuel de recevoir un nantissement. Ce contrat rentre donc en tous points dans la définition du nantissement donnée par l'art. 2071, C. civ., et ne peut, en aucun cas, être considérée comme un cautionnement.

Dans l'espèce, sur laquelle la Cour de cassation avait à statuer, on objectait : 1° que la somme versée portait intérêt à cinq pour cent ; 2° Que l'employée (gérante d'hôtel meublé), qui avait versé, était obligée, pour obtenir le remboursement, de prévenir trois mois d'avance ; 3° que cette employée était une gérante participant aux bénéfices de la maison.

1. Pont, Petits contrats, II. p. 3.

2. Loi du 10 avril 1816.

Ces trois circonstances ne modifient en rien la nature du contrat, et s'expliquent facilement sans avoir besoin de recourir à l'idée du cautionnement.

1° L'intérêt à 5 0/0 de la somme versée est, en effet, une stipulation équitable qu'on retrouve presque toujours, en pareil cas, notamment pour le cautionnement de la plupart des fonctionnaires.

2° Comme le nantissement a été constitué en choses fongibles, celui qui les a reçues n'est pas tenu de les conserver pour les restituer en nature, mais il doit toujours être prêt à en rendre la valeur, sous peine d'abus de confiance. Aussi, en vue de l'emploi, du placement possible de la somme, on comprend la stipulation du créancier nanti, demandant à être prévenu trois mois d'avance, pour se mettre en mesure de rembourser. En effet, l'employé, le gérant peut vouloir brusquement quitter la maison. Par cette clause le patron se prémunit contre cette hypothèse, qui lui imposerait la gêne d'un remboursement immédiat.

3° Enfin, dans l'espèce, les cinq pour cent sur le chiffre des affaires, attribués à la gérante, ne sont pas autre chose qu'un supplément de traitement ajouté au traitement fixe de cent francs par mois et aux autres avantages, savoir : la table et le logement. Ils appartiennent à la partie de l'acte qui règle la rémunération de la gérante ; ils n'ont rien de commun avec le versement de quinze cents francs à titre de cautionnement, et par suite ne peuvent modifier en rien le caractère de ce versement.

La Cour de cassation a donc, selon nous, interprété avec raison les conventions des parties, en décidant : « .... Qu'en droit le contrat, dont les éléments sont ci-dessus précisés, constitue un nantissement, tel qu'il est défini par l'art. 2071, C. civ.

« Que le versement, par une personne pourvue d'un emploi ou d'une fonction, d'une somme destinée à la garantie de sa gestion (ce qu'il est d'usage d'appeler le versement d'un cautionnement), réunit tous les caractères essentiels du contrat de nantissement ; qu'en effet l'employé, débiteur éventuel à raison des fautes de sa gestion, remet pour la sûreté de cette dette éventuelle, une certaine somme entre les mains du maître avec lequel il traite et qui devient un créancier nanti.

« Que les clauses relatives, soit au paiement annuel des intérêts à 5 0/0 de la somme versée, soit à l'obligation de prévenir trois mois d'avance pour obtenir le remboursement de la dite somme, ne sont que des stipulations accessoires qui n'affectent et ne modifient en rien le caractère essentiel du contrat, etc. » (1).

Et cet arrêt, qui ne fait que consacrer les décisions antérieures de la jurisprudence (2), fait une juste application des principes d'équité, qui doivent régir les rapports entre les patrons et leurs préposés. Le commis, soit qu'il accepte un mandat de son préposant, soit qu'il lui

1. Cass. 14 mai 1875 ; S. 75, 1, 383.

2. Cass. 29 nov. 1866. S. 67, 1, 188. — Cass. 26 septembre 1867. S. 68, 1, 139.

engage ses services, se place sous la dépendance de ce dernier. Il a confiance en sa bonne foi, puisqu'il abdique sa volonté entre les mains de son patron. Il doit donc être protégé par la loi, d'une façon toute spéciale, contre les manœuvres frauduleuses que son instruction et ses connaissances sont insuffisantes à lui signaler.

## CHAPITRE V

### DES EFFETS DES ACTES DES COMMIS A L'ÉGARD DES TIERS

Les préposés, qui traitent ordinairement au nom de leurs maîtres, ne contractent le plus souvent aucune obligation personnelle à l'égard des tiers. Mais, comme tous les mandataires, ils obligent valablement leurs patrons tant qu'ils restent dans les limites de leur mandat (art. 1998 C. civ.). Ils engagent encore la responsabilité de leurs préposants par suite des dols, délits ou quasi-délits, qu'il commettent dans l'exercice de leurs fonctions (art. 1384 C. civ.). Quelquefois aussi, dans des cas très rares, ils sont personnellement responsables de leurs opérations vis-à-vis des tiers.

On voit donc que, sur ces différents points encore, il suffit de combiner les règles du mandat avec celles du louage de services. Mais, comme dans la pratique, l'application de ces principes a soulevé de sérieuses difficultés, nous croyons utile de faire de chacun d'eux, l'objet d'une étude spéciale.

#### I. — *Obligations des préposants à l'égard des tiers.*

1° *Par suite de l'exécution du mandat.* — En règle générale, il est incontestable que le patron est personnelle-

ment obligé, toutes les fois que celui qui le représente a agi dans les limites de son mandat, mais qu'il n'est pas engagé, lorsque le préposé a excédé ses pouvoirs.

Si le patron a donné à son commis une procuration dans laquelle sont clairement indiquées les conditions, la nature et l'étendue du mandat dont il le charge, les juges pourront facilement décider si le commis a agi dans les limites ou en dehors de ses instructions, et, par suite, si le préposant est obligé ou ne l'est pas. Mais le plus souvent le préposé agit en vertu d'un mandat tacite, que son patron est censé lui avoir donné à son entrée dans la maison de commerce. Aussi les tribunaux, tout en suivant certaines règles recommandées par les usages, ont-ils à tenir compte de toutes les circonstances de chaque cause, et leur appréciation souveraine décide, d'après les faits, si le commis a exécuté fidèlement les ordres reçus, ou s'il les a dépassés.

La nature des occupations habituelles de chaque commis, les actes que son patron a coutume de lui laisser faire sans opposition, et ceux que les négociants de la même profession sont dans l'usage de confier aux agents qui ont des emplois semblables, servent à déterminer l'étendue et la durée du mandat tacite, que tout commerçant est présumé avoir confié à son préposé (1).

Ainsi, le *facteur*, placé à la tête d'un établissement commercial, a le droit de faire tous les actes nécessaires

1. Pardessus, n° 561 ; — Paris 18 fév. 1853 ; Journ. tr. com., II, 181. Alger, 5 févr. 1874. Rec. de cette cour, 77, 145.

à l'administration dont il est chargé. Si le patron prétend avoir apposé certaines limitations à cette autorisation, il doit prouver que le tiers, avec lequel le facteur a traité, les a connues. Les pouvoirs de ce commis sont très étendus, car on le considère comme le véritable chef d'une maison de commerce. Aussi les tribunaux lui reconnaissent-ils le droit de créer des traites à son ordre pour les besoins de l'établissement dont il a la direction (1).

Le *commis placé en boutique ouverte* et dans un magasin destiné à la vente en détail, est évidemment autorisé à vendre et à recevoir le prix. Il a également le droit de toucher le montant des ventes faites à terme, si l'acheteur vient payer au magasin, et il peut en donner quittance. La jurisprudence considère même comme libératoire le paiement fait entre les mains de ce commis, sur un acquit revêtu d'une fausse signature du patron, ainsi que du timbre de la maison (2).

« Il y a des villes, dit M. Vincens, où on permet aux commis de quittancer eux-mêmes pour leur patron sans procuration. Mais il faudrait un usage bien avéré pour autoriser cette méthode. Elle est particulièrement dangereuse lorsque les créances ne résultent pas d'un titre obligatoire, comme serait une lettre de change, mais d'un compte ou facture sans acceptation. Et cependant, en

1. Cass. 8 juin 1832. S. 32, 1, 736 ; — Paris 6 juillet 1874 ; Journ. tr. com. XIV, 209.

2. Marseille 14 mars 1867 ; Journ. Marseille, 67, 1, 135 ; — Paris, 17 avril 1879, j. tr. com. XIX, 71 ; — Seine 23 décembre 1879, j. tr. com., XIX, 322.

certains pays où la lettre de change n'est quittancée que par le négociant, il laisse à ses commis le soin de fournir reçu des paiements de marchandises » (1).

*L'employé chargé du recouvrement au domicile* du débiteur ne peut donner aucune quittance, à moins qu'elle ne soit signée du chef de la maison ou d'un commis spécialement préposé à cet emploi.

Les *commis aux écritures* ne sont pas autorisés à faire des achats, ni à vendre, ni à emprunter. Ils ne peuvent tirer des lettres de change ou autres effets de commerce, ni les accepter, ni les endosser. Ils n'ont pas non plus mandat pour faire des virements en banque. Leurs attributions très restreintes ne sont susceptibles d'aucune extension sans une procuration expresse. Aussi la signature qu'ils mettraient à des actes de correspondance avec la formule : *par procuration*, n'obligerait le préposant, qu'autant que des circulaires ou un mandat spécial auraient annoncé ce pouvoir au public.

Dans la pratique, le *caissier* signe lui-même les quittances qu'il donne. Cependant, certaines maisons suivent plus rigoureusement les principes en ne remettant à leurs clients que des acquits signés du patron.

Les fonctions et les pouvoirs du caissier, malgré toutes les responsabilités qui pèsent sur ce commis, sont ordinairement très mal définis dans le contrat d'engagement. Les coutumes de chaque place doivent être consultées

1. Vincens, I, 562.

avec soin pour déterminer la part de responsabilité encourue par le caissier, en cas de contestation. Ainsi, il arrive fréquemment qu'un caissier emprunte chez les caissiers voisins ou amis de son patron. Souvent aussi il fait avec eux des échanges de monnaies qui entraînent des déplacements et des risques momentanés. A moins d'un désaveu formel et antérieur à l'acte, le patron ne peut guère contester ce mandat tacite, lorsque ces opérations sont en usage dans le pays. On a souvent essayé de mettre en doute cette autorisation tacite, après des évènements malheureux, mais ceux qui émettaient cette prétention avaient eux-mêmes toujours dans leur propre caisse laissé passer des faits semblables qui amenaient leur condamnation.

Il arrive aussi parfois que de simples commis chargés ordinairement de tout autres attributions, soient employés à ce mouvement de monnaies, et se disent envoyés à cet effet soit par le patron, soit par le caissier.

Quelque sévérité que l'on doive mettre pour résister à une pratique souvent désastreuse, il semble difficile de prétendre que le commis, dans ce cas, n'engage pas la responsabilité de son patron. Il faut admettre toutefois que les circonstances soient telles que le tiers a pu, sans négligence, se laisser induire en erreur. En effet, ces opérations peuvent se faire d'une façon constante sur la place ; le commis est souvent chargé de tels messages ; le patron a donné d'autres exemples d'une confiance pareille ; enfin le montant de la somme prêtée, la plausibi-

lité de la prétendue commission peuvent prouver qu'il n'y a ni mauvaise foi, ni imprudence de la part de celui qui a remis l'argent. Dans de semblables hypothèses, l'équité demande qu'on se prononce contre celui qui a eu le malheur de choisir un préposé infidèle, et qui n'a pris aucune précaution pour limiter la confiance dont il a lui-même donné l'exemple aux autres.

Cependant, dans le doute, les juges devront parfois condamner celui qui a remis l'argent sans les précautions que lui recommande la loi. Il y a, en effet, toujours moyen d'accréditer des préposés, quand il en est besoin, par des mandats temporaires. Aussi les tribunaux pourront-ils décider, en appréciant les faits de la cause, que les règles prescrites par la loi n'ont pas été observées, qu'il n'a pas existé de mandat tacite, et que le prêteur imprudent ne doit s'en prendre qu'à lui-même de son manque de précautions.

« Tout ce que le commerce ferait, conclut M. Vincens, pour restreindre l'abus dont nous parlons, pour le rendre impossible ou plus rare, serait assurément excellent. Mais la paresse, la rapidité des transactions, l'habitude entretiennent ces mauvaises pratiques, malgré le danger évident et les épreuves multipliées » (1).

La question devient encore plus délicate lorsqu'il s'agit de déterminer les limites du mandat donné aux *commis-voyageurs*. Ces agents en effet, traitent loin de l'œil du

1. Vincens, I, p. 574.

maître, et semblent jouir d'une liberté d'action fort étendue. Et pourtant on ne doit pas oublier qu'ils n'engagent leurs patrons que dans les termes de leurs instructions, et que par suite il y a imprudence à traiter avec eux sans connaître d'une façon exacte l'étendue de leurs pouvoirs.

Et d'abord, doit-on dire que le commis-voyageur n'a pas le droit de conclure des marchés définitifs, s'il n'est pas muni de pouvoirs spéciaux à cet effet ? Une partie de la jurisprudence adopte cette opinion et décide que, si le commis-voyageur n'a pas reçu un mandat exprès de vendre ou d'acheter sans aucune réserve, les commissions qui lui sont données et qu'il a acceptées au nom de sa maison, ne doivent être réputées que de simples commandes ou propositions d'achat ou de vente (1),

Mais une jurisprudence plus récente décide au contraire, qu'on doit présumer, chez le commis-voyageur, le pouvoir de vendre ou d'acheter définitivement. Le patron, pour ne pas être engagé à l'égard des tiers, doit déclarer expressément qu'il se réserve le droit d'approuver ou de désavouer les marchés conclus par son préposé (2). Et quant à nous, il nous semble que cette solution est plus conforme aux usages, car la mission du commis-voyageur

1. Bordeaux, 4 avril 1842. S. 48, 3, 362 ; — Bordeaux, 8 avril 1845. S. 48, 2, 361 ; — Montpellier 24 décembre 1841. S. 42, 2, 245.

2. Rouen 12 mars 1847. D. 49, 2, 36 ; — Limoges, 22 janvier 1848. D. 49, 2, 37 ; — Nîmes, 20 avril 1852 Jour. tr. c. l., 346 ; — Paris, 18 février 1853, Journ. tr. com. II, 181.

n'est pas ordinairement restreinte au seul droit de faire des propositions ou de recevoir des ordres.

Les tribunaux invoquent, à l'appui de cette opinion, la célérité toujours si nécessaire dans les opérations commerciales. Ils ajoutent que l'autre système, en décidant que le patron n'est pas engagé, tandis que le tiers est obligé par le contrat passé avec le commis-voyageur, admet une condition potestative prohibée par la loi. De plus, on trouverait encore, dans cette hypothèse, une condition léonine en faveur du préposant, qui pourrait exécuter le marché ou le désavouer, selon que le prix de la marchandise aurait baissé ou augmenté.

Sans doute, ces considérations paraissent très logiques, mais nous croyons que les tribunaux devront encore ici se laisser guider surtout par les coutumes et par les circonstances de la cause. Les usages conduisent à décider que, par cela seul qu'un commis voyageur se présente au nom d'une maison, il y a présomption suffisante qu'il est chargé de conclure. C'est, en effet, dans quelques cas très rares seulement que le patron restreint les pouvoirs de son préposé à la mission de faire des offres. Mais il peut arriver que les coutumes d'une maison de commerce soient contraires au système ordinaire, et les tribunaux devront alors, en l'absence de procuration expresse, déclarer nécessaire l'approbation du patron pour la conclusion définitive du marché.

Le plus souvent, au contraire, les circonstances prouveront que les conventions et les stipulations faites par

le commis-voyageur, doivent lier irrévocablement la maison qu'il représente. Il en sera ainsi lorsque les marchés antérieurs faits par le même préposé pour le compte de la même maison ont toujours été considérés comme définitivement conclus. Il en sera encore de même dans le cas où une maison de commerce a remis entre les mains de son commis-voyageur des cartes imprimées présentant d'un côté le nom et l'adresse de la maison, représentée par X... (*nom du voyageur*); et de l'autre cette mention : *Note des marchandises vendues à..... par MM..... (nom des mandants), entremise de M. X..... (nom du voyageur)*. Dans ces diverses hypothèses les mandants allégueraient en vain que les pouvoirs de leur commis se bornaient à recevoir des commissions qu'ils se proposaient de ratifier.

« En résumé, dit M. Rivière, lorsque la qualité du commis-voyageur comme représentant d'une maison de commerce sera avouée ou constatée, l'étendue de son mandat et les conséquences de ses actes, si aucune procuration n'est représentée, devront s'apprécier soit d'après l'usage suivie par le préposant, soit d'après les faits et les circonstances. C'est là une question qui rentre dans le pouvoir discrétionnaire des tribunaux (1). »

Mais en admettant que le commis-voyageurs ait une procuration formelle qui lui donne le pouvoir de vendre, a-t-il par cela même le droit de toucher le prix de l'opé-

1. Rivière. n° 95.

ration? La doctrine est fort divisée sur ce point, qui se rattache directement à la célèbre question de savoir si le pouvoir de vendre comporte celui de toucher le prix.

Sans remonter aux savantes discussions de Barthole et de Fachin qui professaient l'affirmative, tandis que Pothier, d'après Wissembach, soutenait la négative, nous croyons que les distinctions proposées par des auteurs plus récents ne trouvent pas une application équitable en notre matière. Selon les uns, le mandataire qui vend a le droit de toucher le prix si, d'après sa procuration, il vend au comptant, ou encore si sa procuration ne lui ordonne pas de vendre à terme, et qu'il vende au comptant (1). Dans une autre opinion, on accorde au mandataire le droit de toucher le prix toutes les fois qu'il a vendu des choses mobilières, soit à terme, soit au comptant. On lui refuse ce pouvoir quand il s'agit de vente d'immeubles (2).

Il nous semble, quant à nous, qu'en général le commis-voyageur n'a pas reçu tacitement le pouvoir de toucher le prix. Il en est certainement ainsi dans le cas où sa procuration lui ordonne de vendre à terme. Le mandant a voulu nettement séparer deux actes de la même opération : la vente et le paiement. En donnant le pouvoir de faire l'un, il a implicitement refusé le droit de faire l'autre.

1, Toullier, VII, n° 23 ; Duranton, XII, n° 51,

2. Pardessus, n° 557 ; — Delamarre et Lepoitvin. II, n° 110 ; — Tropolong, n° 319.

Nous croyons que lors même que le commis-voyageur vend au comptant, quand sa procuration ne lui impose pas l'obligation de vendre à terme, il n'a pas qualité pour recevoir le prix. Ses attributions se bornent à traiter, et à donner avis à son patron des opérations qu'il a conclues. Il n'est pas en possession de la marchandise qu'il vend; il n'est pas chargé d'en faire la délivrance; pourquoi penser qu'il ait reçu la mission d'en toucher le prix (1)?

Dans un seul cas nous admettons pour le commis-voyageur que le mandat de vendre implique celui de recevoir. C'est lorsqu'il est nanti de la marchandise au moment de la vente, ou lorsqu'elle lui est envoyée, après la vente, par son patron, avec ordre d'en faire la délivrance à l'acheteur. Le préposant montre ainsi, par la remise qu'il lui fait de la marchandise, qu'il a assez confiance en lui pour lui permettre de toucher le prix de l'opération.

Nous ajouterons qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la distinction entre les meubles et les immeubles, car, dans la pratique, un commis-voyageur ne vend que les choses mobilières.

Pour terminer avec les pouvoirs du commis-voyageur, nous ferons encore observer qu'il ne peut, sans une procuration expresse, ni tirer, ni endosser, ni accepter des lettres de change au nom de son patron. La loi autant

1. Rivière, n° 105.

que la raison s'y opposent, puisqu'elle exige sur ces actes la signature de celui qui s'engage. Pour la même cause, on doit aussi, malgré la cour de Bordeaux, décider que le commis-voyageur ne peut stipuler comme assureur, même dans le cas où l'acheteur l'exigerait dans l'acte de vente (1).

Toutes les fois qu'un préposé agit dans les limites de son mandat, telles que nous venons de les déterminer d'une façon générale, il oblige son patron à l'égard des tiers. Quand, au contraire, il dépasse les instructions de son préposant, celui-ci n'est pas tenu envers les tiers, à moins qu'il ne lui plaise de ratifier les opérations de son commis. Dans le cas d'une ratification, soit expresse, soit tacite, le patron est obligé comme s'il avait donné le mandat avant la négociation (2).

En pratique, la jurisprudence interprète presque toujours dans un sens favorable aux tiers les doutes qui peuvent s'élever sur l'étendue des pouvoirs du préposé. Elle punit ainsi l'imprudence du patron qui a mal placé sa confiance et a fait un mauvais choix. C'est seulement lorsque la mauvaise foi ou la négligence des tiers est évidente, qu'elle dégage le préposant de toute responsabilité dans les cas où le préposé a excédé les limites de son mandat.

Ainsi, lorsque le commis s'est livré à des opérations

1. Vincens, I, p. 272 ; — Contra Bordeaux, 23 novembre 1830. D. 31, 2, 7.

2. Aix, 3 mars 1830. Journ. Palais, XXIII, p. 225 ; — Rouen 3 juillet 1846 ; D., 46, 2, 201.

complètement étrangères au commerce spécial annoncé par l'enseigne de la maison, le patron n'est pas engagé par les contrats conclus par son préposé. La Cour de Paris l'a jugé en ce sens dans une espèce où un gérant d'une fabrique de tissus pour meubles avait acheté, au nom de son patron, une grande quantité de diamants, qu'il avait ensuite revendus, et dont il avait dissipé le prix (1).

La Cour de Paris a encore décidé que le patron ne pouvait être actionné en paiement de billets à ordre que, sans son autorisation, son commis s'était fait souscrire, à son ordre personnel, par des clients de la maison, et qu'il avait escomptés à son profit.

« Attendu, dit la Cour, qu'il est constant, dans les relations commerciales, que les commis ou préposés ne peuvent obliger les maisons qui les emploient que dans les limites du mandat qui leur a été confié ; que la sécurité du commerce exige qu'il en soit ainsi ; qu'enfin il est contraire à tous les usages commerciaux qu'un commis ait le pouvoir de faire souscrire des billets à son ordre personnel et de les escompter ;

« Attendu que, pour que les tiers aient une action contre le mandant, il est nécessaire que le mandataire ait agi *procuratoris nomine*, et non en son nom personnel ; dans le dernier cas, en effet, les tiers n'ont pour obligé direct que le mandataire ; qu'ainsi il est de principe en jurisprudence et en raison que le mandataire qui traite

1. Paris, 12 juin 1866 ; Journ.tr.com. XVI, 246 ; — Adde Seine 23 juin 1885 ; le Droit 25 juin 85.

en son nom personnel s'oblige seul et n'oblige pas son mandant vis-à-vis des tiers, non plus que ceux-ci envers le mandant ;

« Attendu, d'ailleurs, que c'est aux tiers de s'assurer de la nature des pouvoirs du représentant de celui avec lequel ils veulent traiter. Que c'est à eux de vérifier si la limite des pouvoirs n'est pas dépassée ; que, s'ils omettent de le faire, ils n'ont qu'à s'imputer les conséquences de leur négligence.

« Attendu qu'en fait le pouvoir donné dans l'espèce par Tur à Mahaut ne confère pas à ce dernier le pouvoir de se faire souscrire des billets à son ordre personnel et de les escompter. — Que c'est sans que Tur se fût porté fort pour Mahaut, et sans que le sieur Lachausse-Michaux eût exigé de lui les garanties usitées en banque, que des opérations d'escompte se sont engagées entre eux ;

« Attendu que si Tur a autorisé Lachausse-Michaux dans plusieurs circonstances à remettre à Mahaut les fonds dont il pourrait avoir besoin ; si même il a envoyé, par l'intermédiaire de Mahaut, des billets à l'encaissement, ces billets, de l'aveu de Lachausse-Michaux, portaient la signature de Tur ;

« Attendu que les billets, objet du procès, sont endossés par Mahaut, mais ne portent pas la mention *pour compte et par procuration*, usitée dans le commerce ; que les endos ont eu seulement pour résultat d'obliger Mahaut personnellement.

« Attendu enfin que Mahaut, en escomptant les billets

souscrits à son profit chez le sieur Lachausse-Michaux, a agi en dehors des limites de son mandat ; que ce dernier n'a pu entendre traiter avec d'autres que Mahaut personnellement, et qu'il doit s'imputer les conséquences de sa propre négligence » (1).

Ces motifs nous semblent indiquer d'une façon très exacte les conditions nécessaires pour que le commis n'oblige pas son patron, même en agissant en dehors de ses pouvoirs. Il faut ou que l'opération soit évidemment étrangère au mandat donné au commis, ou qu'il y ait une négligence notoire de la part des tiers.

Aussi la Cour de cassation, interprétant d'après les circonstances de la cause l'art. 1998, al. 2, C. civ., a-t-elle pu décider qu'une maison de commerce est liée par les marchés conclus en son nom par son représentant accrédité sur la place, alors même que ce mandataire outre-passe les ordres qui lui ont été donnés, si cette circonstance n'a pas été portée à la connaissance de l'acheteur (2).

Pour justifier sa décision, la Cour invoque dans l'espèce la bonne foi des deux parties. Le rabais consenti par le commis, en dépit des instructions de son patron, était peu considérable et pouvait s'expliquer par le désir d'empêcher la maison de perdre un bon client. On ajoute qu'une maison de commerce, en établissant des représentants dans les différentes villes, ne peut exiger que

1. Paris, 23 novembre 1857 ; Journ. tr. com. VII, 42.

2. Cass. 16 août 1860 ; Journ. tr. com, X, 144.

ses clients se fassent représenter, pour chaque affaire, le mandat en vertu duquel on traite, mandat qui, au moyen du télégraphe, peut varier d'instant en instant. Ce serait en quelque sorte réserver aux mandants le privilège impossible de n'accepter que les affaires qui pourraient leur paraître avantageuses, sauf à rejeter celles qui offriraient un résultat plus douteux.

D'ailleurs, il est absolument nécessaire de laisser aux préposés une certaine liberté d'action, car sans cela toutes les affaires conclues par l'entremise des représentants ou des voyageurs deviendraient impossibles. Aussi est-il équitable de décider que les négociants qui ont le choix de leurs mandataires sont responsables lors même que ces derniers excèdent les limites du mandat, si les tiers n'ont aucune négligence à se reprocher.

Mais nous ne pouvons accorder aux tribunaux le même pouvoir souverain d'appréciation, dans le cas où le préposé s'est substitué un tiers dans sa gestion. Ce n'est point là une question qui doit être décidée d'après les faits et les circonstances.

Il se peut que le préposé soit autorisé à se donner un remplaçant, soit expressément, soit virtuellement, par exemple lorsque l'affaire ne peut être différée sans qu'il en résulte un grave préjudice pour le patron. Le plus souvent, au contraire, le commis n'a pas le droit de transmettre ses pouvoirs à un tiers. Dans le premier cas seulement, le patron est tenu d'exécuter les marchés conclus par le substitué. Dans le second cas, les engage-

ments du substitué ne doivent produire aucun effet à l'égard du préposant.

En résumé, dans l'hypothèse d'une substitution comme dans toutes les autres espèces que nous venons d'examiner, nous n'avons fait qu'interpréter, en suivant les tendances de la jurisprudence, et dans un sens très favorable aux tiers, les deux règles posées par l'art. 1998, C. civ. : 1° Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ; 2° il n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

2° *Par suite des faits du préposé.* — Mais les préposants ne sont pas seulement obligés par les contrats de leurs préposés. Ils sont encore responsables civilement des délits, quasi-délits ou du dol commis par ces employés dans l'exercice de leurs fonctions (C. civ. art. 1384).

On a prétendu, mais en vain, que cette responsabilité devait s'arrêter à la limite de la procuration donnée. S'il en était autrement, disait-on, les préposés pourraient, par suite de leurs dols, ruiner leurs patrons qui n'auraient, malgré la vigilance la plus active, aucun moyen de s'y opposer. Et d'abord il est impossible de s'arrêter à cette doctrine en présence de la disposition formelle de l'art. 1384, al. 3 : « Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. » Il est bien certain qu'il n'est pas nécessaire que

le patron ait donné à son commis le mandat de mal faire; il suffit que le fait, qui est la cause du préjudice, ait été accompli par le commis dans *les fonctions auxquelles il est employé*, c'est-à-dire dans l'exercice de ces fonctions ou à l'occasion de leur exercice.

De plus, cette responsabilité n'est pas fondée, comme dans les deux premiers alinéas de l'art. 1384, sur la présomption d'un défaut de surveillance. Elle est basée sur une présomption légale de faute, et cette faute consiste à avoir mal choisi le préposé par le fait duquel le préjudice a été causé. Aussi le commettant ne peut-il pas échapper à cette responsabilité, en prouvant qu'il lui a été impossible d'empêcher le fait qui donne lieu à l'action en dommages-intérêts. La loi, en effet, ne réserve pas ici la preuve contraire, comme elle le fait pour les père et mère, instituteurs et artisans (art. 1384, alinéa final).

La jurisprudence a, du reste, toujours été constante sur ce point. Elle décide que le patron est responsable, quand bien même il n'aurait pas ordonné le fait dommageable, pourvu que ce fait ait eu lieu dans l'exécution des instructions données au préposé (1). Quand il s'agit d'un délit, si le maître avait donné des ordres formels, non seulement il serait civilement responsable, mais encore il devrait être réputé coauteur ou complice du fait qui donne lieu à la poursuite.

La cour de Cassation a jugé que le commettant ne peut

1. Cass. 2 avr. 1843. S. 13, 1, 350 ; — Cass. 8 nov. 1843. S. 43, 1, 852 ; Cass. : 3 Déc. 1846. S. 47, 1, 302 ; — Cass. 5 nov. 1854. S. 57, 1, 375.

se soustraire à la responsabilité civile du dommage causé par son préposé, sous prétexte que le préjudice résulte d'un crime pour lequel aucun mandat n'a été donné. Il suffit pour établir cette responsabilité qu'il y ait mandat donné à l'employé à l'égard des faits non délictueux, lors desquels le crime a été commis.

Et l'on ne peut objecter qu'on viole ici le principe de la personnalité des peines. La responsabilité civile a toujours été soigneusement distinguée de la responsabilité criminelle, et c'est cette dernière seule qui doit être absolument personnelle au coupable (1).

A plus forte raison le maître peut-il être poursuivi civilement à l'occasion des fraudes de son commis dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi les amendes encourues par les facteurs et les divers préposés pour contraventions aux lois sur les douanes, octrois, ou autres droits dus au trésor public, frappent le patron qui ne saurait s'y soustraire en abandonnant les objets qui constituaient la négociation (2).

Cette responsabilité du patron est très-rigoureuse, car la loi ne veut pas faire supporter aux tiers les conséquences du mauvais choix qu'a fait le commettant.

Cette raison est très nettement indiquée par la jurisprudence dans toutes les causes qui lui ont été soumises. Aussi la cour de Paris a-t-elle décidé que le patron est responsable de l'abus que fait son employé de bons im-

1. Cass. 13 déc. 1886 ; S. 27, 1, 232.

2. Pardessus, 1, 561.

primés, portant l'en-tête de sa maison, à l'aide desquels ce commis, qui était préposé aux recettes, a touché indûment diverses sommes d'un débiteur. Il en est surtout ainsi lorsque ces bons sont revêtus d'une fausse signature assez bien imitée pour éloigner toute défiance (1).

De même encore le chef d'une maison de commerce est civilement et solidairement responsable avec son commis intéressé, du préjudice causé par celui-ci à une autre maison par des faits de concurrence déloyale accomplis par ce commis intéressé, au moyen de la diffamation, ou par tous autres procédés ayant pour but et pour résultat de nuire au crédit de la maison rivale (2).

Cette responsabilité du patron à l'occasion des faits de son préposé, peut se prolonger même après la cessation de l'engagement qui les unissait. Ainsi le commerçant qui, sur la demande d'un tiers, donne sur la probité d'un commis des renseignements qu'il sait être inexacts, mais grâce auxquels le commis obtient un emploi de confiance, peut être déclaré responsable envers ce tiers des soustractions frauduleuses dont le commis se rend coupable dans son nouvel emploi (3).

Il en est encore de même du commerçant, qui ayant donné d'abord de bonne foi des renseignements favorables aurait découvert plus tard, mais avant que l'employé fut entré en place, des actes d'improbité commis à son

1. Paris, 17 avril 1869 ; j. tr. com. XIX, 71 ; — Seine. 23 déc. 1869 ; Journ. tr. com. XIX, 322.

2. Le Havre, 1<sup>er</sup> septembre 1879 ; J. tr. com. XXIX, 110.

3. Paris, 26 juillet 1869 ; j. tr. com. XIX. 359,

préjudice, et aurait négligé d'en avertir le nouveau patron (1).

Mais on devrait donner une solution contraire dans le cas où le patron a agi de bonne foi. Les renseignements qu'il a donnés, croyant que son employé était honnête, ne peuvent être pour lui une cause de préjudice. La Cour de cassation a décidé que, dans ce cas, la recommandation d'un chef de gare en faveur d'un employé placé sous ses ordres, ne saurait engager la responsabilité de la compagnie des chemins de fer.

Dans l'espèce on objectait en vain que ce fait constituait une contravention aux règlements de la compagnie, qui interdisaient aux agents de représenter aucune maison de commerce. Cette circonstance était complètement en dehors de la question, du moment qu'il n'existait aucune corrélation entre cette infraction et le dommage que le commis avait occasionné (2).

Il est donc nettement établi que le préposé engage la responsabilité de son patron aussi bien par ses dol, délits ou quasi-délits commis dans l'exercice de ses fonctions, que par les opérations qu'il a la mission de conclure.

Et, pour que les tiers puissent, dans ces diverses hypothèses, agir contre le préposant, il n'est pas nécessaire que le commis ait lui-même la capacité requise pour contracter. En effet, d'après l'art. 1990, C. civ., les fem-

1. Bordeaux, 19 juillet 1869 ; D. 70, 2, 150.

2. Cass. 27 février 1879 ; J. tr. com. XXVII, 393.

mes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires. Et nous ajoutons qu'il en est de même pour les mineurs non émancipés et pour les interdits. Si la loi ne parle pas de ces derniers incapables, ce n'est pas dans une pensée d'exclusion, mais seulement parce que dans la pratique on ne songera guère à leur confier un mandat.

Il arrive cependant que des employés de commerce soient des mineurs non émancipés. Entre le patron et les tiers il importe peu que ce préposé soit ou non capable de s'obliger. Celui qui a confiance dans la sagesse et l'habileté d'un mineur peut, à ses risques et périls, le choisir comme son représentant. Les tiers qui traiteront avec lui n'ont aucun intérêt à s'informer s'il est ou non capable de contracter ; car, en droit, c'est avec le mandant et non avec le mandataire qu'ils se mettent en relations. Le préposé n'est qu'un intermédiaire, un porte-voix. Qu'importe dès lors sa capacité, pourvu qu'il soit, en fait, capable de transmettre aux tiers la volonté de son patron. Le mandant est libre d'accorder sa confiance à qui bon lui semble. Si l'incapable sur lequel il a fixé son choix trompe ses espérances, lui seul en souffrira, puisque lui seul est obligé envers les tiers qui ont traité avec son préposé. Et dans la pratique rien n'est plus équitable, car les risques de pertes sont ordinairement compensés pour le patron par une diminution très sensible dans la rétribution de son employé, lorsque ce dernier est mineur.

Nous devons toutefois faire remarquer que la solution n'est plus la même si l'on envisage les rapports du patron avec le commis incapable : « Le mandataire, dit M. Baudry-Lacantinerie, peut se prévaloir de son incapacité vis-à-vis du mandant, qui le recherche à l'occasion de l'exécution du mandat. Ainsi la femme mariée qui a accepté un mandat sans l'autorisation de son mari, peut se prévaloir de son incapacité pour échapper à la responsabilité résultant des fautes qu'elle a commises dans sa gestion. Il en est de même du mineur. Mais l'un et l'autre demeurent tenus des conséquences de leur dol (C. civ., art. 1310). Le mandataire incapable pourrait aussi, dans tous les cas, être poursuivi jusqu'à concurrence du profit que lui a procuré l'exécution du mandat, et qui se trouve encore entre ses mains; autrement il s'enrichirait aux dépens du mandant, ce que l'équité ne permet pas (art. 1312, C. civ.) (1). »

## II. — *Obligations du préposé à l'égard des tiers.*

Il est bien certain que, toutes les fois que le patron est responsable à l'occasion du préjudice causé par le dol, le délit ou le quasi-délit de son préposé dans l'exercice de ses fonctions, ce dernier se trouve lui-même obligé à l'égard des tiers. La logique, aussi bien que les termes formels de l'art. 1382, C. civ., ne permettent aucun doute à cet égard.

1. Baudry-Lacantinerie, III, n° 894.

Mais la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit de contrats conclus par le commis. Et d'abord il est bien évident qu'un préposé, qui traite en cette qualité et au nom de la maison qu'il représente, ne contracte aucune obligation. Il n'est point tenu à l'égard des tiers des actes qu'il fait avec eux, pas plus qu'il n'en peut réclamer l'exécution en son propre nom. Il n'est qu'un instrument dans la négociation, et ne fait qu'obliger son mandant dans la limite de ses pouvoirs (art. 1998, C. civ.).

Quand le préposé a dépassé les instructions reçues, la solution n'est plus la même, et le commis peut se trouver obligé personnellement à l'égard des tiers : « Le mandataire, dit l'art. 1997 C. civ., qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis. »

Ainsi le préposé, qui a excédé les limites de son mandat, est obligé dans deux cas : 1° s'il s'est personnellement soumis à la garantie, par exemple s'il s'est porté fort pour le patron, qui plus tard refuse de ratifier ; 2° s'il n'a pas donné au tiers avec lequel il a traité une connaissance suffisante de ses pouvoirs, de telle sorte que celui-ci ait pu croire que les limites du mandat n'étaient pas dépassées. Le préposé a ainsi, par sa faute ou son fait, induit le tiers en une erreur préjudiciable, dont il est juste de lui faire supporter personnellement les conséquences. Dans le cas contraire, les tiers n'ont pas été trompés ; ils

ont à se reprocher d'avoir contracté avec une personne qui n'avait pas les pouvoirs nécessaires. En agissant ainsi ils ont traité dans l'espoir d'une ratification, dont le commis n'est pas responsable, à moins qu'il ne se soit engagé personnellement.

La question de savoir si un préposé a donné ou non une connaissance suffisante de ses pouvoirs est laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux, qui décident d'après les faits de la cause. En thèse générale le commis est réputé avoir communiqué ses pouvoirs au tiers qui a traité avec lui. Mais cette présomption disparaît devant la preuve contraire, qui peut résulter des circonstances particulières de la négociation.

Nous trouvons donc dans la loi les cas limitativement déterminés dans lesquels le préposé, qui traite au nom de son patron, est obligé personnellement vis-à-vis des tiers. Il arrive aussi, mais très rarement il est vrai, que le commis contracte en son propre nom. Devrons-nous dire alors qu'il s'est obligé envers les tiers avec lesquels il a traité?

D'après Pothier, les tiers ont, en ce cas, deux actions; l'une principale, contre le mandataire qui est l'obligé direct; l'autre, accessoire, contre le mandant, qui est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire: c'est l'*actio utilis institoria*. (1)

Quelques auteurs modernes vont plus loin, et soutien-

1. Pothier, Mandat, n° 88.

ment que le préposé, qui contracte en son propre nom, n'engage pas son patron à l'égard des tiers : *personam contrahentium non egrediuntur contractus*. D'après ce système, dès que le contrat est fait au nom du mandataire, il doit rester complètement étranger au mandant. Si le commis a traité en son propre nom, s'il a ainsi dérogé à la pratique ordinaire des affaires, ce n'est pas sans raison, c'est qu'il a voulu, par les termes formels de la convention, mettre obstacle à tout lien contractuel entre son patron et le tiers contractant. (1)

Quant à nous, nous croyons, d'après Troplong, qu'il faut distinguer si le patron est ignoré des tiers, ou si au contraire il est notoire que l'opération a été faite pour le compte du préposant, par son commis agissant comme mandataire. Dans le premier cas, les tiers auront une action directe contre le préposé ; (2) dans le second, le patron sera seul obligé envers eux.

Et l'on objecte en vain que, dans ce cas, le tiers, qui a suivi la foi du commis, doit l'avoir pour obligé personnel. La qualité de mandataire, en effet, ne résulte pas seulement des énonciations portées dans le contrat. Les circonstances peuvent au contraire établir nettement que, malgré le nom du commis qui figure dans les conventions, c'est la foi seule du patron que les tiers ont eu l'intention de suivre. Il est bien certain, en effet, qu'une opération conclue par l'employé d'une maison de com-

1. Delamarre et Lepoitevin, II, n<sup>o</sup> 267 et s.

2. Paris, 23 novembre 1857 ; Journ. tr. com. VII, 42.

merce, ou par un agent appartenant notoirement à une personne ou à une société connue, doit être réputée faite pour le compte de cet établissement ou de cette personne, alors même que le nom du patron n'aurait pas été énoncé dans les conventions, pourvu que ce contrat soit relatif à des objets compris dans le commerce habituel de cette maison (1). « Le mandataire n'oblige son mandant envers les tiers, dit Troplong, que lorsqu'il a pris la qualité de son mandataire. Mais, pour que cette qualité lui soit imprimée dans ses rapports avec les tiers, il n'est pas absolument nécessaire qu'elle ressorte des mots. Le judaïsme n'est pas plus de mise ici que dans la société. Le nom du mandant peut s'attacher à l'acte par des circonstances de fait, par une certaine publicité de position, que les tribunaux doivent apprécier. » (2)

Dans quelques cas encore plus rares, il arrive que le commis traite tant en sa qualité de représentant de son patron, qu'en son propre nom. Nous sommes alors en présence de deux engagements simultanés, et le tiers a deux obligés : le patron et le commis. Il n'a pas en effet seulement suivi la foi du préposant ; il a tenu compte de la garantie que lui offrait la stipulation du préposé agissant *proprio nomine*. Il est donc équitable que ce dernier soit aussi obligé personnellement.

En résumé, le commis est tenu envers les tiers par ses dols, délits ou quasi-délits, et il faut comprendre dans ces

1. Code de com. espagnol, art. 178. Traduction de M. Foucher, p. 69.

2. Troplong, Mandat, n° 540.

hypothèses le cas où il n'a pas donné aux tiers une connaissance suffisante de ses pouvoirs. De plus il est encore obligé personnellement toutes les fois que les tiers ont eu l'intention évidente, résultant des circonstances de la cause, de suivre la foi du commis : « *Quum non alterius quam ejus, quocum contraxit, videri potest fidem secutus.* » (1)

1. Voët, lib. XIV, tit. 3, n° 6.

## CHAPITRE VI

### DE LA COMPÉTENCE

Les actes des commis, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard de leur patron, donnent lieu à des contestations très diverses. Aussi devons-nous examiner quel est, dans l'un et l'autre cas, le tribunal compétent pour connaître de ces difficultés, et déterminer d'une façon précise la portée de la règle générale édictée par l'art. 634 C. com.

#### I. — *Contestations à propos des actes intervenus entre le commis et les tiers.*

« Les tribunaux de commerce, dit l'art. 634, connaîtront des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés ».

Il n'est donc pas douteux, en présence d'un texte aussi formel, que, toutes les fois qu'un tiers aura une action contre un préposé, à l'occasion de l'exécution de son mandat, il devra l'intenter devant les tribunaux de commerce. Mais il faut que les faits qui sont sujets à contestation soient la conséquence directe du mandat reçu (1).

1. Loaré. Esp. du Cod. de com. t. VIII, p. 247.

Il n'en est pas de même dans le cas où les actes du commis n'ont pas un rapport immédiat avec l'opération commerciale accomplie pour le compte de son patron.

Ainsi le commis-voyageur qui achète ou loue des objets mobiliers n'est pas, à raison de ces faits, justiciable des tribunaux de commerce (1). Et en effet, les actes de ce préposé, qu'il n'accomplit pas au nom de son patron, ne peuvent être considérés comme commerciaux, puisque lui-même n'est pas commerçant. L'achat ou la location d'instruments ou d'outils destinés à l'exercice de sa profession, ne sont que des actes accessoires de son industrie, de son travail, qui n'a rien de commercial : « Les ventes d'outils, dit Jousse, faites par des marchands à des artisans ou gens de métier, ne sont pas de la compétence des juridictions consulaires » (2).

Mais dans le cas où la juridiction commerciale est compétente, devant quel tribunal l'action devra-t-elle être portée ? Il résulte en effet, de l'art. 420 C. proc. civ., que le demandeur peut assigner à son choix : 1° devant le tribunal du défendeur ; 2° devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ; 3° devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Ce droit d'option a fait naître un grand nombre de difficultés que nous allons étudier, en considérant le cas le plus ordinaire, c'est-à-dire celui où l'action, à raison des actes du préposé, est inten-

1. Rivière, n° 302.

2. Jousse, Notes sur l'ordonnance de 1673, tit. 12, art. 4.

tée par un tiers, non pas contre le commis, mais contre le préposant.

Et d'abord, faisons remarquer que l'art. 420 n'est pas applicable dans le cas où la promesse est contestée. En conséquence lorsqu'un négociant, au nom duquel une vente a été conclue par un commis, conteste cette vente, en soutenant, par exemple, que le préposé a excédé son mandat, la demande en dommages-intérêts formée par lui contre l'acheteur, à raison de défaut d'exécution, ne peut être portée devant le tribunal du domicile de ce dernier sous prétexte que c'est le tribunal du lieu où la promesse a été faite et où le paiement devait être effectué. Elle doit être intentée devant le tribunal du domicile du défendeur (1).

Comme le défendeur peut avoir intérêt à être jugé par un tribunal plutôt que par un autre il sera souvent tenté de contester la convention. Toutes les fois qu'il soulèvera cette question, les tribunaux devront rechercher avec soin s'il agit de bonne foi, et dans le cas contraire, pourront, par application des règles du droit commun, le condamner à des dommages-intérêts envers le demandeur. Il peut avoir en effet, causé un réel préjudice à ce dernier en le contraignant à plaider devant un tribunal autre que celui de son propre domicile. C'est à ce dernier tribunal que le demandeur avait entendu soumettre les difficultés auxquelles le marché pourrait donner lieu, et la

1. Bordeaux, 19 août 43, S. 44, 2, 562 ; Rouen 12 déc. 1844. S. 45, 2, 346.

convention les y avait en effet soumises, sinon expressément, du moins en réunissant les conditions exigées par l'art. 420 C. pr. civ. (1).

Mais dans les cas où l'option est laissée au demandeur, il est quelquefois très délicat de savoir quel a été le lieu de la promesse. Ainsi, lorsqu'une opération commerciale, une vente, par exemple, a été conclue par l'intermédiaire d'un préposé, le lieu de la promesse est-il celui où la négociation s'est effectuée, ou bien celui où le patron a donné son approbation ?

Certains auteurs proposent une distinction. Si le commis peut être considéré comme ayant le pouvoir d'obliger sa maison de commerce, le lieu de la promesse est celui où il a traité, et la ratification par le patron rétroagit au jour de la vente. Si, au contraire, le préposé n'a reçu que le mandat de recueillir des commissions et des ordres, sauf ratification du patron, c'est le lieu de la ratification, c'est-à-dire celui du domicile du patron, qui est le lieu de la promesse (2).

Et la jurisprudence a, pendant de longues années, consacré ce système : « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'après avoir déclaré qu'il y avait eu commission d'acheter et non pas vente, la Cour de Montpellier a justement appliqué les principes de l'art. 1985, C. civ., d'après

1. Poitiers, 8 juin 1854 ; D. 55, 2, 97 ; Cass. 24 déc. 1861. S. 62, 1, 312.

2. Pardessus n° 1354, Nougier, I, 365 ; Massé, I, 382 ; Hœchter, II, 130 ; Ruben de Couder, n° 178. V. Compétence ; Ripert, Vente commerciale, p. 45 et s.

lequel le mandat ne devient contrat que par l'acceptation, laquelle, dans l'espèce, résultait de l'exécution donnée par la maison Touret (le préposant) aux ordres reçus par son commis; d'où suivait la conséquence nécessaire que le contrat n'était devenu parfait qu'au lieu de l'exécution et du domicile de la maison Touret, ce qui constituait la première des conditions exigées par le second alinéa de l'art. 420, C. pr. civ. » (1).

Cependant, quelques auteurs pensent, au contraire, que le lieu de la promesse est fixé définitivement par la conclusion du marché au domicile de l'acheteur. Il n'y a pas à s'arrêter à la réserve d'une ratification ultérieure, à moins que cette clause n'ait été expressément stipulée par le préposé lui-même (2). Et cette doctrine nous semble faire une juste application des principes du droit civil sur la ratification. En effet, quand la ratification du patron intervient, elle ne change pas les éléments du contrat; elle ne peut en rien les modifier, ni quant à leur caractère constitutif, ni quant à la compétence. Elle ne fait que rétroagir au jour et, par suite, au lieu où l'acte a été signé. Il faut donc considérer que le contrat a été formé au domicile de l'acheteur, où généralement l'opération s'est effectuée, et non au domicile du commettant. Si la marchandise est livrée au domicile de l'acheteur,

1. Cass. 19 déc. 1821; Bordeaux, 16 nov. 1830. S. 31, 2, 141; Montpellier, 24 déc. 1841. S. 42, 2, 143; Rouen, 12 mars 1847. D. 49, 2, 36; Nantes, 29 déc. 1866. Journ. tr. c. XVI, p. 189.

2. Billard, n° 609; Bourbeau, VI, p. 166; Rivière, n° 186.

le demandeur pourra donc, en vertu de l'art. 420, al. 2 assigner le défendeur devant le tribunal de ce domicile. Et la jurisprudence se décide en faveur de cette doctrine dans ses arrêts les plus récents (1).

Un arrêt de la Cour de Paris du 15 janvier 1880 (2) semble au premier abord contredire ce système, en décidant qu'un contrat formé par correspondance est définitivement conclu au domicile de l'offrant, lieu où parvient l'acceptation de l'offre :

« Attendu que Richard (l'acheteur) décline la compétence du tribunal d'Auxerre, soutenant que la convention a été acceptée à Givors, et que, du moment que la proposition est venue du vendeur, c'est à l'instant où elle a été acceptée par l'acheteur que le marché doit être considéré comme conclu, et que c'est le lieu d'où la lettre d'acceptation est datée qui est censé celui de la promesse.

« Attendu que Bernard-Lyon (le vendeur) soutient que la lettre par laquelle le représentant de commerce Bouvel lui fait connaître l'acceptation de Richard, lui a été connue à Auxerre, et que c'est seulement après sa réception que la convention était complète.

« Attendu que la convention suppose l'accord de deux volontés, mais que cet accord suppose à son tour que ces deux volontés soient conscientes.

1. Marseille 26 févr. et 10 juin 1867, Journ. Mars. 67, 1, 113 et 67, 1, 240 ; — Cass. 25 févr. 1879, Journ. tr. com. XXVIII, p. 504.

2. Paris, 15 janvier 80, Journ. tr. com. XXIX, p. 215.

« Attendu qu'il ne faut pas seulement que l'acceptation ait été effectuée par celui à qui les offres ont été faites, mais que cette acceptation soit connue de celui qui les a faites.

« Attendu que Bernard Lyon ayant par un intermédiaire offert de livrer des parquets à Richard, Richard lui fit savoir par le même intermédiaire et par une lettre qu'il avait accepté ses propositions....., etc. »

C'est donc au moment de la réception de cette lettre par le vendeur que le contrat a été complet et par suite c'est au lieu de la réception que la promesse de vente a eu lieu (1). Aussi peut-on croire que la cour de Paris est revenue à la première doctrine, et que pour elle, le lieu de la promesse est le lieu de la ratification.

Mais, dans l'espèce, telle n'est pas la question sur laquelle les juges ont eu à se prononcer. Il ne s'agit pas de ratification donnée à un contrat conclu par le préposé. Ici le représentant n'est qu'un porte-voix qui se borne à faire communiquer les deux parties entre elles. L'acheteur lui-même décline la compétence du tribunal d'Auxerre non parce qu'il a traité à Givors avec le préposé, mais bien parce que c'est de Givors qu'il a daté sa lettre adressée, par l'intermédiaire du représentant, au chef de la maison. Aussi pouvons-nous approuver sans réserve, et sans nous mettre en contradiction avec la doctrine que nous avons soutenue, cette décision de la

1. Dôle, 1878, 2 fév., Journ. tr. c. XXVII. p. 306 ; — contra Rousseau. Traité de la correspond. par lettres missives, nos 83 et s., 131 et s.

cour de Paris sur la formation des contrats entre absents.

## II. — *Contestations entre patrons et commis.*

S'il est délicat de déterminer quel est le tribunal compétent quand il s'agit d'actes intervenus entre le préposé et des tiers, la question est encore plus controversée à propos des contestations entre patrons et commis.

Nous distinguerons soigneusement le cas où l'action est intentée par le patron contre le commis, et celui où elle est intentée par le commis contre son patron, après avoir réfuté tout d'abord la doctrine qui prétend que, dans l'un et l'autre cas, ces contestations sont de la compétence des juges de paix.

L'art. 5, n° 3 de la loi du 25 mai 1838 décide, en effet, que : « Les juges de paix connaissent également sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs, et, à charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever, des contestations relatives aux engagements respectifs *des maîtres et des domestiques ou gens de service à gages.* » Et la Cour de cassation a plusieurs fois compris les préposés dans les gens de service à gages.

« Attendu, dit-elle, dans un arrêt du 15 décembre 1826, qu'un individu préposé par un marchand ou par une maison de commerce, soit pour la vente ou le débit des marchandises, soit pour tout autre service habituel relatif à leur commerce, et qui reçoit un salaire pour ledit service est un homme de service à gages. »

« Attendu, dit-elle encore, qu'un commis salarié est un homme de service à gages ; que les rapports du maître et du serviteur ne sont pas changés par l'éducation plus soignée et la position sociale de ce dernier, plus relevée que celle d'un domestique (1). »

La discussion qui s'est élevée à la chambre des pairs, au moment de la confection de la loi du 25 mai 1838, semble confirmer la manière de voir de la Cour de cassation. Le commissaire du gouvernement avait fait observer que certains commis, tels que les caissiers, teneurs de livres et autres, recevaient des appointements de plusieurs mille francs ; que même il y en avait qui, sans être associés, prenaient part à une certaine quotité dans les bénéfices ; qu'ainsi les engagements de cette nature pourraient donner lieu à des actions importantes et dépassaient la compétence des juges de paix ; que, d'ailleurs, cette compétence s'étendrait aux engagements du chef envers les commis, et des commis vis-à-vis du chef ce qui entraînerait la connaissance des demandes en reddition de compte. La commission se fondait aussi sur la jurisprudence de la cour de Paris, qui regardait comme affaires commerciales les demandes en paiement des salaires de commis des négociants.

Le rapporteur, M. de Gasparin, répondit que tous les jours des juges de paix de Paris statuaient sur des contestations de ce genre, attendu que d'après l'interpréta-

1. Cass. 7 janvier 1830, D. 30, 440.

tion donnée à la loi ancienne (24 août 1790), un commis était considéré comme domestique, c'est-à-dire attaché à la maison, et qu'au surplus les gages de certains domestiques, tels que ceux du cuisinier, du cocher et du premier valet de chambre d'une grande maison sont souvent supérieurs au salaire de la plupart des commis. Et la chambre des pairs rejeta la proposition de la commission, aussi bien qu'un amendement proposé par M. Tripiet, d'après lequel les juges de paix ne devaient être compétents en cette matière que si la demande n'excédait pas la compétence en dernier ressort des tribunaux ordinaires.

Cependant, si l'on veut suivre l'opinion du dernier rapporteur à la Chambre des députés, la compétence des juges de paix serait restreinte aux domestiques attachés au service de la personne et du ménage, et ne s'étendrait pas aux préposés : « On s'est demandé, dit M. Amilhou, si les commis et ceux qui les emploient devaient être déferés à la compétence des juges de paix. Ce système tenait à la préoccupation qui confondait dans la classe des domestiques ou gens de service, les secrétaires, les précepteurs, les bibliothécaires et les commis, mais il n'y a rien de comparable dans ces situations et dans celles qui tiennent au service proprement dit. Les commis reçoivent presque toujours un traitement qui excède la compétence des juges de paix. »

Il est donc difficile de soutenir que la discussion de la loi a éclairé la question, et que le législateur a entendu

consacrer l'un des systèmes plutôt que l'autre. De tous ces détails il résulte, dit M. Curasson : « Qu'incompétent pour statuer sur des affaires de commerce, le juge de paix ne peut connaître des contestations relatives à des comptes ou à la prétention d'un intérêt dans les bénéfices, que peut entraîner la demande en paiement de salaire formée contre le chef d'une maison de commerce par un commis attaché au service de cette maison sans y demeurer. » (1)

Et cet opinion est plus conforme au sens qu'on donne maintenant dans le langage usuel et légal au mot domestique ou homme de service à gages. Ces expressions ne s'appliquent aujourd'hui qu'aux personnes attachées au service du maître ou du ménage. Il est impossible de faire rentrer dans cette catégorie les individus dont les travaux ne sont pas purement manuels, ceux dont les services d'un ordre intellectuel et plus relevé rentrent dans l'exercice d'une profession. On ne doit pas confondre les commis avec les domestiques car, comme le dit très bien la cour de Bourges, ils rendent des services à celui qui les emploie, mais ils ne sont pas à son service.

Et les textes tiennent eux-mêmes compte de cette distinction : « Le deuxième paragraphe ajouté à l'art. 408 du Code pénal par la loi du 28 avril 1832, font observer MM. Chauveau et Faustin Hélie, punit l'abus de confiance commis par un domestique, homme de service à gages,

1. Curasson, Traité de la compét. des juges de paix, I, p. 639 et s.

élève, clerc ou commis. Les élèves, les clercs, *les commis* ne sont donc pas compris dans les termes de domestiques et hommes de service à gages, puisque le législateur a cru nécessaire de les énoncer à côté de ces termes. » (1)

Il ne nous semble donc pas, et c'est l'opinion généralement admise, que la loi du 25 mai 1838, ait entendu se prononcer sur la compétence des juges de paix à propos des contestations entre patrons et commis, puisque son texte est muet sur ce point (2). Il reste donc à choisir entre les tribunaux civils et les tribunaux de commerce. Pour arriver à la solution de cette question, si controversée en doctrine et en jurisprudence, nous examinerons successivement le cas où l'action est intentée par le patron contre son commis, et celui où c'est le commis qui assigne son patron.

#### A. *Action intentée par le patron contre son commis.*

En l'absence de toute disposition législative sur ce point, les principes nous conduiraient à dire que le patron doit assigner son commis devant le tribunal civil. En effet, le préposé n'est pas commerçant, et en louant ses services à un commerçant, il fait un acte qui n'a rien de commercial en soi : le contrat de louage de services est purement civil, et ne change pas de nature, parce que celui à qui les services sont loués est commerçant.

Mais nous avons l'art. 634 C. com. qui fait rentrer

1. Chauveau et Faustin Hélie, *Théorie du C. pén.*, VII, p. 15.

2. Benech., p. 200 ; Foucher, n° 218 ; Caron, 343 ; Bourbeau, n° 201.

dans la compétence des tribunaux de commerce toutes les actions contre les facteurs, commis des marchands et leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés. Il semble donc, qu'en présence d'un texte aussi formel, on doit déroger au droit commun et attribuer aux tribunaux de commerce la connaissance des actions intentées par les patrons contre leurs commis.

Cette opinion n'est pas cependant universellement admise. Plusieurs auteurs soutiennent que l'art. 634 ne statue pas sur cette question et règle seulement la compétence à propos des actions des tiers contre les commis. D'après M. Carré (1), dans la série d'articles, au milieu desquels est compris l'art. 634, le législateur n'a eu en vue que les actions intentées par les tiers. Comme les commis, facteurs ou serviteurs des marchands n'ont pas d'*entreprise de commission*, l'art. 632 ne pouvait les concerner. Aussi pour prévenir les doutes qui auraient pu s'élever à ce sujet, l'art. 634 a formellement attribué aux juges de commerce, la connaissance des actions intentées par les tiers contre les préposés.

Il résulte de là qu'il n'existe aucune analogie entre l'art. 634 et l'art. 5 tit. XII de l'ordonnance de mars 1673, d'après lequel : « Les juges et consuls connaîtront aussi des gages, salaires et pensions des commissionnaires, facteurs ou serviteurs des marchands pour le fait du trafic seulement. » L'un et l'autre de ces articles ont été faits pour des cas particuliers et différents.

1. Carré, Lois d'organisation judiciaire, VII, p. 267.

Par cela même que le Code de commerce ne renferme pas une disposition semblable ni même analogue à l'art. 5 du titre XII de l'ordonnance de 1673, les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître des actions dont s'occupe cet article. On ne voit pas en effet pour quel motif le législateur aurait permis aux préposés de plaider devant le tribunal de commerce contre le marchand auquel ils sont attachés, à propos d'un contrat purement civil à leur égard.

On comprend facilement que vis-à-vis des tiers avec lesquels ils ont traité, on ait dû les rendre justiciables des tribunaux de commerce, car ils doivent être considérés ou comme commissionnaires ou comme mandataires, et ils font alors dans ce cas des actes de commerce pour le compte du négociant qui les emploie. Mais à l'égard du marchand auquel ils sont attachés les préposés n'ont rien à voir avec la juridiction commerciale. En effet :

1° Ils ne sont pas commerçants.

2° Ils ne se livrent à aucun trafic avec leur patron.

3° Il n'existe entre eux et lui qu'un contrat de louage ou de mandat salarié, purement civil à leur égard, et qui doit être soumis aux règles du droit commun puisque la loi n'en a pas déterminé de particulières. Si le législateur eût entendu rendre applicable à ce contrat le principe de l'art. 634 C. com., il s'en fût expliqué d'une manière d'autant plus claire qu'il s'agissait d'enlever à la juridic-

tion ordinaire la connaissance d'actions qui lui étaient naturellement dévolues (1).

Malgré toutes ces considérations, nous croyons, avec la majorité des auteurs, que l'art. 634 ne permet pas d'accepter cette explication, et que la généralité de ses termes embrasse toutes les actions contre les commis, sans distinguer si elles sont intentées par le patron ou par des tiers. Le négociant peut attaquer son préposé devant le tribunal de commerce, pourvu que ce soit à raison des opérations commerciales qu'il a faites, à raison de la gestion qu'il a eu en qualité de facteur ou commis (2).

La jurisprudence est également fixée en ce sens, et déclare que l'art. 634 comprend tous les cas prévus par l'art. 5 tit. XII de l'ordonnance de 1673, aussi bien que les contestations entre les commis et les tiers : « Attendu, dit la Cour de Paris, que l'ordonnance de 1673 soumettait les difficultés entre patrons et commis à la juridiction consulaire, que les dispositions du Code de commerce n'ont pas innové sur ce point ; qu'en effet l'art. 634, en soumettant à la juridiction commerciale les actions dirigées contre les commis pour le fait du trafic du marchand auxquels ils sont attachés, ne distingue pas entre les actions dirigées par les tiers contre les commis, et les actions dirigées contre ces derniers par les commerçants qui les ont préposés à leur négoce. » (3)

1. Dalloz. Jurisp. gén. mot Compét. com. n° 146, 1<sup>re</sup> édition. Adde Amiens, 21 déc. 1824, et Nîmes, 16 août 1839. D. 30, 2, 125.

2. Pardessus, n° 1346 ; — Bravard et Demangeat, VII, p. 411 ; — Ruben de Couder, n° 121 ; — Rivière, n° 196 ; — Dalloz, loc. cit., 2<sup>e</sup> édition.

3. Paris, 11 juillet 44 ; S. 45, 2, 163 ; — Adde Montpellier, 24 janvier, 15 S. 51, 2, 518 ; — Cass. 10 févr. 51, D. 54. 5, 161.

Et la doctrine ne voit rien d'illogique dans cette interprétation de l'art. 634 C. com. Il est tout naturel qu'en pareille matière le législateur ait entendu suivre la tradition. Bien que les préposés ne fassent pas acte de commerce en louant leurs services, la position particulière dans laquelle ils se trouvent placés, leur situation pour ainsi dire équivoque qui fait que, sans être commerçants, ils ont pour attributions presque exclusives d'accomplir des opérations commerciales, ont porté le législateur à les rendre justiciables des tribunaux de commerce pour l'exécution de leur mandat. L'intérêt du commerce exige également que justice soit faite vite et à peu de frais des erreurs ou des infidélités commises par les préposés. Enfin on a aussi pensé que le tribunal de commerce, composé de négociants, était plus apte que le tribunal civil à apprécier ces sortes de contestations. Ces considérations d'équité, jointes aux nécessités de la pratique, suffisent amplement à expliquer cette dérogation aux principes du droit commun, et cette extension de la compétence de la juridiction consulaire au-delà de la sphère de la commercialité.

*B. Actions intentées par les commis contre leurs patrons.*

L'art. 634 C. com. décide que les tribunaux de commerce connaîtront des actions dirigées par les patrons contre leurs commis, encore qu'elles puissent n'avoir rien de commercial dans leur cause. Mais nous ne trouvons dans les textes aucune disposition analogue lorsqu'il s'agit des actions intentées par les commis con-

tre leurs patrons. Aussi certains auteurs en attribuent-ils la connaissance aux tribunaux civils. (1)

Ils s'appuient sur la différence de rédaction déjà signalée entre l'art. 634 et l'art. 5, tit. XII de l'ordonnance de 1673. Ils soutiennent que, l'art. 634 ne statuant que sur les actions contre les commis, les actions contre les patrons doivent être portées devant les tribunaux civils, c'est-à-dire devant la juridiction ordinaire. Les tribunaux de commerce, disent-ils, sont des tribunaux d'exception, et leur compétence doit être strictement limitée aux matières qui leur sont formellement attribuées par la loi. Les dispositions générales du Code de commerce assignent à cette juridiction la connaissance des actions entre commerçants, et celle des difficultés relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Or il est impossible de prétendre, d'une part, que les préposés soient des commerçants, et, d'autre part, que les conventions intervenues avec leur préposant, soient un acte commercial à leur égard. Il faut donc, en l'absence de toute disposition formelle sur ce point, décider que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur ces contestations.

« Pour les mêmes raisons, dit M. Carré, que les commis ne peuvent être assignés par le marchand devant les tribunaux de commerce, soit pour rendre compte de leur gestion, soit pour restituer les sommes ou les marchandises.

1. Despréaux, nos 416 et s. ; — A. Dalloz, *Compét. com.* nos 45 et 46 ; — Vincens, *Législ. com.*, I, p. 141. Carré, VII, p. 266.

ses reçues en leur qualité de commis, ils ne peuvent non plus l'assigner commercialement parce qu'il ne se serait pas conformé aux devoirs que lui prescrit sa position relativement à eux. »

Et un grand nombre de décisions judiciaires n'ont pas hésité à faire l'application de ces principes. En effet il a été jugé :

1° Qu'il n'appartient pas aux tribunaux de commerce de connaître des demandes en paiement de salaires formées contre les négociants par leurs commis.

2° Que la juridiction commerciale est aussi incompétente pour statuer sur les actions intentées par les commis des marchands, soit en paiement de dommages-intérêts et indemnités réclamés en raison d'un renvoi subit et intempestif, soit en remboursement d'avances faites pour les opérations commerciales de leurs patrons.

3° Que la même solution doit être donnée dans le cas où les salaires, objet de la contestation, consistent en un droit de commission sur les ventes réalisées (1).

Pour justifier ces décisions, la jurisprudence ajoute aux motifs juridiques quelques considérations d'équité. « Considérant, dit la Cour de Metz, que l'art. 634 du Code de

1. Carré, VII, p. 267.

2. Rouen, 19 juin 1813, S. 14, 2, 35 ; — id. 26 mai 1828, S. 29, 2, 19 ; — Nancy, 9 juin 1828, S. 29, 2, 149 ; — Montpellier, 10 juillet 1830, S. 30, 2, 237 ; — Poitiers, 27 janvier 1830, S. 30, 2, 238 ; — Paris, 11 mars 1834, S. 34, 2, 552 ; — Bordeaux, 4 août 1840, S. 41, 2, 14 ; — Bordeaux, 10 janvier 1843 ; — S. 43, 2, 194 ; — Rouen, 6 nov. 1845, S. 47, 2, 96 ; — Lyon, 28 févr. et 15 juin 82, D. 83, 2, 99.

commerce, attribue, à la vérité, aux tribunaux de commerce la connaissance des actions contre les facteurs, commis des marchands ou de leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés, mais n'établit aucun droit de réciprocité à cet égard en faveur de ceux-ci, pour le paiement de leurs gages ou salaires, et qu'il répugne en effet à la nature des choses, aux principes reconnus sur la matière, et à toutes les convenances, que le commis d'un négociant puisse avoir le droit de traduire, pour un semblable paiement, le négociant qui l'a employé, par devant le tribunal de commerce, et de faire prononcer contre lui la contrainte par corps pour l'exécution des condamnations qu'il aurait obtenues » (1).

Un jugement du tribunal civil de la Seine, du 14 janvier 1880 vient encore consacrer cette opinion : « Attendu, dit-il, qu'aux termes de l'art. 631, al. 2, C. com., les tribunaux de commerce connaissent entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce ; que cette décision est conforme à l'ancienne jurisprudence soit antérieure, soit postérieure à l'ordonnance de mars 1673.

« Que la disposition de l'art. 634, al. 1 C. com., rapprochée de l'ordonnance de 1673, art. 5, tit. XII, et de la jurisprudence ancienne que les rédacteurs du Code de

1. Metz, 11 avril 1818, S. 19, 2, 81 ; L'intérêt de la question à propos de la contrainte par corps n'existe plus depuis la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

commerce connaissent parfaitement, est claire et précise, qu'elle doit être appliquée dans ses termes rigoureux, et que l'action du commis, facteur ou serviteur contre son patron, ne peut être en principe général soumise à la juridiction des tribunaux de commerce.

« Que, si lors de la discussion de la loi de 1838 sur la compétence des juges de paix, un de ceux qui ont pris part à la discussion a émis l'opinion que ces actions ne devaient pas être portées devant les juges de paix, mais que c'étaient les tribunaux de commerce qui étaient compétents pour en connaître, il s'agit là d'une opinion personnelle qui ne saurait prévaloir contre le texte de la loi », etc.

Il nous semble qu'il n'était pas utile de faire un tel étalage de science juridique pour arriver à la conclusion que nous trouvons dans la fin de ce jugement. « Mais attendu, dit-il, que de la comparaison de cet art. 634 avec l'ancienne jurisprudence et avec les art. 631, al. 2 et 638, al. 2, il résulte qu'il contient une exception à la règle que tous les actes d'un commerçant sont présumés commerciaux jusqu'à preuve contraire.

« Que par conséquent s'il est absolument vrai, sous l'empire du Code de commerce, que le facteur, commis ou serviteur n'est pas censé avoir fait acte de commerce, il faudra dire aussi que, s'il est établi par les conventions que l'acte qu'il a consenti avec son patron est un acte de commerce momentané, il sera devenu marchand par cela seul qu'il se sera mêlé, même momentanément, d'un fait

de marchand ; qu'il aura fait un véritable traité commercial qui le fait rentrer dans la règle générale de l'ancienne jurisprudence et de l'art. 631 », etc. (1).

En conséquence le tribunal (civil), après avoir constaté, en fait, que le demandeur prétendait avoir droit, en vertu des conventions, à une part dans les bénéfices, décide qu'il est intervenu entre les parties un véritable contrat commercial, et se déclare, par ce motif, incompétent.

Deux théories ressortent clairement de l'exposé des motifs de ce jugement. D'après l'une, le commis qui loue ses services à son patron moyennant une rétribution variable, consistant en une part proportionnelle dans les bénéfices, accomplit un acte de commerce. Nous avons trouvé précédemment que cette doctrine était complètement inexacte (2).

D'après l'autre théorie qui, comme nous venons de le voir, a été suivie par une partie de la jurisprudence et par quelques auteurs, les tribunaux de commerce sont incompétents pour statuer sur les actions intentées par les commis contre leurs patrons. Nous allons essayer de démontrer que cette opinion n'est guère plus exacte que la première.

Et d'abord il est certain en doctrine, d'après les principes généraux du droit, qu'on doit se placer au point de vue du défendeur pour déterminer quel est le tribunal

1. Seine, 14 janvier 1880. Gaz. des trib. 3 février 1880.

2. Pages 48 et s., p. 155 et s.

compétent (1). Si la jurisprudence française n'a pas admis cette opinion, nous la trouvons consacrée par la jurisprudence belge, et par la loi belge du 25 mars 1876 qui décide que : « Si la contestation a pour objet un acte qui n'est pas commercial à l'égard de toutes les parties, la compétence se détermine par la nature de l'engagement du défendeur. » Il est vrai que les tribunaux français repoussent le système. D'après leur théorie, tout en reconnaissant que la partie pour laquelle l'opération litigieuse a le caractère civil ne peut être actionnée que devant le tribunal civil, ils laissent au contraire la faculté de citer celui pour lequel l'opération est commerciale, soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal civil. On invoque à l'appui de cette manière de voir la tradition qui s'y est toujours conformée depuis l'ordonnance de 1673, tit. XII, art. 10. On fait encore observer qu'il serait injuste de contraindre celui qui n'a pas fait un acte de commerce à plaider devant des juges, qui pourraient lui appliquer des usages commerciaux qu'il n'est pas tenu de connaître (2).

Quoi qu'on puisse penser des raisons que donne la jurisprudence pour permettre à celui qui a fait un acte civil d'assigner devant un tribunal civil celui pour lequel l'opération litigieuse est commerciale, il est certain

1. Lyon-Caen et Renault, II, n° 3174 bis ; — Glasson, De l'incompétence absolue (Revue critique de législation 1881, p. 245).

2. Cass. 11 janv. 1869. S. 69, 1, 13 ; — Paris, 21 juillet 1873. S. 73, 4, 446 ; — Aix, 15 janvier 1884. D. 1885, 1, 49 ; — Limoges, 3 mars 1885. J. Pal. 1885, p. 821.

qu'elle fait une juste application des principes en permettant aussi de citer cette même partie devant un tribunal de commerce. Si par l'art. 634 on a dérogé au droit commun, pour des raisons que nous avons exposées plus haut, en attribuant à la juridiction consulaire la connaissance des actions contre les commis, les mêmes motifs se retrouvent encore plus forts pour ne pas soustraire à cette même juridiction la connaissance des actions contre les patrons qui doivent lui être naturellement dévolues.

Tout négociant est, en effet, de plein droit justiciable des tribunaux de commerce pour les contrats relatifs à son trafic. Lorsqu'il engage un préposé, il n'agit qu'en vue et dans l'intérêt de son commerce, il ne traite que pour en accroître l'importance et en augmenter le développement. Il spéculé sur l'industrie des commis qu'il s'attache et dont il s'assure le concours. Le caractère de commercialité de son engagement se déduit de sa qualité de marchand, et du but de spéculation et de trafic dans lequel il a été contracté. Aussi devra-t-il être traduit devant le tribunal de commerce à raison des faits relatifs à ce contrat (1).

Ainsi la jurisprudence, conformément à l'opinion de la majorité des auteurs, est arrivée à faire rentrer dans l'art. 634, C. com., tous les cas prévus par l'art. 5, tit. XII de l'ordonnance de mars 1673 : « Attendu, dit la

1. Orillard, n° 479.— Horson II, p. 452 et s. ; — Delvincourt, II, p. 506 ; — Teulet, note 5, sous l'art. 634. C. com. ; — Pardessus, n° n° 1346.

Cour de cassation, que de l'entente de l'art. 634 saine-ment compris et judicieusement appliqué, il résulte que les contestations entre les commerçants et leurs commis, et réciproquement, sont de la compétence des tribunaux de commerce toutes les fois qu'il s'agit entre les uns et les autres de faits relatifs au commerce que font les uns, et auquel sont employés les autres » (1).

« Attendu, dit encore la Cour de cassation, qu'il est constant, en fait, par l'arrêt attaqué, que le demandeur était attaché exclusivement à la maison commerciale du défendeur, et pour le fait du trafic.

« Attendu, en droit, que les engagements qui résultaient des conventions intervenues entre les parties, se rattachant uniquement au fait du commerce auquel se livrait le patron, et auquel son commis était employé, étaient de la compétence des tribunaux consulaires.

« Attendu que les commerçants sont justiciables de ces tribunaux pour tous les faits de leur trafic, et que l'arrêt attaqué, en décidant que les conventions intervenues en vue et dans l'intérêt de ce trafic, n'étaient pas de la compétence des tribunaux de commerce, a formellement violé l'art. 631, C. com., et faussement appliqué l'art. 634 du même Code » (2).

Mais la jurisprudence va plus loin et décide, en appliquant à notre matière les principes qu'elle consacre d'une façon constante à propos des actes civils pour l'une

1. Cass. 15 mars 1835. D., 36, 1, 67.

2. Cass. 10 février 1851. S. 51, 1 737.

des parties et commerciaux pour l'autre, que le commis peut assigner à son choix son patron soit devant le tribunal de commerce, soit devant le tribunal civil. « Considérant, dit la Chambre des requêtes, que si l'art. 634, C. com., déclare que les tribunaux de commerce connaîtront des actions contre les facteurs et commis des marchands, pour le fait du trafic du marchand auxquels ils sont attachés, il ne s'ensuit pas nécessairement que les actions des facteurs et commis contre les marchands ne puissent être portées devant les tribunaux civils.

« Que des termes de l'art. 631, C. com. : « Les tribunaux de commerce connaîtront : 1° de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants ; 2° entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce », il résulte que, pour que la juridiction de ces tribunaux soit forcée, il faut ou que le demandeur et le défendeur soient négociants, ou que la contestation soit relative à un acte de commerce réputé tel à l'égard de l'une et l'autre des parties.

« Que celle des parties qui n'a pas la qualité de commerçant, et à l'égard de laquelle l'engagement ou le fait litigieux n'a pas le caractère d'un acte de commerce, ne peut être contrainte d'appeler le défendeur devant le tribunal de commerce, sous le prétexte que la qualité du défendeur, ou le caractère de l'engagement ou du fait litigieux, par rapport à celui-ci, le soumettrait à cette juridiction d'exception.

« Que les tribunaux ordinaires, *ayant juridiction entière*

*et vrai détroit et territoire*, ont une compétence générale qui ne cesse pas à raison de la qualité de commerçant du défendeur vu le caractère commercial, par rapport à celui-ci seulement, du fait litigieux, lorsque ce fait leur est soumis comme fait civil, par le demandeur à l'égard duquel il a réellement ce caractère » (1).

Nous voyons donc que si le commis a le droit de citer son patron devant les tribunaux civils, il peut aussi, s'il le préfère, l'appeler devant la juridiction consulaire. Nous allons maintenant examiner à propos de quelles contestations le préposé pourra assigner le préposant devant les juges commerciaux, et si la diversité des actions qu'il peut intenter n'a pas une influence sur la détermination du tribunal compétent.

### III. — *Détermination de la portée de l'article 364 du Code de commerce.*

A. — *A quelles contestations s'applique-t-il.* — La généralité des termes de l'article 364 qui parle des actions *contre les commis*, et le principe de réciprocité que nous avons admis, nous font décider que les tribunaux de commerce ont la connaissance de toutes les contestations entre les commis et leurs patrons, ou entre les commis

1. Cass. 22 févr. 1859, S. 59, 1, 321 ; — Adde Cass. 15 Déc. 1835. S. 36, 1, 333. — Nimes, 28 juin 1839. S. 39, 2, 522 ; — Rouen, 12 janvier 1853. D. 53, 2, 48. — Cass, 11 mai 1857. D. 54, 1, 393 ; — Cass. 3 janv. 1870. J. Pal. 1872, p. 858 ; — Paris, 10 avril 1875. D. 77, 5, 110. — Chambéry, 3 déc. 1883, le Droit 19 févr. 84 ; — Seine 10 déc, 1884, le Droit, 10 mai 1885.

et les tiers, relativement au contrat d'engagement, et à l'exécution du mandat qui leur est confié.

Ainsi, sans parler de la demande en paiement de salaires qui était formellement prévue par l'art. 5, tit. XII de l'ordonnance de 1673, il a été jugé que les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer :

1° Sur la demande en règlement de compte formée par le patron contre son préposé ou réciproquement (1).

2° Sur l'action en paiement de reliquats de sommes que le préposé aurait touchées en qualité de commis (2).

3° Sur l'action intentée par le patron contre le commis en restitution de valeur qu'il prétendrait que celui-ci a détournées dans l'exercice de ses fonctions, ou de sommes qui lui auraient été confiées pour un emploi déterminé et que le commis prétendrait avoir perdues (3).

4° Sur la demande intentée par le commis en paiement de son droit de commission sur les ventes réalisées, ou de sa part proportionnelle dans les bénéfices de la maison (4).

5° Sur l'action formée par les syndics, ayant pour objet de forcer le commis d'un failli au rapport des sommes par lui puisées dans la caisse au moment de la faillite, sous prétexte d'arrérages d'appointements. Il

1. Rouen, 13 mars 1847. S. 48, 2, 494.

2. Bourges, 10 janvier 1823. S. 23, 2, 197.

3. Lyon, 21 août 1856. D. 57, 2, 85.

4. Rouen, 6 nov. 1845. S. 47, 2, 96.

est évident, en effet, qu'elle est relative aux faits du trafic, et aux rapports existant à raison de ce même trafic entre le commis et le failli (1).

En général, toutes les contestations entre commis et patrons sont portées devant le tribunal du domicile du patron. C'est, en effet, le tribunal compétent lorsque le patron est défendeur, ou lorsque le patron, tout en étant demandeur, assigne son commis devant ce tribunal en vertu de l'art. 420, al. 3, C. pr. civ. Mais certains tribunaux vont plus loin et prétendent que le juge du domicile du patron est seul compétent pour connaître de toutes les difficultés relatives à la reddition des comptes des commis.

« Attendu, dit la cour de Lyon, qu'il ne serait ni naturel ni juste d'exiger que des chefs de commerce suivissent de ville en ville un voyageur nomade pour l'obliger à rendre compte de ses actes, au lieu d'assujettir celui-ci à venir éclairer et faire apurer ses opérations dans le lieu où il a reçu son mandat (2). »

Nous n'admettons pas cette solution, et la considération sur laquelle l'appuie la cour de Lyon n'est pas assez juridique pour qu'elle puisse nous faire oublier l'art. 59, al. 1, Code procéd. civ. Du moment que le préposé, fût-il commis-voyageur, a un domicile, le patron n'est pas

1. Dalloz, Jurisp. gén. n° Compét. com. V° 146.

2. Lyon, 8 juillet 1846. J. Pal. 1846, II, p. 563 ; — Marseille, 27 mars 1863, J. Mars. 63, 1, 101 ; — 12 août 1866, J. Mars. 66, 1, 187 ; — 19 août 1869, J. Mars. 69, 1, 235 ; — 21 juin 1870. J. Mars. 70, 1, 205.

obligé de le suivre de ville en ville, et peut l'assigner devant le tribunal de ce domicile, en vertu du principe général : *actor sequitur forum rei* (art. 59, C. pr. civ.). Mais nous n'allons pas jusqu'à refuser, comme certains auteurs (1), le droit au commis de citer son patron devant le tribunal de son propre domicile, lorsque c'est en ce lieu que le paiement doit être effectué. Cependant la jurisprudence écarte notre manière de voir presque constamment, lorsqu'il s'agit d'actions exercées contre une société par son directeur ou ses agents (2).

C'est ainsi qu'il a été jugé que le tribunal de commerce du lieu où une compagnie d'assurance a établi un agent pour la représenter, n'est pas compétent pour statuer sur les demandes dirigées par cet employé contre la société. Elles doivent être portées devant le juge du lieu où le siège social est fixé, et c'est seulement à l'égard des assurés, qui traitent avec la société au siège de la succursale, que le tribunal du lieu où se trouve cette succursale est compétent.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que s'il est admis qu'une compagnie d'assurances qui a des succursales, où elle est représentée par des agents, peut être assignée dans la personne d'un de ses agents devant le tribunal du lieu où est établie cette succursale, cette dérogation

1. Rivière, n° 204.

2. Cass. 18 févr. 1862, S.1862,1,427 ; — Cass.5 mai 1880, J. Pal. 1880, 613.

3. Lyon, 28 févr. 1882. D. 83, 2, 99.

aux règles de la compétence n'a été introduite qu'en faveur des assurés qui ont dû considérer l'agent avec lequel ils ont traité comme chargé de défendre aux réclamations qu'ils auraient à exercer en vertu du contrat d'assurance.

« Qu'il en est autrement lorsque l'action est intentée contre la compagnie par un de ses employés, qui ne peut ignorer le lieu où est établi le siège social, puisque c'est de ce lieu que partent les instructions et les ordres qu'il reçoit, et que ses fonctions le mettent en relations journalières avec l'administration centrale de la compagnie.

« Attendu que la conséquence du système adopté par la Cour impériale de Colmar n'irait rien moins qu'à autoriser l'agent, qui serait encore en fonctions, à diriger contre lui-même, comme représentant de la compagnie, l'action qu'il se croirait fondé à exercer contre la compagnie, et qu'il serait tout à la fois demandeur et défendeur, etc. »(1).

Ces motifs sont sans doute excellents lorsqu'il s'agit d'un employé auquel la compagnie a donné un mandat général pour la représenter, qui a reçu la délégation d'une partie de chacune des attributions dont la société s'est réservée la généralité. Mais il n'en est plus de même lorsque le préposé n'a reçu que le pouvoir de faire telle ou telle catégorie d'actes de commerce déterminés. Il ne lui est plus possible alors d'essayer d'intenter une

1. Cass. 22 mai 1854. J. tr. com., III, p. 302. — Paris 21 déc. 1854 J. tr. com., IV, p. 159; — Seine, 18 janvier 1855, J. tr. com. V, p. 199.

action contre lui-même, comme représentant de son patron, car cette action serait certainement en dehors du mandat qui lui a été confié. Aussi faut-il laisser de côté les considérations de fait qui ont guidé les tribunaux à propos des actions intentées contre une société par ses agents, et en revenir à la doctrine générale de l'art. 420 al. 3, d'après lequel le défendeur peut être assigné au lieu où le paiement doit être effectué.

La jurisprudence en effet consacre généralement la doctrine qui ne restreint pas l'art. 420 al. 3 seulement aux achats et ventes, mais qui l'étend au contraire à toutes les contestations relatives à des obligations commerciales, ou à des contestations dont la connaissance est confiée aux tribunaux de commerce, bien qu'elles soient civiles (1). Si l'art. 420 ne parle que d'achats et ventes, c'est que ces actes sont les plus usuels dans la pratique, et forment la base même de tout négoce. C'est ainsi que l'art. 109 C. com., en posant les règles relatives à la preuve, ne parle que, des achats et ventes, et pourtant l'on s'accorde à considérer l'art. 109 comme s'appliquant, en principe, à tous les actes de commerce.

Du reste la tradition est dans ce sens, et l'art. 17 du titre XII de l'ordonnance de 1673, d'où est tiré l'art. 420 C. pr. c. est très explicite sur ce point: « *Dans les ma-*

1. Cass. 9 mars 1863, D. 63, 1, 76 (commission); — Dijon, 22 avril 1865, D. 65, 2, 115 (mandat.); — Caen 1<sup>er</sup> juillet et 6 août 1845, D. 1845, 2, 162, (assurance); — Chambéry. 3 déc. 1883, le Droit, 10 févr. 1884 (patron contre commis).— Cass. 8 janvier 1884, Gaz. d. Pal. 23 sept. 84 (engagement des gens de mer).

*tières attribuées aux juges et consuls*, dit-il, le créancier pourra donner l'assignation, à son choix, au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou au lieu où le paiement doit être fait. »

Comme c'est ordinairement au domicile du patron que le paiement s'effectue, c'est le tribunal de ce domicile qui est compétent. La jurisprudence est constante, en effet, pour reconnaître que le commis, à la différence du commissionnaire, n'a pas le droit d'être payé de ses frais à son propre domicile, parce qu'il est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat au siège principal de la maison de commerce qui l'emploie. « Attendu que les représentants de commerce, dit le tribunal de Marseille, sont les agents ou les préposés du négociant pour lequel ils traitent des affaires; que les commissions qui leur sont allouées ne sont qu'un mode de rémunération; que c'est au siège de la maison qu'ils doivent rendre compte; qu'ils doivent y être payés, sauf à être indemnisés de tous leurs frais » (1).

Mais s'il résultait formellement des conventions ou des usages que le paiement devait être fait ailleurs qu'au domicile du patron, le commis pourrait assigner le patron devant le tribunal de l'arrondissement du lieu du paiement. Ainsi la Cour de Chambéry qui applique l'art. 420 C. pr. civ. à tout contrat ayant un objet commercial, dé-

1. Mars, 19 août 1869. J. de Mars. 69, 1, 235.

cide que le tribunal du lieu de la succursale d'une maison de commerce est compétent, *ratione personæ*, pour connaître de l'action du commis contre son patron. Il faut toutefois pour cela qu'il soit constant que le lieu de la succursale soit, en vertu du contrat intervenu entre le commis et son patron, le lieu fixé pour le domicile et la résidence du commis, celui où doivent être accomplis tous les actes constituant sa mission commerciale, celui enfin où il doit être payé, et est en effet payé de son salaire (1).

En résumé, on voit donc que le tribunal compétent est ordinairement celui du domicile du patron. Il n'y a d'exception, que dans le cas où le lieu du paiement n'est pas à ce domicile, et qu'il plaît au commis d'assigner son patron, en vertu de l'art. 420, al. 3, C. pr. civ., au lieu où le paiement doit être effectué.

B. *A quelles personnes s'applique l'art. 634 C. com.* — L'art. 634 statue à propos des contestations qui peuvent s'élever entre patrons et commis. Nous avons vu précédemment (2) quel est le sens juridique de cette expression. Mais il convient d'insister maintenant sur une catégorie d'individus, les acteurs, que certains auteurs mettent au nombre des commis de commerce. Cette question a été soulevée un grand nombre de fois devant les tribu-

1. Chambéry, 3 décembre 1883, le Droit 19 févr. 84.

2. Page 125 et s.; Adde Besançon 5 déc. 1843. D., 45, 4, 95. Riom, 3 janvier 1846. D. 49, 2, 139; — Caen, 14 nov. 1849. D. 50, 5, 80. — Cass. 13 mai 1857; D. 57, 1, 393.

naux à propos de la compétence, et c'est pourquoi nous l'examinons à cette place.

Et d'abord faisons remarquer qu'il n'est pas douteux que les acteurs puissent assigner leur directeur devant les tribunaux de commerce. En effet, le directeur, lorsqu'il engage un acteur, fait un acte de commerce, puisqu'il agit ainsi pour l'exploitation de son entreprise. L'art. 632, al. 3. C. com. est formel sur ce point.

Mais nous soutenons, au contraire, que c'est devant le tribunal civil que le directeur doit citer l'acteur parce que l'acteur n'est pas commerçant, qu'il n'a pas fait un acte de commerce, et qu'on ne peut le considérer comme le commis de son directeur (1).

Il n'entre pas dans le cadre de notre sujet d'étudier longuement les deux premiers points. Cependant nous dirons que l'acteur n'est pas commerçant, parce qu'il ne répond en rien à la définition donnée par l'art. 1, C. com. Il ne fait pas non plus un acte de commerce, parce que son engagement est un contrat de louage de services purement civil, et qu'il n'a pour but aucune stipulation, ni aucun trafic (2).

Aussi certains auteurs préfèrent-ils soutenir que si le tribunal de commerce est compétent, c'est parce que l'art. 634 lui attribue la connaissance de ces sortes de

1. Lacan et Paulmier, *Législ. des théâtres*, I, p. 47 et s.; Vivien et Blanc, *législ. théâtr.* n<sup>os</sup> 270 et s.; Lyon-Caen et Renault, I, p. 57, note 3.

2. Pardessus, n<sup>o</sup> 46; Vincens, I, p. 135 et 141. Vivien et Blanc, n<sup>o</sup> 312; Lacan et Paulmier, n<sup>o</sup> 208; Contra Molinier, I, n<sup>o</sup> 49; Boistel, n<sup>o</sup> 55.

contestations. Ils font observer, et une partie de la jurisprudence approuve leur système, que le lien qui existe entre l'acteur et le directeur est le même que celui qui rattache le commis au patron, et que leur situation juridique est semblable en tous points.

En effet, pour l'acteur comme pour le commis le contrat d'engagement est un louage de services essentiellement civil, tandis que c'est un acte commercial pour le patron et le directeur. Le commis et l'acteur concourent également à la réussite de l'entreprise de leur chef, par leur activité, leur travail et leur talent. Tous les deux, même dans le cas où ils ont une part dans les bénéfices, ne sont pas commerçants et ne font pas un acte de commerce. L'acteur n'a aucun engagement avec le public ; c'est de son directeur seul qu'il dépend ; il a droit aux appointements résultant des conventions sans que le directeur puisse être obligé d'y ajouter quelque chose, comme aussi sans qu'il n'en puisse rien retrancher, quels qu'aient été les succès obtenus ou les revers subis par l'entreprise. Le commis n'est également qu'un intermédiaire entre son patron et le public ; ses émoluments sont aussi indépendants des variations de la fortune de son chef, à moins qu'il n'y ait eu une stipulation contraire.

Une troupe théâtrale ne constitue pas plus l'entreprise de spectacles publics dont parle l'art. 632, que l'ensemble des commis d'un magasin ne forme une maison de commerce : l'entreprise de spectacles est personnifiée

par le chef, la maison de commerce par le patron. Dans une troupe d'acteurs chacun stipule et agit pour son compte : les engagements des uns sont indépendants des engagements des autres. Les artistes ne se rattachent entre eux par aucun lien juridique, par aucune association : chacun d'eux travaille dans son intérêt personnel d'argent ou de gloire, sans être comptable d'autre chose que de l'exécution de ses propres promesses. Peut-on dire qu'il en soit autrement dans la situation respective des employés d'une maison de commerce entre eux ? De plus l'acteur est sous la dépendance de son directeur comme le commis sous celle de son patron, par suite de son contrat d'engagement : si le commis ne peut traiter les affaires d'une maison de commerce autre que celle de son chef, l'acteur ne peut non plus aller jouer dans un théâtre autre que le sien, sans l'autorisation de son directeur.

Et si l'on veut pousser la comparaison plus loin, il est facile de voir que les attributions de ces deux catégories d'individus se ressemblent en bien d'autres points. « Les commis de nouveauté, dit M. Giffard, sont des acteurs. Ils jouent pendant la journée et sont libres le soir ; voilà ce qui les distingue des comédiens ordinaires. Mais ce sont des acteurs, et je le leur répète assez. Malheureusement ils ne comprennent pas tous que leur rôle consiste à prendre un air souriant ou triste, suivant la cliente qui les interroge, et ceux qui sont intelligents gagnent

deux fois plus d'argent que les benêts, rien que par le jeu de leur physionomie. » (1)

Aussi certains tribunaux, séduits par une analogie aussi frappante, n'ont pas hésité à appliquer l'art. 634 C. com., aux acteurs actionnés par leur directeur. « Attendu, dit la Cour de Montpellier, que la loi ne considère point comme commerçants les artistes attachés à une entreprise théâtrale. Attendu que l'art. 634 C. com., déclare simplement que les tribunaux de commerce connaîtront des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés.

« Attendu que cette compétence particulière et spéciale, comme il vient d'être dit, est basée sur l'avantage qu'a reconnu le législateur à rendre commune aux commerçants proprement dits, et à leurs facteurs, commis ou serviteurs, une juridiction spéciale, mieux à portée que tout autre d'apprécier des faits qui, sans émaner de commerçants, ni constituer des actes de commerce, se reliaient de la façon la plus étroite aux opérations commerciales elles-mêmes.

« Mais attendu que les mêmes motifs, qui ont fait étendre la juridiction des tribunaux de commerce aux personnes non commerçantes désignées dans l'art. 634, ne sont pas tellement restrictifs qu'on ne puisse faire rentrer dans ces dénominations, sinon dans le sens usuel

1. Giffard, Les grands bazars, p. 66.

des mots, du moins dans le sens qu'a entendu y attacher le législateur, les artistes faisant partie d'une direction théâtrale.

« Attendu que toute entreprise de ce genre est soumise, plus qu'aucune autre, de la part de ceux qui concourent à son exploitation, à des conditions de discipline et de fidélité dans les engagements, conditions à l'accomplissement desquelles le public lui-même est toujours intéressé, et qui rendent indispensable pour le jugement des affaires la concernant, une juridiction rapide et rapprochée du siège de la direction.

« Attendu que l'art. 634 en rendant les facteurs, commis et serviteurs des commerçants justiciables des tribunaux consulaires, n'y a pas mis pour condition qu'ils seraient intéressés dans l'entreprise, ou qu'ils participeraient aux chances de bénéfices ou de pertes du commerce auquel ils concourent ; qu'on ne saurait donc exciper davantage de ce défaut d'intérêt de la part des acteurs dans l'exploitation du théâtre pour les affranchir de la juridiction commerciale.

« Attendu que la décision par laquelle la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 février 1864 (1), a refusé d'attribuer aux acteurs le privilège établi par les art. 2101 C. civ. et 549 C. com., en faveur des gens de service et commis, est étrangère à la question actuelle et ne saurait y exercer aucune influence, le privilège étant de droit

1. Cass. 24 février 1864. S. 64, 1, 59.

étroit et ne pouvant être étendu au-delà des termes précis de la loi, sans préjudicier aux intérêts opposés d'autres créanciers.

« Attendu au surplus qu'une pratique constante et une jurisprudence à peu près unanime, consacre la manière d'interpréter, comme il vient d'être dit l'art. 634 C. com. » (1)

Mais la jurisprudence est revenue sur cette doctrine, et dans une série de décisions récentes, consacre l'opinion contraire, qui nous paraît plus conforme au texte et à l'esprit de l'art. 634. (2) « Attendu, dit le tribunal civil de la Seine, que l'acteur qui ne participe pas aux bénéfices de l'exploitation du théâtre, et ne fait que contracter l'engagement de prêter le concours de son art, moyennant un traitement ou des appointements déterminés, ne saurait être considéré comme un commerçant, ou comme ayant fait un acte de commerce ; qu'on ne saurait non plus le considérer comme un commis et lui appliquer par analogie la disposition de l'art. 634 C. com. ; qu'en conséquence le tribunal de commerce est incompétent. » (3)

Et nous ne pouvons qu'approuver cette décision. En

1. Montpellier, 20 déc. 1874. S. 75, 2, 83 ; -- Paris, 24 janvier 1834, Gaz. Tr. 25 et 28 janvier 1834 ; — Paris, 26 mars et 8 sept. 1841. Gaz. des Trib. 27 mars et 9 sept. 1841.

2. Paris 14 févr. 1884 (Koning-Marais), le Droit, 15 févr. 84 ; — trib. civ. Seine, 14 avril 1883 (Campo-Casso-Merguillier) ; le Droit, 7 juin 83 ; — Paris, 30 oct. 1883, le Droit 31 oct. 83 ; — Seine, 11 décembre 85, (Régnier-Fusier) ; la Loi 12 déc. 85.

3. Seine 23 juillet, 1878 ; le Droit 8 août 78 ; Adde Cass. 8 déc. 1875 S. 76. 1, 25, et les arrêts cités dans la note précédente.

effet, les tribunaux de commerce constituent une juridiction d'exception, et par suite il faudrait un texte formel pour nous permettre d'y porter les actions intentées par un directeur contre un acteur. Or nous ne trouvons aucune disposition législative sur ce point. L'art. 634, qu'on invoque, ne parle que des facteurs, commis ou serviteurs des marchands, et il nous semble impossible de faire rentrer les acteurs dans l'une ou l'autre de ces expressions. Nous reconnaissons, il est vrai, que le lien qui existe entre l'acteur et le directeur est de même nature que celui qui unit le commis à son patron. Mais de ce que le caractère légal du contrat est identique, il ne s'ensuit pas nécessairement que tous ceux entre lesquels intervient ce contrat doivent être assujettis à des règles uniformes.

Si l'on veut traiter de la même façon tout ceux dont le contrat d'engagement est de même nature, il faudra soumettre à la compétence des tribunaux de commerce tous ceux qui concourent à la mise en action de l'entreprise théâtrale, et sans la coopération desquels cette exploitation ne saurait fonctionner (1). Les mêmes solutions seront donc applicables non seulement aux acteurs, mais encore aux musiciens qui composent l'orchestre, au machiniste qui préside au mouvement et à l'agencement des trucs, au peintre qui fait les décors, au souffleur qui vient en aide à la mémoire des acteurs, et à bien d'autres

1. Orillard, n° 350.

encore, qui apportent à la mise en scène un concours indispensable. Il faudra aller jusqu'à ranger au nombre des commis l'auteur dramatique, ou le compositeur lyrique dont le louage des services constitue la base première et fondamentale de l'entreprise, puisque sans eux il n'y aurait ni drame ni musique, et dès lors pas de représentation.

Or il n'est pas douteux, car les textes sont là, que la loi ait entendu établir des distinctions entre les diverses catégories d'individus qui louent leurs services. A l'action de ceux qui se louent à la journée elle applique la prescription de six mois (art. 2271, C. civ.), pour l'action de ceux qui se louent à l'année, la prescription n'est plus la même : c'est celle d'un an, en vertu de l'art. 3272 C. civ. Le privilège en faveur des gens de service s'étend aux salaires de l'année échue et à ce qui est dû pour l'année courante (art. 2101, al. 4, C. civ.). Le privilège en faveur des commis ne protège que les salaires dus pour les six mois qui précèdent la déclaration de faillite (art. 549 C. com.). Avant la loi du 2 août 1868, le maître était cru sur son affirmation à propos de la quotité des gages, quand il s'agissait d'un domestique ou d'un ouvrier, mais non à l'égard d'un autre employé (art. 1781, C. civ.).

Ces différences, qui nous sont expressément indiquées par les textes, sont fondées tantôt sur une appréciation de moralité inégale entre le supérieur et le subordonné, tantôt sur des raisons d'humanité et toujours sur l'exiguité des créances en vue desquelles elles ont été édictées.

Lorsque la loi établit ces distinctions dans les degrés de confiance que les parties peuvent mériter, elle prend pour base la présomption de la modicité du salaire. Elle montre clairement par là qu'elle veille spécialement et qu'elle statue seulement sur le sort des individus dont la position dans la société est tout à fait subalterne, et dont les services ne comportent le plus souvent qu'une rétribution médiocre.

Aussi ces motifs ne peuvent s'appliquer en rien à la situation des acteurs. En cas de contestation sur la quotité du traitement, il n'y a aucune raison de soupçonner la déclaration de l'acteur plutôt que celle du directeur. On est encore plus loin de l'esprit de la loi lorsqu'on remarque le chiffre habituel des appointements payés aux principaux acteurs. On ne peut certainement pas les faire rentrer dans ces petites créances que le législateur a déclarées prescriptibles par six mois ou un an, comme se payant à courte échéance et sans reçus. Il serait aussi difficile de les considérer comme devant être privilégiés pour des raisons d'humanité. Au taux où sont les appointements de certains acteurs, même dans les théâtres secondaires, surtout avec le système d'artistes-étoiles aujourd'hui en vigueur, un privilège semblable n'irait à rien moins le plus souvent, qu'à dévorer la majeure partie de l'actif, et à compromettre injustement les intérêts des autres créanciers.

« La profession des acteurs, disent MM. Lacan et Paulmier, peut-elle raisonnablement rentrer dans aucune des

locutions employées dans l'art. 634 C. com. ? Peut-on voir en eux des facteurs, des commis, ou moins que des commis, des serviteurs ? Le législateur est toujours présumé donner aux expressions dont il se sert la signification qu'on y attache, et l'usage résiste ici à l'assimilation qu'on veut établir. L'acteur fait un service qui ne ressemble en rien à celui que font les facteurs, les commis, dans les maisons de commerce. Il ne représente pas le directeur dans ce qui touche à la gestion de l'entreprise, et en cela il diffère essentiellement du régisseur, du contrôleur et du caissier. Ce serait donc forcer le sens et le texte de la loi, méconnaître les principes qui déterminent le point d'arrêt de la juridiction commerciale, que d'étendre aux acteurs une disposition qui leur est étrangère. Les analogies peuvent mener loin, et c'est surtout dans les matières d'exception que le juge doit s'abstenir » (1).

On comprend en effet facilement que depuis le modeste ouvrier qui loue le travail de ses mains jusqu'au brillant écrivain qui peut louer celui de son intelligence, il y a une vaste échelle à parcourir dans les louages de services. On conçoit que par suite de cette diversité dans la nature de l'objet du contrat, le législateur ait été amené à poser des règles spéciales pour certaines classes de personnes et de services. Dans notre matière, aucun texte n'a dérogé au droit commun, c'est donc le tribunal civil qui est compétent pour connaître des actions intentées par un directeur contre un acteur.

1. Lacan et Paulmier, I, p. 471.

## CHAPITRE VII

### DES CAUSES QUI METTENT FIN AU CONTRAT, ET DES CONSÉ- QUENCES QUI EN DÉCOULENT

#### I. — *Des causes qui mettent fin au contrat.*

Le Code civil donne des solutions différentes à propos de la cessation du contrat, selon qu'il s'agit du mandat ou du louage de services. Aussi pouvons-nous rencontrer certaines difficultés dans notre matière, puisque l'engagement du commis envers son patron est un mélange de ces deux contrats. Comme nous l'avons posé en principe précédemment(1), nous suivrons les règles du louage de services dans les rapports du préposé avec son patron, et celles du mandat salarié dans ses rapports avec les tiers.

A. — *Des causes qui mettent fin au contrat à l'égard du patron.* — Il n'est pas douteux qu'il soit défendu à un préposé de s'engager à perpétuité, de louer ses services pour toute la durée de sa vie. L'art. 1780, C. civ., décide en effet qu'on ne peut louer ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. La convention conclue

contrairement à l'art. 1780 doit être considérée comme non avenue. C'est à tort que certains auteurs (1) soutiennent que la contravention à cet article n'engendre qu'une nullité relative, proposable seulement par le préposé. Le vice de la convention, ne tenant pas au consentement des parties, mais au caractère illicite de l'engagement qui en forme l'objet, doit la faire considérer comme nulle, de nullité absolue (2). Chacune des parties peut se refuser à l'exécuter, sans être tenue de dommages-intérêts du seul fait de la rupture. Toutefois, on devrait payer au préposé un salaire proportionnel au temps de service réellement effectué, jusqu'au moment où la convention serait rompue. De même aussi le commis pourrait encore demander à son patron des dommages-intérêts, si l'exécution de la convention pendant un certain temps avait été pour lui une cause de pertes ou de sacrifices.

La disposition de l'art. 1780 ne fait pas obstacle à ce que le patron puisse valablement s'engager à garder jusqu'à sa mort le préposé avec lequel il traite, en ce sens qu'il n'est en pareil cas autorisé à le renvoyer, qu'à la charge de l'indemniser (3).

« Considérant, dit la Cour de Paris, que l'art. 1780, C. civ., ne permettant au domestique d'engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, on en

1. Troplong, III, n° 856 ; — Larombière, I, p. 335, n° 30.

2. Aubry et Rau, IV, n° 372 bis et note 1.

3. Duranton, XXVII, n° 226 ; — Duvergier, II, n° 284 et s. Marcadé sur les art. 1780 et 1781.

doit conclure que le maître ne peut pas non plus se lier à l'égard de son domestique par un engagement irrésoluble durant toute sa vie. — Considérant, néanmoins, que la résolution de l'engagement, témérairement contracté par le maître, peut et doit le rendre passible de payer à son domestique une indemnité, s'il en résulte pour lui un dommage » (1). L'obligation, comme toute obligation de faire, se résout en dommages-intérêts.

Il va de soi que la mort du commis, aussi bien que l'arrivée du terme fixé, est une cause qui met fin au contrat. L'engagement, qui a été fait *intuitu personæ*, ne peut obliger les héritiers du préposé. Mais il n'en est pas de même en cas de mort du préposant : le commis est attaché à la maison de commerce plutôt qu'à son chef, et si les héritiers entendent continuer l'entreprise, le commis est tenu de leur prêter son concours dans les termes du contrat d'engagement (art. 1122, C. civ.).

Nous ne croyons pas non plus que la *faillite* du patron soit une cause de rupture du contrat. Il est bien certain cependant que si les créanciers de la faillite n'offraient pas au commis une caution suffisante, la résiliation pourrait être prononcée sur sa demande. Le changement très grave qui est survenu dans la fortune du préposant nécessite, dans l'intérêt du préposé, l'offre d'une caution. Mais si cette sûreté lui est donnée, le commis n'a pas plus de motifs que les créanciers de la faillite, pour de-

1. Paris, 20 janvier 1826, S. 27, 2, 53 ; — Bordeaux, 23 janvier 1827, S. 27, 2, 92.

mander, à raison de cet événement, la résiliation de l'engagement.

Nous donnerons encore la même solution pour le cas d'*interdiction* du patron. Sans doute, le préposé ne pourra plus faire d'opérations commerciales avec les tiers, puisque celui qu'il représente est privé de la capacité de contracter, mais il n'est pas dégagé de plein droit de ses obligations envers son patron, et réciproquement. L'interdiction ne rétroagit pas sur les actes accomplis avant qu'elle ait été prononcée, sauf dans le cas de l'article 503 C. civ.

Nous ne pouvons admettre, avec M. Rivière, que la *vente par le patron de son fonds de commerce*, soit une cause qui mette fin au contrat : « Si le patron, dit cet auteur, cède son établissement de commerce avant l'expiration du temps assigné à la durée de l'engagement, le commis-voyageur a le droit de demander la résolution du traité avec dommages-intérêts, même dans le cas où le successeur se serait obligé à en exécuter les conditions. Il est bien permis de céder la propriété d'une créance sans consulter la volonté du débiteur, mais on ne peut pas transmettre la coopération, l'industrie d'une personne sans son consentement. Le commis-voyageur peut craindre de ne pas rencontrer dans le successeur le caractère, les qualités qui l'avaient déterminé à s'engager envers son patron » (1).

1. Rivière, n° 425.

M. Rivière, qui n'admet pas la résiliation du contrat par la mort du préposant, n'est pas logique en soutenant cette opinion, puisque dans l'un et l'autre cas *l'intuitus personæ*, que peut avoir considéré le commis, est le même. Aussi cette solution nous paraît-elle exorbitante, car il nous semble impossible d'assimiler la cession du fonds de commerce à la révocation faite sans allégation d'une juste cause. (1)

La *force majeure* est, au contraire, une cause certaine de la rupture du contrat, que ce soit le patron ou le commis qu'elle empêche d'accomplir ses obligations. Ainsi la perte de l'établissement du patron par suite d'un sinistre, dispense le préposant de payer les salaires du commis pour le temps de l'engagement qui reste à courir. Si la force majeure tombe sur le commis, comme dans le cas d'une maladie, d'un appel imprévu sous les drapeaux, il touche des appointements proportionnels à la durée de son service, et ne doit aucune indemnité à son patron. Mais il n'en est plus de même si le commis est obligé de quitter la maison de commerce pour remplir des obligations militaires qu'il devait prévoir, par exemple pour faire ses vingt-huit jours. Le patron, qui n'a pas été prévenu, peut demander au préposé de réparer le préjudice que lui cause son brusque départ.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le contrat peut être résilié, soit par le consentement réciproque des par-

1. Lyon, 8 janvier 1848 ; J. du Pal. 1848, t. IX, p. 40.

ties, en vertu de l'art. 1134, al. 2. C. civ., soit *par justice*, à raison de ce que l'une d'elles n'exécute pas ses obligations. Il est bien certain que des défauts graves tels que l'ivrognerie, l'infidélité du préposé sont aussi des motifs légitimes pour rompre l'engagement. Il en serait encore ainsi lorsque des injures graves sont adressées au commis par son patron et réciproquement. Mais devons-nous accorder au préposé le droit de demander la résiliation du contrat, sous prétexte que le patron trompe frauduleusement ses clients? Pour nous l'affirmative n'est pas douteuse : un patron n'a pas le droit d'employer un commis à des opérations illicites : *rei turpis nullum mandatum est*. L'engagement du préposé est nul, de nullité absolue, lorsqu'il contracte avec la connaissance du but que le patron se propose. De même, lorsque le commis, qui a traité de bonne foi, s'aperçoit, après la formation du contrat, de la fraude de son préposant à l'égard des tiers, il doit être autorisé à demander la résolution de son engagement.

La question devient plus délicate *lorsqu'une partie veut rompre le contrat contre la volonté de l'autre*. Le patron peut-il librement congédier son préposé? Le commis peut-il quitter la maison de commerce selon son bon plaisir? Si l'on s'en rapportait aux règles du mandat la solution ne serait pas douteuse. La difficulté naît de ce que le code n'a pas prévu ce cas à propos du louage de services. Aussi résoudrons-nous la question, en nous référant aux règles générales sur les obligations. Une distinction est nécessaire entre le cas où la durée de l'engagement est

limitée par les conventions, et celui où il n'y a pas eu de stipulation sur ce point.

*a.* — « Lorsque le contrat intervenu entre le facteur, le commis et leur chef aura fixé le terme de la durée du service, les parties ne pourront arbitrairement se soustraire à leur accomplissement, si elles le font, la partie qui agira ainsi devra indemniser l'autre des préjudices occasionnés par cette rupture. » Tel est le principe posé par l'art. 197 du Code de commerce espagnol, et qui ressort clairement de notre art. 1134 C. civ. Chacune des parties peut avoir en effet un intérêt plus ou moins grand à ce que l'autre accomplisse ses obligations pendant toute la durée prévue par les conventions. Le commis peut craindre un brusque renvoi, à la suite duquel il trouvera peut-être difficilement une position nouvelle, et qui le privera ainsi pendant un certain temps de son gagne-pain. Le patron peut aussi éprouver un réel préjudice en étant brusquement privé des services de son commis, à un moment où ils lui sont peut-être indispensables. Aussi la rupture de l'engagement avant le terme fixé, doit-elle rendre passible la partie qui cesse de remplir ses obligations d'une indemnité envers l'autre partie.

*b.* — Si dans les conventions aucune limite n'a été assignée à la durée de l'engagement, chacune des parties a le droit de résilier le contrat selon son bon plaisir. La reconnaissance de ce droit est nécessaire pour assurer l'observation de l'art. 1780 C. civ. En effet, si chaque partie n'était pas libre, en cas de contrat fait pour une durée

indéterminée, de rompre l'engagement sans le consentement de l'autre, elle se trouverait en réalité liée pour la vie, ce qui serait contraire à la prohibition formelle de l'art. 1780 C. civ.

Il en est ainsi même dans le cas où la rémunération est stipulée au mois, ou à l'année. Le mois ou l'année ne sont pris en considération que pour fixer la quotité proportionnelle de salaires que le patron doit payer au commis dans le cas où celui-ci est renvoyé ou quitte la maison. Mais le préposant et le préposé, tout en ayant le droit réciproque de rompre l'engagement, doivent se prévenir de l'intention qu'ils ont de résilier, en se conformant aux usages, sous peine de dommages-intérêts.

B.— *Cessation des pouvoirs des préposés à l'égard des tiers.*  
— Nous avons vu plus haut (1) par quelles causes le contrat prend fin entre le patron et le commis. Les mêmes raisons le font également cesser à l'égard des tiers. Il faut cependant faire remarquer que l'interdiction du patron est une cause de rupture de l'engagement à l'égard des tiers seulement. Il suffit, du reste, pour avoir des règles certaines en cette matière, d'appliquer les principes énoncés par le Code civil à propos de la cessation du mandat dans les articles 2005 à 2008. Comme les tribunaux auront surtout à apprécier la question de bonne foi, on devra rechercher principalement si les tiers ont su ou non que le préposé avec lequel ils ont contracté avait cessé de représenter son patron.

1. P. 285.

« Aussi dans l'usage, disent MM. Lyon-Caen et Renault, quand il s'agit de commis-voyageurs ou de placiers, des circulaires sont adressées par le patron à sa clientèle, ou des avis publiés dans les journaux. Mais comme il ne s'agit pas d'une publicité légale, il faut dans chaque espèce, rechercher si les intéressés en ont eu connaissance..... Quand il s'agit de facteurs, le Code de commerce allemand (art. 46) prescrit de faire mentionner la cessation de la procuration sur le registre de commerce, et de la publier dans les journaux d'annonces légales. A défaut de ces formalités, le patron ne peut se prévaloir de la cessation de procuration à l'égard des tiers, qu'en prouvant qu'ils la connaissaient lors de la conclusion de l'affaire. Si ces formalités ont été remplies, on peut opposer aux tiers la cessation des pouvoirs du mandataire, à moins que les circonstances ne démontrent qu'ils ne l'ont pas connue ou dû connaître (1). »

En l'absence de ces dispositions, on décide que c'est au préposant à prouver que les tiers, qui ont contracté avec le commis, avaient connaissance de la révocation de ses pouvoirs. S'ils ont connu la cessation du contrat, quand même elle n'aurait eu aucune publicité, ils ne peuvent plus, sans mauvaise foi, opposer ce défaut de publicité, et le préposant aurait le droit de leur reprocher d'avoir traité avec un mandataire révoqué. Mais les juges ne doivent admettre, pour prouver cette connaissance, que des faits graves, précis et concordants.

1. Lyon-Caen et Renault, I, n° 857 et note 3.

Le tiers, contre lequel cette preuve aura été faite, n'aura aucune action ni contre le préposant, puisque le mandat a cessé, ni contre le préposé qui n'a contracté aucune obligation personnelle. S'il a ignoré, au contraire, la cessation des pouvoirs du commis, il pourra opposer au patron la validité des contrats conclus avec le préposé. Cette faculté est personnelle à ces tiers, et le préposant ne peut s'en prévaloir. Les stipulations du commis, dont le mandat est révoqué, sont des stipulations pour autrui à l'égard du commettant, qui par conséquent n'a aucun droit pour en demander l'exécution (1).

Ces solutions sont générales, et s'appliquent dans tous les cas où cessent les pouvoirs du préposé, quelle que soit la cause de leur estimation. Nous ne ferons pas d'exception pour le cas de mort ou de faillite du patron, comme l'enseigne Pardessus. « Ni la mort du patron, dit-il, ni son remplacement par un héritier, ne révoquent de plein droit les pouvoirs du préposé, tant que la gestion n'a pas été confiée à d'autre (2). » Cette décision est conforme à la loi romaine d'après laquelle les tiers qui contractaient avec l'instituteur après la mort du préposant, avaient une action contre ses héritiers, tant qu'ils n'avaient pas révoqué le mandat, lors même que les contractants auraient eu connaissance du décès. Mais l'art. 2003, C. civ. a aboli ces principes en déclarant que le mandat finit par la mort du mandant. Or nous savons que dans les rapports

1. C. civ. art. 1119.

1. Pardessus, II, n° 561.

du préposé avec les tiers, nous devons appliquer les règles du mandat.

## II. — *De l'indemnité en cas de renvoi.*

Il nous faut au contraire revenir aux principes sur le louage de service à propos de la question de l'indemnité à payer au commis à raison de son brusque congédiement et des dommages-intérêts à allouer au patron par suite du départ intempestif de son employé. Il est à remarquer qu'il ne peut y avoir de difficulté à ce sujet, que dans le cas où aucun terme n'a été fixé pour la durée de l'engagement. Dans le cas contraire, les dommages-intérêts à raison de la rupture du contrat, avant l'époque convenue, rentrent dans le domaine d'appréciation souveraine des tribunaux qui devront prendre pour base de leur décision le préjudice causé par l'inexécution des conventions.

Mais si le contrat a été fait pour une durée indéterminée, et que l'une des parties le rompe, sans le consentement de l'autre, que faut-il décider? Pour jeter un peu de clarté sur les décisions diverses de la jurisprudence à ce sujet, nous distinguerons le cas où le contrat n'a pas prévu la question, et le cas où des stipulations spéciales sont intervenues sur ce point.

A. — *Le contrat n'a pas prévu la question.* — D'après les principes ordinaires du droit commun il devrait être

interdit au commis congédié sans de justes motifs de demander des dommages-intérêts à son patron.

Il ne peut, en effet, invoquer l'art. 1382 C. civ., d'après lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, puisque le patron, en résiliant l'engagement ne fait qu'user de son droit : *Neminem laedit qui suo jure utitur*.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle plusieurs fois fait l'application de ce principe, notamment en ce qui concerne les compagnies de chemin de fer. Ainsi elle décide qu'une compagnie, lorsqu'elle est liée à un employé par un traité qui ne fixe pas la durée de l'engagement, est libre de renvoyer ce préposé quand il lui plaît sans être tenue de lui payer aucune indemnité. Il en est ainsi alors même que la compagnie n'a rien à lui reprocher, et qu'au contraire, il est constaté que cet employé lui a rendu des services par son concours personnel et par ses connaissances spéciales.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le louage de services, sans détermination de durée peut toujours cesser par la libre volonté de l'un des contractants, en observant toutefois les délais de congé déterminés soit par l'usage, soit par les accords exprès ou tacites des parties » (1).

Nous trouvons dans cette dernière phrase de la Cour

1. Cass. 10 mai 1876, J. trib. com. XXV, p. 472 ; — Adde Cass. 5 févr. 1872 et 5 août 1873. J. tr. com. XXII, p. 253 et XXIII, p. 329.

de cassation une explication qui suffit à justifier les décisions en sens contraire que rendent chaque jour les tribunaux. Ce n'est pas, en effet, en vertu de l'art. 1382 C. civ. que le commis renvoyé sans motifs légitimes, peut demander une indemnité. C'est en prétendant que le patron a violé la loi du contrat, qu'il n'a pas observé la convention tacite intervenue au moment de l'engagement, d'après laquelle le patron ne pourrait congédier son commis, et le commis ne pourrait quitter son patron, sous peine de dommages-intérêts, sans observer les formes et les délais d'usage.

Aussi les décisions des tribunaux doivent-elles varier selon les coutumes usitées sur les différentes places de commerce. Par exemple à Rouen, le patron et ses employés peuvent se séparer mutuellement en se tenant compte d'une indemnité égale à un mois d'appointements, ou en se donnant congé un mois d'avance. Le point de départ de ce mois est, à Rouen, le dernier jour du mois pendant lequel le congé a été donné (1). Sur d'autres places, ce délai part du jour même du congé. A Paris, il n'y a pas d'usages constants sur ce point pour servir de règles en l'absence des conventions expresses : le tribunal appréciera donc l'indemnité suivant les circonstances de la cause. Cependant il a été pendant longtemps d'usage dans le commerce des nouveautés, que le patron et le commis eussent toute liberté pour se quitter sans avis préalable et sans motifs (2).

1. Rouen, 6 févr. 1876. J. trib. com. XXVI, p. 123.

2. Seine, 7 mars 1854. J. trib. com. II, p. 151.

Mais en tous cas la jurisprudence admet d'une façon constante le principe de l'indemnité, lorsque le commis a été congédié, sans motif de plainte, en dehors de tout cas d'urgence, et sans un avertissement donné à l'avance (1). A plus forte raison des dommages-intérêts seraient-ils dus dans le cas où le préposé a été obligé de faire des sacrifices pour entrer dans la maison, comme par exemple, de souscrire un certain nombre d'actions dans la société où il est employé (2).

Réciproquement, le préposé ne peut abandonner son emploi sans en donner avis utile au patron. Sinon il est tenu de réparer le préjudice que sa brusque cessation de travail peut avoir causé à son chef (3).

Lorsque le commis, en dehors de ses appointements fixes annuels, a une part proportionnelle dans les bénéfices de la maison, l'indemnité due, en cas de renvoi sans motifs, doit consister dans une année entière d'appointements et dans la part d'intérêt promise, à laquelle il aurait droit à la fin de l'exercice, dans le courant duquel il a été congédié. Et la jurisprudence donne cette solution même dans le cas où le traité, passé entre le patron et

1. Paris, 19 mars 1867. S. 67, 2, 83 ; — Grenoble, 27 juin 1867. S. 68, 2, 223. — Amiens, 10 juin 1872, S. 72, 2, 132. — Paris, 10 avr. 1875. J. tr. com. XXVI, p. 56 ; — Paris, 9 février 1876. J. tr. com. XXVI, p. 425 ; — Paris, 6 févr. 1885. Le Droit, 14 fév. 1885.

2. Paris, 9 mai 1865, S. 65, 2, 210. — Aix, 6 mars 1876. J. Mars, 77, 1, 206.

3. Marseille, 24 juillet 1876. J. Mars, 76, 1, 232. — 11 avril, 1877. J. Mars. 77, 1, 181.

son commis, porte que le préposant pourra congédier son employé quand bon lui semblera (1).

Cette clause semble s'appliquer plutôt à la prétention que pourrait émettre le commis de ne pas être renvoyé, en soutenant qu'il est associé comme participant aux bénéfices, et ne règle pas la question d'indemnité en cas de congédiement.

B. *Le contrat contient des stipulations expresses.* — Lorsque les parties ont, dans leurs conventions, prévu le cas de la rupture du contrat par la volonté de l'une d'elles seulement, et qu'elles ont fixé le chiffre des dommages-intérêts à payer par cette partie à l'autre, les tribunaux n'auront plus qu'à faire exécuter cette clause pénale.

Le montant de la peine peut être réduit quelquefois par le juge en vertu de l'art. 1231 C. civ. Les tribunaux ont souvent à appliquer ce principe, et ils décident, d'une façon constante, que, lorsque le commis, qui s'est engagé, sous une clause pénale, à rester un certain temps dans une maison de commerce, vient à rompre le traité en se retirant sans cause légitime, il y a lieu à réduire le chiffre de l'indemnité fixé par les parties, en tenant compte du temps pendant lequel le préposé a exécuté la convention (2).

1. Nancy, 23 juin 1860. J. tr. com. X, p. 336 ; — Paris, 26 nov. 1861. J. tr. com. XI, p. 27. — Marseille, 31 mai 1866, J. Mars. 66, 1, 210 ; — Paris, 10 avr. 1875. J. tr. com. XXV, p. 55. — Paris, 9 fév. 1876. J. tr. com. XXV, p. 425 ; — Paris, 27 avr. 1876. J. tr. com. XXV, p. 522.

2. Paris, 10 nov. 1859. J. tr. com. IX, p. 95 ; — Paris, 7 fév. 1860. J. tr. c. IX, p. 260. — Paris, 6 mars 1876, J. tr. com. XXV, p. 498.

Mais, comme la clause pénale représente, d'après l'estimation des parties, le chiffre des dommages-intérêts à raison du préjudice qui pourra être causé, le juge ne peut en augmenter le montant à titre d'indemnité (1). Il a fallu un texte spécial, l'art. 1231, C. civ., pour permettre de déroger à l'art. 1152, en vertu duquel : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être allouée à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. » Comme aucune disposition législative n'est venue apporter une exception analogue à celle de l'art. 1231, les juges sont obligés d'ordonner strictement l'exécution de la clause pénale.

Il se peut que le patron, qui a contre son commis de justes motifs de plainte, le congédie simplement, sans demander à la justice la résiliation du contrat. Si le préposé, en recevant son congé, ne proteste pas et ne cherche pas à se disculper des faits qui lui sont reprochés, il semble par là reconnaître le bien fondé des griefs allégués, et n'est plus recevable à réclamer le bénéfice de la clause pénale qui lui assurait son traité en cas de renvoi.

Il arrive aussi que les conventions, sans avoir spécialement prévu le cas qui fait l'objet de la contestation, ont statué sur des situations analogues. Les tribunaux devront-ils être obligés de se décider par analogie, sans

1. Paris, 4 janvier 1860. J. tr. com. IX, p. 238.

2. Paris, 10 mars et 8 avril 1869. J. tr. com. XIX, p. 60 et 67.

pouvoir modifier l'indemnité indiquée par le contrat? Ainsi, lorsqu'une somme est fixée, à titre de dommages-intérêts en faveur du commis, en cas de mort du patron, et une autre somme plus forte dans le cas de résiliation volontaire de la part de ce dernier, les tribunaux devront-ils allouer l'une ou l'autre de ces sommes en cas de faillite?

Nous croyons, malgré un arrêt de la Cour d'Angers (1), que le juge n'est lié en rien par le chiffre porté dans le contrat, et qu'il pourra modifier selon les circonstances l'une ou l'autre de ces indemnités. Il tiendra compte, il est vrai, le plus souvent dans son appréciation de l'estimation du préjudice faite à l'avance par les parties, mais il n'est pas tenu de s'y conformer toutes les fois que le cas ne rentre pas expressément dans les stipulations des contractants.

En résumé, sauf lorsque les parties ont convenu d'une clause pénale, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation pour statuer sur l'indemnité due en cas de résiliation volontaire de la part de l'une des parties seulement. Ils devront, toutefois, observer les usages de la place de commerce, où ils siègent, lorsque ces usages sont constants, et tenir un grand compte de la bonne foi que le commis et le patron doivent apporter tous deux à l'exécution du contrat.

1. Angers, 8 décembre 1848 ; J. Pal. II, p. 189.

III. — *De la concurrence permise au préposé après sa sortie de la maison.*

Souvent le commis qui entre dans une maison de commerce prend l'engagement, pour le cas où il sortirait de chez son patron, de ne pas fonder dans un certain rayon un établissement similaire, ou de ne pas engager ses services à un patron exerçant le même commerce. Cette convention, qui n'est attentatoire en rien à la liberté du commerce, est parfaitement valable lorsqu'elle est consentie librement, et qu'elle ne s'applique qu'à un territoire déterminé, et pendant un certain temps. La doctrine (1) et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

« Considérant, dit la Cour de Paris, que la convention qui fait l'objet du procès n'a rien d'illicite, qu'elle ne porte aucune atteinte à la liberté personnelle de l'employé, qui s'est réservé le droit de quitter le service de son patron à des époques fixées, que l'interdiction qu'il s'est imposée est le prix de la position qui lui a été faite dans l'agence de son patron, et dans la connaissance que celui-ci lui donnait nécessairement de ses affaires; qu'en conséquence la clause pénale, pour le cas d'infraction aux diverses obligations qu'il contractait, est parfaitement valable, etc. » (2).

1. Rendu, tr. des marques de fab. et de la concur. dél. n° 312. — Pouillet, tr. des marques de fabr. et de la concur. dél. n° 660.

2. Paris, 3 juin 1856. J. tr. com. V, p, 478.

Il est en effet en usage de sanctionner l'engagement du commis de ne pas s'établir à côté de son patron, par une indemnité fixée par les parties dans la convention. S'il n'y a pas eu de stipulation sur ce point, les tribunaux seront libres de condamner le commis à tel chiffre de dommages-intérêts qu'il leur plaira, en réparation du préjudice causé.

Mais s'il existe une clause pénale, ils devront l'appliquer, et ne pourront pas en outre ordonner la fermeture de l'établissement créé contrairement à la convention (art. 1152 C. civ.). Aussi certains tribunaux ont-ils pensé qu'en payant l'indemnité stipulée, le commis pourrait acquérir le droit d'exercer l'industrie qu'il s'était interdite. (1) Nous croyons au contraire que cette solution est impossible en présence de l'art. 1268 C. civ., qui décide que : « Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. » Si la loi accorde au créancier la faculté de choisir, c'est qu'elle refuse ce droit au débiteur, et par suite nous approuvons sans réserve le jugement du tribunal de la Seine du 10 sept. 1857, qui refuse au commis le droit de payer l'indemnité stipulée pour fonder ensuite un établissement rival de celui de son patron. (2) Mais si les tribunaux ordonnent l'exécution de la clause pénale, le montant n'en

1. Seine, 6 mai 1852. J. tr. com. I, p. 184. — Paris, 20 février 1857. J. tr. com. IV, p. 159 ; — Douai, 31 août 1864, S. 64, 2. 264.

2. Seine, 10 septembre 1857. J. tr. com. VI, p. 486.

peut être réduit sous prétexte que le commis aurait ob-  
dition est en vention pendant un certain temps ; la con-  
servé la coneffet indivisible.

L'employé soutiendrait en vain que cette stipulation  
est personnelle à son patron : elle profite au successeur  
qui se rend acquéreur de la maison de commerce. (1) Et  
si pour éluder l'interdiction, le commis se couvre d'un  
prête-nom, ce dernier doit être condamné solidairement  
aux dommages-intérêts alloués. (2)

Si le contrat d'engagement ne contient aucune conven-  
tion sur ce point, le commis pourra fonder un établisse-  
ment semblable à celui de son patron, dès qu'il sera sorti  
de sa maison. Mais il devra avec grand soin s'abstenir de  
tous les faits qui pourraient constituer des actes de con-  
currence déloyale.

Ainsi les tribunaux déclarent le commis coupable de  
concurrence déloyale et par suite passible de dommages-  
intérêts :

1° Lorsqu'il relève sur son carnet le nom des clients de  
son patron et le prix des échantillons, pour faire ensuite  
aux dits clients des offres à des conditions plus avanta-  
geuses ; (3)

2° Lorsqu'il adopte pour ses marchandises des dispo-  
sitions extérieures qui pourraient amener une confusion

2. Paris, 27 mai 1862. J. tr. com. XI. p. 326.

3. Paris, 3 juin 1856. J. tr. com. V, p. 478 ; — Paris, 7 juillet 1856. J. tr.  
c. XVI, p. 253.

1. Lyon, 27 nov. 1875, S. 77, 2, 10 ; — Paris, 18 mai 1875. J. tr. c. XXIV,  
p. 374.

préjudiciable entre les produits similaires des deux maisons; (1)

3° Lorsque, ayant géré l'établissement de son patron sous son propre nom, il copie les circulaires, affiches et factures en usage dans cette maison. (2)

4° De même encore les employés d'un négociant qui, après s'être entendus pour fonder un établissement rival, louent des magasins, les agencent, y déballent des marchandises, y installent des commis, y préparent des échantillons, et annoncent ensuite, en sollicitant les clients de leur patron, qu'ils ne sont pas associés de ce dernier, qu'ils quittent sa maison, pour faire croire à la désorganisation de celle-ci, manquent à leurs devoirs de préposés avant la fin de leur engagement, se rendent coupables de concurrence déloyale, et doivent être condamnés à des dommages-intérêts au profit de leur ancien patron. (3)

5° Le commis ne peut se servir des lettres missives qu'il a reçues de son chef, pour y puiser des renseignements sur les affaires de la maison qu'il quitte. On ne peut pas dire, avec M. Troplong (4), que ces lettres sont la propriété de l'employé. Cela n'est vrai que des missives écrites à un individu en son nom privé et personnel et non pas de celles qui sont adressées à un commis en sa

1. Seine, 6 septembre 1875. J. tr. c. XXV, p. 21.

2. Seine, 28 février 1866. J. tr. c. XI, p. 12.

3. Lyon, 2 juillet 75, S. 77, 2, 10.

4. Mandat, nos 428 et 768.

qualité de préposé. Ces dernières restent la propriété de la maison de commerce et doivent être restituées au patron, ainsi que les notes et carnets dont s'est servi le commis : ce sont des documents qu'il importe de ne pas laisser entre les mains de négociants rivaux (1).

Il est vrai que, par réciprocité, le patron est obligé de s'abstenir aussi de tous les faits qui pourraient être qualifiés d'actes de concurrence déloyale, à l'égard de son ancien commis. Ainsi le négociant qui a fait le commerce, sous le nom de son employé, ne peut, après que celui-ci l'a quitté, continuer à se servir de son nom. Mais il a le droit de recevoir les lettres adressées à son établissement sous le nom de son ancien commis, pendant tout le temps nécessaire pour prévenir sa clientèle (2).

Dans toutes ces contestations, les juges ne devront pas oublier qu'il a existé des rapports étroits entre le patron et le commis, pendant une durée plus ou moins longue, que les affaires de la maison de commerce leur ont été pour ainsi dire communes, et que par suite ils doivent être astreints à la plus grande loyauté l'un vis-à-vis de l'autre, lorsque, pour une raison quelconque, le lien a été rompu, et que le commis a quitté son patron.

1. Paris, 24 juin 1858. J. tr. c. VII, p. 396.

2. Seine, 10 décembre 1857. J. tr. c. VII, p. 12.

## CONCLUSION

### DE LA CONDITION DES COMMIS AU POINT DE VUE ÉCONOMIQUE ET SOCIAL.

De cette étude sur la condition des commis au point de vue juridique, il ressort clairement que les employés ne sont que des intermédiaires entre le public et leur préposant, et que leur contrat d'engagement les place sous l'entière dépendance de leur patron. Mais d'après le principe économique, en vertu duquel pour ne pas déchoir on doit aspirer à monter, tous ces commis devraient tendre à un but unique, devenir patrons à leur tour : rêve impossible, étant donné le petit nombre des maisons de commerce, si restreint relativement au chiffre considérable des préposés de toutes catégories.

Il est bien certain cependant que la plupart des chefs de maisons de commerce ont commencé par être commis. Mais que doivent devenir les autres préposés qui ne peuvent arriver à cette position si enviée ?

La difficulté est tournée en partie grâce au bon sens naturel, qui retient dans leur condition subalterne une quantité assez importante d'employés jusqu'au moment où, possesseurs d'une modeste aisance, ils peuvent se re-

tirer du commerce et vivre sans rien faire. Dans cette catégorie de commis à vie, les uns, d'une intelligence inférieure, comprennent, ou plutôt sentent instinctivement qu'abandonnés à leur propre initiative ils ne seraient bons à rien, et qu'il est dans leur intérêt de demeurer sous la dépendance d'un patron qui pense, qui conçoit et qui dirige pour eux. Les autres, mieux doués sous le rapport de la capacité, mais manquant de capitaux pour fonder un établissement à leur compte, hésitent à se lancer dans une entreprise souvent hasardeuse, et préfèrent se contenter de gagner de gros appointements dans une de ces maisons de commerce colossales, où leur activité et leur industrie leur assurent une des premières places.

Malheureusement tous ne sont pas aussi sages, et beaucoup se laissent entraîner par l'appât, toujours séduisant pour les jaloux et les envieux, d'une position plus élevée dans la société. La politique et les affaires publiques exercent une séduction toute spéciale sur les commis des marchands. Le journalisme surtout les fascine, et l'on ne peut s'imaginer le nombre des reporters et des publicistes de bas étage, qui sortent directement des magasins de nouveautés. Leurs aspirations se résument en une soif exagérée des honneurs, et la rapide fortune de quelques-uns d'entre eux dans ces dernières années a encore exagéré leurs prétentions (1).

1. Entre autres exemples, un sous-préfet actuel d'un département du Centre (septembre 1886) était auparavant vendeur au comptoir de la flanelle aux magasins du Louvre.

Il est à remarquer du reste, que la principale préoccupation des employés de commerce, en général, consiste à vouloir prendre une part active à la direction des affaires publiques, et surtout à faire croire à leur pouvoir. Ils recherchent avec une avidité sans égale ces nombreux honneurs politiques qui, dans une démocratie, sont à la portée de tous. Ils sont pénétrés de leur importance lorsqu'ils remplissent leurs devoirs de citoyens ; ils sont heureux d'être électeurs ; ils sont fiers d'être élus. Elus à quoi ? Peu leur importe, pourvu qu'ils aient un titre qui les distingue de leurs concitoyens. Leur plus grand désir est d'être influents ; leur plus grand bonheur de le paraître. Mais à quelque position qu'ils soient arrivés ils ne parviennent jamais à faire complètement peau neuve, et ils gardent toujours les habitudes de leur ancien métier. Ils font l'article pour leur opinion, et ils apportent dans l'exercice des fonctions qu'on a pu leur confier, cet étalage de promesses, cette exagération de réclame et de puffisme outré, dont les grands magasins leur ont donné l'exemple.

Et quel est le fondement de toutes ces prétentions ? C'est le chiffre relativement élevé des salaires qu'ils gagnent. Puisque leur travail leur rapporte autant que celui des fonctionnaires, des médecins, des avocats, des professeurs, pourquoi ne feraient-ils pas partie de la classe dirigeante, aussi bien que ceux qui occupent des positions dites libérales ?

En effet, si nous prenons comme exemple la rémuné-

ation attribuée aux commis dans ces bazars immenses qui comptent jusqu'à trois mille employés, nous voyons que leurs appointements sont toujours égaux et souvent supérieurs à ceux des fonctionnaires. Le vendeur qui débute à 1.800 francs, comme un sous-lieutenant, arrive rapidement, avec les bénéfices qu'il fait sur sa vente de chaque jour, à un salaire annuel de quatre à cinq mille francs ; les plus habiles parviennent à 6.000. Quant aux chefs de rayons, leurs appointements atteignent le chiffre du traitement d'un préfet, et le dépasse souvent (1).

Dans toute la première moitié de ce siècle il n'en était pas ainsi, et les rêves du plus ambitieux des commis ne s'élevaient guère au-dessus d'un émolument annuel de deux mille cinq cents francs. Cette augmentation rapide est due au système universellement répandu aujourd'hui du tant pour cent sur les affaires et de la participation aux bénéfices. Il ne nous semble pas, quant à nous, que ces modes de rétribution soient aussi équitables qu'on veut bien le dire, et que leurs résultats aient été bien profitables à la société.

Et d'abord il est facile de prouver que dans le système de la participation aux bénéfices, le patron est sacrifié à son commis, et qu'à l'égard de ce dernier une portion de la part dans les profits est indûment acquise. En effet, lorsqu'un employé est intéressé dans une maison de commerce, il reçoit ordinairement, en dehors de sa quotité

1. Giffard, les Grands bazars, p. 73.

proportionnelle dans les bénéfices, des appointements fixes, mensuels ou annuels. Et ce mode de rémunération nous paraît logique, car, pour qu'un salaire soit équitable, il faut qu'il soit proportionnel aux besoins de l'individu et au travail fourni. Comme l'activité, les efforts ne sont pas toujours identiques, la part dans le bénéfice augmente ou diminue en raison du zèle de l'employé. L'autre portion des appointements reste au contraire toujours la même pour correspondre aux besoins qui ne varient que d'une façon insensible selon les années. Ce traitement déterminé et invariable est moins important pour les commis qui ont un tant pour cent sur les affaires, que pour ceux qui sont intéressés dans la maison. Dans ce dernier cas, il est rarement inférieur à la moitié de l'émolument total calculé d'après les précédents inventaires. Or cette portion de la rétribution, qui est indépendante des variations de la fortune de la maison de commerce, est en dehors de la règle de proportionnalité et constitue un privilège injuste en faveur du commis.

En effet, les risques ne sont pas les mêmes pour le patron et le commis. Si l'entreprise est désastreuse et se solde par un déficit, le patron perd complètement l'intérêt du capital engagé dans l'exploitation et même tout ou partie de ce capital. Le commis perd aussi, il est vrai, une certaine quantité de son travail, relative à sa part éventuelle dans les bénéfices, mais il ne perd pas l'autre portion, dont la production est représentée par ses appointements fixes.

Et l'on ne peut pas objecter qu'il y ait une contre-partie en faveur du patron dans le cas d'augmentation des bénéfices. Si le chiffre des affaires, peut-on dire, devient deux fois plus considérable, l'intérêt du capital doublera: la rémunération du patron augmentera donc dans la proportion de 1 à 2. Or on ne retrouve pas cette proportion dans l'augmentation de la rétribution du commis. Si sa part dans les bénéfices double également, il n'en est pas de même pour ses appointements fixes qui restent invariables. En admettant que le traitement fixe soit égal à la moitié du salaire total, l'émolument du commis augmente seulement dans la proportion de deux à trois.

C'est un fait indéniable et que nous ne saurions contester. Mais nous prétendons que cette différence dans l'accroissement des bénéfices ne compense pas exactement la différence des risques courus en cas de perte. En effet, les pertes du patron comprennent : 1° l'intérêt du capital engagé dans l'entreprise ; 2° tout ou partie de ce capital. Le commis, au contraire, ne perd jamais que le produit de son travail relatif à sa part dans les bénéfices. Or, en admettant que, puisque les appointements fixes restent invariables dans les deux cas, la proportion soit la même à l'égard du commis pour le cas d'augmentation des bénéfices et pour le cas de perte, et que par suite cette différence entre la rémunération du commis et celle du patron soit équitable, il est impossible de trouver dans les pertes du commis une part qui corresponde au capi-

tal perdu par le patron. Lorsque l'entreprise a mal tourné, l'employé pourra toujours à l'avenir faire produire son activité, son industrie, son travail, qui n'ont pas été engloutis dans le désastre. Le capital, au contraire, est irrévocablement perdu, et par suite n'est plus susceptible d'aucun rapport. Et c'est là précisément ce qui constitue une situation privilégiée en faveur du commis, ce qui fait que la proportion entre sa part dans les bénéfices et celle de son patron ne peut jamais être établie d'une façon équitable.

On retrouve encore le même avantage injuste en faveur de l'employé, encore plus accentué, lorsque ce dernier reçoit, comme rémunération un tant pour cent sur les affaires qu'il traite. Dans ce cas, en effet, la maison peut faire faillite, et le commis avoir droit, au contraire, à des appointements considérables s'il a fait un chiffre énorme de mauvaises opérations. Aussi ce mode de rétribution n'est-il guère exempt de tout hasard que dans les grands magasins où les marchandises doivent être vendues à des prix fixes, et où rien n'est laissé à l'arbitraire de l'employé.

De plus, cette organisation est contraire à tous les principes philosophiques, en ce qu'elle supprime toute individualité et toute originalité : « C'est par ses propres forces, a dit Kant, que l'homme doit progresser, sans compter sur d'autre appui que sur celui de l'énergie et de la persévérance de sa volonté. »

Loin de se conformer à ce précepte, le système du tant

pour cent sur les bénéfices fait du commis une véritable machine à vendre ou à acheter, presque inconsciente de ses propres efforts. Il a le défaut d'isoler chaque employé de ses collègues, et d'exciter leur jalousie et parfois leur haine, puisque chaque affaire que l'un traite est une source de gains enlevée à un autre. « Les commis de nouveautés, dit M. Giffard, groupés et classés par détachements dans le grand bazar, n'ont entre eux aucun esprit de solidarité. Chez eux, plus que partout ailleurs, la maxime popularisée par le vieux Lafontaine triomphe : *Notre ennemi, c'est notre maître*. Il ne faut rien leur demander en fait de vertu, ni le dévouement à l'entreprise commune, ni le zèle de collaborateurs à qui incombe une responsabilité, si mince qu'elle soit. Ils sont, par la logique de leur situation, essentiellement individualistes. Ils vivent par eux-mêmes, ne voient qu'eux, ne cherchent que leur bénéfice propre et ne voient rien au-delà. Comment en serait-il autrement ?

« Tous vendeurs, intéressés sur leur chiffre de vente quotidien, ils ne voient que leur vente quotidienne. La fusion des efforts en un tout grandiose, et qui serait certainement plus lucratif leur échappe, mais par une raison bien simple, c'est que le tout grandiose ne leur donne pas d'argent. Ils n'ont aucun bénéfice sur les affaires d'un rayon au bout de l'année, par exemple. C'est le chef de rayon qui a ce bénéfice partiel. Ils n'ont eux, on l'a déjà vu, que tant pour cent sur le nombre d'articles vendus à la fin de la journée.

« D'où leur entière indifférence pour tout ce qui ne leur est pas personnel. Ainsi les acteurs, à qui nous les comparions, ne voient souvent dans une pièce de théâtre que leur propre rôle avec les effets qu'il comporte, la longueur des tirades qu'il contient, sans se préoccuper de savoir si l'ensemble de l'ouvrage exige que certains d'entre eux parlent beaucoup, tandis que les autres ne doivent presque rien dire » (1).

Enfin on doit surtout faire à ces deux systèmes de rémunération le commun reproche de permettre aux commis de gagner des salaires hors de proportion avec leur intelligence. C'est en effet le patron qui seul a besoin de concevoir, de combiner, de diriger, en un mot de penser. L'employé se borne à exécuter sans examen et sans contrôle une besogne tracée d'avance, et qui ne varie presque jamais. Il n'est plus qu'un des rouages infimes d'une machine mise en mouvement par la main du patron, et qu'il serait incapable de diriger lui-même.

Aussi, les directeurs des grands magasins se plaignent-ils du peu d'intelligence de leurs commis. Si l'on s'en rapporte à l'opinion d'un auteur qui, dans une étude très approfondie sur les grands bazars parisiens, se fait l'écho des hommes les plus compétents en cette matière, la capacité de l'employé va sans cesse en s'amoindrissant. « Malheureusement, dit-il, pour les dividendes des grands bazars, la moyenne des commis intelligents diminue. Ces

1. Giffard, p. 75 et s.

jeunes gens tendent aujourd'hui à substituer la quantité à la qualité, j'entends le métier à l'art pur; je veux dire qu'ils négligeront d'observer les règles indiquées plus haut pour s'appliquer à vendre beaucoup, à expédier les clientes presto, prestissimo, l'une après l'autre, sans sonder, sans étudier, sans chercher la grosse affaire, à côté de laquelle ils passent, et qu'un malin saura capturer après eux. Ils croient que la maxime *time is money* veut dire seulement : le temps, c'est de l'argent. C'est le temps bien employé surtout qui est de l'argent » (1).

Aussi, l'employé de commerce n'est pas le plus souvent à la hauteur de ses prétentions. Il se croit la science innée par cela seul qu'il a de gros appointements : puisqu'il gagne beaucoup d'argent, il pense être capable de tout faire. « Chacun son métier, les vaches seront bien gardées », nous dit la sagesse des nations par la bouche d'un fabuliste français (2). Et ce principe de la spécialisation du travail, imposé par le bon sens et l'expérience, semble au commis une entrave superflue. Il oublie que pour la direction de toute entreprise, une éducation première et un apprentissage sérieux sont nécessaires. Les affaires publiques n'échappent pas à la règle générale, et ceux qui aspirent à s'en occuper doivent s'y préparer de longue main. Dans chaque nation la classe dirigeante ne peut comprendre qu'une infime minorité. Dans une aristocratie, c'est le privilège de la naissance qui y donne

1, Giffard, p. 69.

2. Florian, fables, le Vacher et le garde-chasse.

accès ; dans une démocratie ce doit être le privilège de l'intelligence et du savoir. Aussi nous est-il impossible d'approuver les tendances ambitieuses des employés de commerce, que rien ne justifie. Sans doute, les dehors plus ou moins brillants, les qualités tout extérieures et factices, qu'ils acquièrent parfois grâce à la fréquentation d'individus d'une condition plus relevée, peuvent en imposer à la multitude, mais les connaissances spéciales, les capacités nécessaires au maniement des affaires publiques leur manqueront toujours, puisque ni leur instruction, ni leur éducation, ni leurs occupations journalières n'ont pu les préparer à une tâche aussi difficile.



## POSITIONS

### POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

#### Droit Romain

- I. — On peut constituer un pécule à un impubère.
- II. — Le pécule comprend même ce que l'esclave a acquis à l'insu de son maître.
- III. — On ne peut donner comme fondement au privilège de la *deductio* accordé au *dominus* le principe du premier occupant, comme le veut la loi 9 par. 2 et 5. Dig. liv. 45, tit., 1.
- IV. — Dans deux cas seulement l'esclave peut être l'objet actif et passif d'obligations naturelles.
- V. — Si le *dominus peculii* se cache pour se soustraire aux poursuites des créanciers, ceux-ci ont le droit, lors même que le pécule ne comprendrait rien au jour de la demande, de se faire envoyer en possession de son patrimoine.

#### Droit Commercial

- I. — Le patron ne peut tirer une lettre de change sur son commis.
- II. — Le commis qui participe aux bénéfices n'est pas l'associé de son patron.
- III. — Le commis intéressé a le droit de relever par lui-même les erreurs et les fraudes commises dans les livres et inventaires.
- IV. — Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître de l'action intentée par un commis contre son patron.

V. — Les acteurs, au point de vue de l'art. 634 C. com., ne peuvent être assimilés à des commis.

VI. — La cession du fonds de commerce faite par le patron n'est pas une cause qui mette fin au contrat d'engagement du préposé.

#### POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

### Droit Romain

I. — Un créancier hypothécaire troisième en rang peut exercer le *jus offerendi* à l'égard du premier, mais il ne prendra sa place que jusqu'à concurrence de la somme versée pour le désintéresser.

II. — L'*offerens* n'est pas obligé d'offrir le paiement d'une créance ayant comme garantie une hypothèque postérieure à la sienne, quoique cette créance appartienne à un créancier qui le prime et qu'il veut désintéresser.

III. — Le maître condamné à raison du délit de son esclave n'est pas tenu d'une obligation alternative, mais de l'obligation d'exécuter la condamnation *cum facultate solutionis*.

IV. — C'est contre le possesseur de l'esclave lors du délit et non contre le propriétaire que l'action noxale doit être accordée.

### Droit civil

I. — Lorsque cesse l'absence de l'époux dont le conjoint a contracté une nouvelle union, toutes les personnes désignées dans l'article 184 C. civ., sont recevables à demander la nullité du second mariage.

II. — Lorsque deux propriétaires ont des constructions séparées pour un passage commun, chacun d'eux peut ouvrir des jours sur ce passage, à condition toutefois de se conformer aux prescriptions des articles 678 et 679 C. civ.

III. — Il faut combiner les articles 337 et 908 C. civ. et décider que l'enfant naturel reconnu pendant le mariage par l'un des époux, qui l'aurait eu avant son mariage d'un autre que de son conjoint, ne peut rien recevoir par donation de la part de celui qui l'a reconnu.

IV. — Un mineur, même non émancipé, peut être mandataire.

V. — Le donateur d'un immeuble jouit du privilège du vendeur pour assurer l'exécution des charges pécuniaires que le contrat impose au donataire.

### Procédure Civile

I. — Le tribunal français qui donne l'exequatur au jugement d'un tribunal étranger a le droit de réviser le fonds du procès.

II. — L'art. 5 de la loi du 25 mai 1833 n'est applicable ni aux commis des marchands, ni aux précepteurs, ni aux bibliothécaires.

### Science financière

I. — Pour la préparation du budget, le système anglais des séances en comité est préférable au système français des commissions closes.

II. — Les emprunts à lots ne sont contraires ni à la morale, ni à la loi, et présentent des avantages sérieux pour les opérations peu importantes.

*Vu par le Président de la Thèse :*

GLASSON.

*Vu par le Doyen de la Faculté :*

CH. BEUDANT.

*Vu et permis d'imprimer :*

*Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :*

GRÉARD.



# TABLE DES MATIÈRES

---

## DROIT ROMAIN

# DU PÉCULE DE L'ESCLAVE

---

### INTRODUCTION

Organisation du travail à Rome .....	5
--------------------------------------	---

### CHAPITRE I

Origines du pécule.....	10
-------------------------	----

### CHAPITRE II

#### DE LA CONSTITUTION DU PÉCULE

1° A qui peut il être concédé ? .....	18
2° Par qui peut-il être concédé ? .....	28
3° Composition du pécule : § 1. Actif.....	31
§ 2. Passif.....	41
4° Extinction du pécule.....	54

CHAPITRE III

Pouvoirs de l'esclave sur le pécule.....	59
--	----

CHAPITRE IV

DE L'ACTION DE PECULIO

1° Origine et caractères de l'action de peculio .....	82
2° Cas dans lesquels cette action est donnée.....	85
3° A qui et contre qui elle est donnée.....	88
4° Montant de la condamnation.....	98
5° Durée de l'action.....	107

CHAPITRE V

Des autres actions nées du pécule .....	110
---	-----

---

DROIT FRANÇAIS

---

DE LA

CONDITION JURIDIQUE DES COMMIS DES MARCHANDS

---

INTRODUCTION

I. — Utilité de la question.....	117
II. — Historique.....	120

## CHAPITRE I

### DÉFINITION

I. — Définition .....	125
II. — Différences entre les commis des marchands et les autres auxiliaires des négociants.....	129

## CHAPITRE II

### DU CONTRAT

I. — De la nature du contrat.....	139
II. — De la preuve du contrat.....	148

## CHAPITRE III

### DU COMMIS PARTICIPANT AUX BÉNÉFICES

I. — De la nature du contrat .....	155
II. — Du droit à la communication des livres.....	166
III. — De la détermination de l'émolument .....	173
A. — Masse des bénéfices.....	174
B. — Des prélèvements à opérer par le patron.....	177
C. — Du droit acquis avant la faillite du patron.....	179

## CHAPITRE IV

### DES RAPPORTS DES COMMIS AVEC LEURS PATRONS

I. — Obligations des commis envers leurs patrons.....	182
A. — Exécution du mandat.....	182
B. — Obligation de rendre compte.....	190
II. — Obligations des patrons envers leurs commis.....	192
1° Paiement de salaire convenu.....	192
A. — Privilège du commis.....	195
B. — Prescription de l'action en paiement des salaires	199
2° Remboursement des avances .....	204
III. — Du versement d'un cautionnement.....	208

## CHAPITRE V

### DES EFFETS DES ACTES DES COMMIS A L'ÉGARD DES TIERS

I. — Obligations des préposants à l'égard des tiers .....	214
1 <sup>o</sup> Par suite de l'exécution du mandat .....	214
2 <sup>o</sup> Par suite des faits du préposé.....	230
II. — Obligations du préposé à l'égard des tiers.....	236

## CHAPITRE VI

### DE LA COMPÉTENCE

I. — Contestations à propos des actes intervenus entre les commis et les tiers.....	242
II. — Contestations entre patrons et commis .....	249
A. — Actions intentées par le patron contre le commis.	253
B. — Actions intentées par le commis contre le patron.	257
III. — Détermination de la portée de l'art. 634, C. com.....	267
A. — A quelles contestations s'applique-t-il ? .....	267
B. — A quelles personnes s'applique-t-il ? .....	274

## CHAPITRE VII

### DES CAUSES QUI METTENT FIN AU CONTRAT, ET DES CONSÉQUENCES QUI EN DÉROULENT

I. — Des causes qui mettent fin au contrat.....	285
A. — A l'égard du patron.....	285
B. — A l'égard des tiers .....	292
II. — De l'indemnité en cas de renvoi .....	295
A. — Le contrat n'a pas prévu la question.....	295
B. — Le contrat contient des stipulations sur ce point..	299
III. — De la concurrence permise au préposé après sa sortie de la maison.....	302

## CONCLUSION

De la condition des commis des marchands au point de vue économique et social .....	307
---	-----

---

Paris. Imprimerie des Ecoles, H. JOUVE, 23, rue Racine.