

APPLICATIONS EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION DU MANDAT

1. Les obligations du mandataire

Traditionnellement, dans la doctrine roumaine¹, sont analysées deux obligations incombant au mandataire: (1) l'obligation d'exécuter le mandat et (2) l'obligation de rendre des comptes au mandant sur l'exécution du mandat.

Nous nous pencherons sur la portée de *l'obligation d'exécuter le mandat* parce qu'elle est complexe² et il faut l'analyser sous des aspects multiples:

- (a) l'obligation de respecter les limites du mandat;
- (b) l'obligation de respecter le mode d'exécution déterminé par le mandant;
- (c) l'obligation de faire diligence.

(a) L'obligation du mandataire de respecter les limites du mandat a deux facettes:

- faire tout ce qu'il a promis et;
- ne rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat.

Ainsi, le mandataire est tenu de s'acquitter complètement de sa mission, parce qu'une exécution partielle engagera sa responsabilité envers le mandant. *L'exécution du mandat est indivisible*, de sorte que le mandant ne peut se voir imposer une exécution partielle.

L'obligation de se cantonner dans les limites du mandat est en fait l'expression de la règle classique consacrée même par le Code civil (l'article 1546 alinéa 1er), selon laquelle le **mandat est de stricte interprétation**. En dérogation à cette règle, il est cependant permis au mandataire d'accomplir les actes (qui ne sont pas prévus dans l'objet du mandat) qui sont une dépendance ou une suite nécessaire de la mission qui lui a été confiée et dont l'accomplissement peut, parfois, être même obligatoire pour la bonne exécution du mandat.

(b) En ce qui concerne l'obligation de respecter le mode d'exécution déterminé par le mandant, une distinction est faite dans la doctrine³ entre le *mandat impératif* et le *mandat facultatif*.

Le mandat impératif – Si le mandant a donné des instructions précises quant au mode d'exécution du mandat, elles doivent être respectées scrupuleusement (en ce qui concerne, par exemple, les circonstances de temps, de lieu, de prix, de qualité, d'origine, etc), une exécution par équivalent n'étant pas admise.

Le mandat facultatif – Si le mandant n'a pas donné des instructions quant au mode d'exécution, alors le mandataire est libre de décider et de choisir à lui seul les modalités d'exécution. Il doit cependant accomplir sa mission tout en respectant le mieux possible les intérêts du mandant, conformément à la nature de l'acte, des circonstances et

¹ Francisc Deak, *Tratat de drept civil. Contracte speciale* (Traité de droit civil. Contrats spéciaux) Éd. Actami, 1999, p. 348.

² La doctrine française et belge entrevoit plusieurs facettes de cette obligation. Par exemple, A. Bénabent (*Droit civil. Les contrats spéciaux*, Paris, Éd. Montchrestien, 2006, p. 437 et suiv.) la décompose en: exécution personnelle, exécution ponctuelle, exécution diligente, exécution efficace, exécution loyale.

³ P. Wéry, *Droit des contrats - Le mandat*, Éd. Larcier, Bruxelles, 2000, pp. 145-147.

des usages, le mandataire devant se comporter comme toute autre personne diligente ferait normalement, *in concreto*.

(c) L'obligation de faire diligence dans l'exécution du mandat est l'expression de l'idée selon laquelle la mission du mandataire, appelé à remplir un acte au nom du mandant, ne doit pas se limiter strictement à la rédaction formelle, mécanique de l'acte prévu. Si le mandataire peut se permettre d'être négligent avec ses propres affaires, lorsqu'il agit au service d'une personne il doit cependant faire preuve d'une attention accrue. En définitive, il n'est pas admissible que le mandataire, même s'il n'est pas rémunéré, cause des préjudices au mandant.

L'acte doit être établi dans l'intérêt du mandant et le mandataire doit s'assurer que l'acte sera *utile* au mandant et produira tous les effets souhaités par celui-ci. C'est justement la raison pour laquelle, souvent, le mandataire bénéficie de pouvoirs élargis dans la négociation des clauses contractuelles. Le mandataire doit apporter la diligence d'un bon père de famille. Les applications de cette obligation sont multiples, il est impossible d'en énumérer la totalité. Dans l'accomplissement de son mandat, le mandataire doit agir avec célérité, promptitude, prudence, discrétion. Il a été décidé ainsi que lorsque le mandataire est chargé de l'acquisition d'un bien ou de l'obtention d'un service, celui-ci doit s'assurer que ceux-ci correspondent à la destination souhaitée par le mandant.

2. Le mandat spécial

Vu que la présente étude se propose d'analyser les différents types de mandats spéciaux, il faut apporter quelques éclaircissements à l'égard de ce type de mandat.

Le Code civil fait une distinction entre le mandat général et le mandat spécial.

L'article 1535 stipule que « *le mandat est **spécial**⁴ pour une affaire ou certaines affaires seulement ou **général** pour toutes les affaires du mandant* ».

L'article 1536 précise:

(l'alinéa 1er) « *Le mandat **conçu en termes généraux** n'embrasse que les actes d'administration.* »

(l'alinéa 2) « *S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété dépassant l'administration ordinaire, le mandat doit être **spécial*** ».

Par une simple lecture des textes correspondants du Code civil français, nous observons ce qui, à première vue, semble être une erreur de traduction du législateur roumain, dont les conséquences peuvent être importantes.

L'article 1987 stipule « *Il est ou **spécial** et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou **général** et pour toutes les affaires du mandant.* »

L'article 1988 dispose:

⁴ La littérature spécialisée montre que le terme « spécial » ne doit pas être exagéré, parce que, dans beaucoup de cas, l'extension d'un tel mandat peut être très ample. Ainsi, le mandat spécial est celui qui contient un nombre d'actes très variés que le mandataire peut établir et qui peuvent se rapporter à diverses affaires. Par ailleurs, le mandat donné aux fins de traiter toutes les affaires fiscales du mandataire est également spécial.

(l'alinéa 1er) « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.* »

(l'alinéa 2) « *S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* »

Dans les deux textes (l'article 1535 et l'article 1536), le Code civil roumain utilise le terme « **spécial** », alors que le Code civil français emploie les termes « **spécial** » dans l'article 1987 et « **exprès** » dans l'article 1988.

Dans le Code civil français, le terme « spécial » est utilisé en opposition avec « général » (en référence aux affaires confiées au mandataire) et le terme « exprès » est employé en opposition avec « le mandat conçu en termes généraux » (en référence aux actes juridiques que le mandataire peut accomplir – le mandat conçu en termes généraux ne donne droit qu'à l'établissement d'actes d'administration et le mandat exprès est nécessaire pour les actes de disposition).

Ainsi, comme il a été montré à juste titre, la distinction entre les termes *spécial* et *exprès* tient en fait à deux idées entièrement différentes: alors que « spécial » concerne l'ampleur des affaires confiées au mandataire, le terme « exprès » se réfère aux actes juridiques pouvant être accomplis dans le cas de ces affaires⁵. Il faut entendre par le terme « exprès » le fait que les pouvoirs du mandataire concernant la conclusion d'actes de disposition sont clairement affirmés (il ne faut pas commettre l'erreur d'opposer la notion de mandat exprès au mandat tacite).

Les distinctions faites par l'article 1987 et l'article 1988 du Code civil français créent la possibilité de combinaisons de mandats, qui présentent également de l'intérêt pour le droit roumain:

- **le mandat spécial et exprès** – le mandat donné pour faire une donation, la représentation d'une partie à la conclusion d'une convention matrimoniale, le mandat pour vendre un bien, le mandat confié à un avocat pour le désistement d'action;

- **le mandat spécial qui est conçu en termes généraux** – le mandat confié pour gérer un patrimoine immobilier, le mandat pour représenter pour tout ce qui concerne un tel immeuble;

- **le mandat général et exprès** – le mandat confié pour s'occuper de toutes les affaires du mandant, mais qui donne également droit au mandataire de faire des actes de disposition;

- **le mandat général qui est conçu en termes généraux** – le mandat confié pour gérer toutes les affaires, pour faire tout ce qui plus convenable pour défendre les intérêts du mandant.

Cependant, chaque fois qu'un texte impose la nécessité d'un mandat qui soit confié distinctement pour une telle opération, celui-ci ne peut pas être donné globalement pour tous les actes de la catégorie concernée, il doit être nominatif et indiquer « l'affaire » qui doit être conclue⁶. Dans ce sens, nous pouvons donner l'exemple offert par l'alinéa 1er de l'article 125 de la Loi no 31/1990 (dont la rédaction très claire est significative), aux termes duquel « *Les actionnaires peuvent participer et voter dans l'assemblée générale par représentation, sur la base d'une procuration accordée pour la **respective assemblée générale*** ». Il résulte ainsi que la procuration de représentation dans

⁵ P. Wéry, *op.cit.*, p. 91.

⁶ G. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, tome XXIV, Paris, 1907, 11^e éd., p. 277; P. Wéry, *op.cit.*, p. 90.

le cadre d'une assemblée générale, doit être obligatoirement donnée pour chaque assemblée, elle ne peut pas être donnée une fois pour toutes les assemblées générales.

Dimitrie Alexandresco, remarquant que le législateur romain s'est éloigné « malheureusement » du texte français (et du texte italien, qui emploie lui-aussi le terme « exprès »), montre à son tour que « **spécial** » est utilisé en fait avec deux sens différents, comme il suit: alors que, dans l'article 1535, il se réfère à l'étendue des pouvoirs du mandataire, dans l'article 1536, il prend en considération le fait que le mandat doit être donné « pour une *telle* affaire déterminée »⁷.

Après la brève explication des notions, dont il résulte clairement que le terme « spécial » de l'article 1536 ne saurait aucunement avoir le même sens que celui de l'article 1535 (même dans l'actuelle forme de rédaction), nous croyons cependant que celui-ci ne se réfère pas au mandat conféré pour une « affaire déterminée ». Le terme « spécial » utilisé à l'article 1536 se réfère seulement au fait que le mandataire a le droit, le pouvoir d'accomplir des actes de disposition ou un certain acte de disposition et qu'il ne s'impose pas un mandat distinct pour chaque acte de disposition – ce qui constitue en fait l'enjeu du problème qui nous intéresse et qui nous a entraînés dans cette présentation comparative.

Lorsque le législateur a stipulé dans l'article 1536 alinéa 2 qu'un mandat « spécial » est nécessaire pour les actes de disposition, il a fait cela parce qu'il a souhaité qu'il résulte clairement de la procuration, sans aucun doute, le pouvoir de disposer du bien concerné, par opposition aux mandats « conçus en termes généraux », lesquels, justement en raison de l'imprécision, ne donnent le droit que pour les actes d'administration, et qu'il ne serait pas nécessaire de donner un mandat spécial, distinct pour chaque acte de disposition⁸.

Le problème présente de l'intérêt dans le cas, par exemple, du mandat confié pour la vente de tous les biens du mandant. Est-ce que ce mandat est valable ou faut-il donner un mandat pour la vente de chaque bien ou faut-il, en tout cas, préciser les biens⁹? Parce que dans le droit français, pour la vente, la constitution d'une hypothèque, il faut confier un mandat « exprès » – donc, nous insistons, un mandat dont il résulte le pouvoir de faire des actes de disposition – de tels mandats (d'aliénation ou de constitution d'hypothèques sur tous les biens du mandant) sont parfaitement valables, car le mandant ne peut pas se plaindre que sa volonté n'aurait pas été en quelque sorte respectée ou que les limites du mandat auraient été dépassées, vu que son consentement relatif à l'accomplissement d'actes de disposition sur ses biens résulte très clairement – aux termes des dispositions de l'article 1988 du Code civil français et de l'article 1536 du Code civil roumain – leur énumération n'étant pas nécessaire¹⁰. Plus encore, il n'y a même aucun texte légal

⁷ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român* (Explications théoriques et pratiques du droit civil roumain), Bucarest, 1910, Éd. SOCEC, tome IX, p. 572, note 1 et p. 573; Cristina Popa Nistorescu, *Reprezentarea și mandatul în dreptul privat* (La représentation et le mandat dans le droit privé), Bucarest, Éd. All Beck, 2004, p. 111, l'auteur saisit la différence injustifiée de rédaction entre les deux codes, mais ne se prononce pas clairement pour une solution d'interprétation.

⁸ Dans le même sens, voir aussi Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1932, LGDJ, tome XI, p. 810.

⁹ C. Nacu soulève le même problème, sans donner cependant une réponse, précisant qu'il n'avait pas connaissance jusqu'alors de l'existence d'un arrêt judiciaire sur cette question, C. Nacu, *Dreptul civil român* (Droit civil roumain), Bucarest, 1903, IIIe vol., p. 415.

imposant un mandat distinct pour chaque acte de disposition. Pour l'identité des raisons, la même solution doit être également admise dans le droit roumain.

En vertu des motifs énumérés, nous admettons la validité d'un mandat donné pour constituer une hypothèque sur tous les biens du mandant, chaque fois qu'il est nécessaire.

Le problème qui se pose toujours est de savoir si le mandat confié pour la vente de tous les biens du mandant se limite aux biens se trouvant dans le patrimoine du mandant à la date de la conclusion du mandat ou, au contraire, celui-ci peut être également utilisé pour les biens que le mandant a pu acquérir ultérieurement (personnellement ou par mandataire, cela n'a pas d'importance) – par exemple, le mandataire chargé en 2007 de la vente des biens du mandant peut-il en 2011 vendre un bien que le mandant a acquis en 2010? La réponse est affirmative. Le syntagme « tous les biens du mandant » doit bénéficier d'une interprétation unitaire et se référer aux biens présents et futurs du mandant, non pas par rapport au moment de l'expression du consentement – celui de la rédaction de la procuration. On ne saurait soutenir qu'il y a une catégorie de biens – « tous les biens du mandant » – jusqu'au moment du consentement et une autre catégorie composée de biens acquis après ce moment et auxquels la volonté du mandant ne s'appliquerait pas.

Nous abordons maintenant la possibilité de rédiger un mandat (de nature soit civile, soit commerciale) dont l'objet soit « l'achat et la vente de biens au nom du mandant ».

Un tel mandat peut-il être interprété dans le sens que le mandataire a le droit de vendre seulement les biens achetés en vertu du mandat confié ou également des biens entrés dans le patrimoine du mandant soit antérieurement, soit acquis personnellement par celui-ci ou par le biais d'un autre mandataire après que le mandat lui a été confié? Autrement dit, entre les deux mandats, d'achat et de vente, est-il possible d'établir une liaison, une connexion, une interdépendance sur la base des biens achetés ou bien subsistent-ils comme deux mandats distincts, contenus cependant dans le même acte? Nous considérons que, compte tenu aussi de la façon dont les deux mandats ont été insérés ensemble dans le même acte, il est possible d'établir un rapport de causalité et le mandat de vente doit être strictement rapporté aux biens acquis par le mandataire aux termes du mandat d'achat et non pas à d'autres biens.

3. Le notaire – interprète du mandat. La nécessité de l'interprétation

Dans les diverses procédures notariales, l'interprétation des mandats est absolument nécessaire aux fins de définir la volonté du mandant, de sorte que le notaire s'assure que l'acte juridique établi par le mandataire est entièrement conforme à la volonté exprimée par le mandant.

La notion de « loi » de l'article 6 de la Loi 36/1995, qui oblige le notaire de vérifier que l'acte instrumenté ne contrevienne pas aux lois et aux bonnes moeurs, ne doit pas évidemment être interprétée seulement dans le sens strict d'acte normatif (loi, règlement, ordonnance, arrêté, normes) émis dans le cadre du processus législatif ou

¹⁰ Dans ce sens, voir François Collart Dutilleul, Bernard Magois, *Acheter ou vendre un bien immobilier*, I^{ve} éd., Paris, Éditions Dalloz, Delmas, 2006, p. 55; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, Paris, 1867, tome VIII, p. 461.

d'application de la loi, mais aussi par rapport aux conventions que les parties ont pu conclure et qui représentent pour celles-ci « la loi des parties ». La mission du notaire de magistrat de la voie amiable serait presque dénuée de contenu si les parties avaient la permission d'enfreindre les obligations contractuelles assumées antérieurement (même si elles ont été assumées par des actes sous seing privé ou par des actes authentiques).

Le notaire a, en premier lieu, l'obligation professionnelle de s'assurer que le mandataire accomplit justement l'**objet** du mandat, à savoir, qu'il établit seulement l'acte juridique pour lequel il a reçu le mandat, ne pouvant pas, sauf stipulation contraire, exécuter le mandat par équivalent.

Ensuite, le notaire est tenu de veiller à ce que le mandataire respecte **les limites** du mandat, que celui-ci ne fasse ni plus, mais ni moins que ce que le mandant a décidé. Il a été montré que si le mandataire dépassait la volonté du mandant, il ne s'agit pas de l'exécution du mandat au-delà des limites, mais de la transgression de celui-ci¹¹.

Mais quelles sont les limites du mandat ou, autrement dit, quels sont les pouvoirs du mandataire? Celles-ci sont en premier celles déterminées par le mandant, mais aussi des limites découlant des dispositions légales en ce qui concerne l'acte que le mandataire doit accomplir.

Certains affirment que le mandataire peut décider et peut consentir à toutes les clauses, comme s'il était le mandant en soi. Il est suffisant de donner quelques exemples pour remarquer que dans l'exécution du mandat, le mandataire doit agir avec très grande prudence et il semble qu'il n'a pas le droit de prendre toutes sortes de décisions: ainsi, le mandataire de l'acheteur, même investi de « pouvoirs absolus et illimités », ne peut pas consentir à l'achat d'un bien hypothéqué¹² ou faisant l'objet de litiges judiciaires, alors que le mandant, s'il avait été présent, aurait pu consentir à l'achat d'un tel bien. Cet exemple montre donc que le mandataire ne peut pas faire tout ce que le mandant ferait s'il était présent.

Malheureusement, rares sont les cas où le mandant fait preuve de précaution et indique, du moins de manière générale, la conduite que le mandataire devrait adopter, de sorte que dans la pratique notariale roumaine nous rencontrons fréquemment le syntagme selon lequel « **le mandataire a des pouvoirs absolus et illimités** ». Loin d'être en quelque sorte explicative, cette formule, qui a un caractère très général, ne fait qu'accroître les difficultés d'interprétation. D'abord, parce que les pouvoirs du mandataire ne peuvent pas être « illimités », car il est obligé de se cantonner aux limites de l'objet de son mandat. Ensuite, parce qu'elle induit la fausse idée – extrêmement dangereuse pour l'interprète du mandat, ainsi que pour le tiers contractant – que le mandataire aurait la liberté absolue de décider, tandis qu'en fait cette liberté est limitée, le mandataire étant lié à une obligation de diligence et de loyauté envers le mandant.

Compte tenu d'un tel mandat, énoncé de manière très générale – nous pourrions même dire défectueux, imprudent – nous pensons que l'interprétation doit obligatoirement tenir compte des intérêts du mandant. En dernière analyse, un mandat imprécis et vague ne signifie pas qu'on ait le droit de sacrifier les intérêts du mandant. Mais quels sont ces intérêts? Nous trouvons la réponse en analysant **la cause** de

¹¹ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Bruxelles, Paris, 1893, tome XXVII, p. 485.

¹² Nous rencontrons aussi l'hypothèse selon laquelle le mandataire peut valablement acquérir un bien hypothéqué, mais veille aussi au désintéressement des créanciers, à partir du prix payé, et à la radiation de l'hypothèque, de sorte que seulement en apparence on peut parler de l'acquisition d'un « bien hypothéqué ».

l'obligation (le but immédiat, *causa proxima*, élément abstrait et invariable dans le cadre d'une certaine catégorie d'actes juridiques), parce qu'en fonction de celle-ci nous pouvons identifier un type du vendeur, de l'acheteur, du donateur. Quel est l'objectif poursuivi par chacun de ceux-ci lorsqu'il assume l'obligation? Le mandataire doit procurer au mandant au moins l'avantage spécifique au type de contrat et qui reste toujours inchangé nonobstant les parties à l'acte et d'autres circonstances.

Ensuite, le mandataire dont le mandat est rédigé de manière imprécise est tenu de l'accomplir conformément au **droit commun** de l'acte juridique qu'il doit établir et, parce qu'il n'a pas reçu l'accord de la part du mandant, il ne peut pas consentir à des clauses dérogatoires. « Le droit commun de l'acte juridique » signifie l'ensemble de normes régissant le cadre standard du contrat en question et qui sont par elles-mêmes suffisantes pour donner naissance à une convention. Si nous prenons en considération les contrats innommés, le droit des obligations constitue le droit commun de ceux-ci. Les parties présentes peuvent, dans les limites permises, déroger à tout moment à ce cadre fixe et établir des dispositions dérogatoires; le mandataire dont le mandat se limite à énoncer l'acte juridique qu'il devra établir est cependant obligé d'accomplir sa mission en conformité avec le droit commun en la matière, pour s'assurer ainsi que les intérêts du mandant ne sont aucunement affectés, car il n'a pas le droit d'y déroger.

Dans le processus d'interprétation, nous devons prêter attention à un autre repère: l'idée selon laquelle ***qui peut le plus, peut le moins (l'argument a fortiori) ne s'applique pas dans le cas du mandat***, pour deux raisons faciles à comprendre: 1) par cela, le mandataire pourrait se permettre d'exécuter partiellement, incomplètement le mandat; 2) ou, il pourrait établir un autre acte juridique au lieu de celui souhaité par le mandant. Par exemple, le mandat confié pour établir un acte de disposition n'est pas valable pour que le mandataire accomplisse un acte d'administration ou le mandat donné pour un acte translatif n'est pas valable pour l'établissement d'un acte déclaratif (par ex.: le mandat pour la vente d'une part indivise n'est pas valable pour l'établissement d'un acte de partage). Le mandataire ne peut pas détourner la volonté réelle (exprimée) du mandant, en se substituant à celui-ci et établissant un autre acte juridique que celui faisant l'objet du mandat.

Par ailleurs, il faut faire une distinction importante. Le mandataire doit, obligatoirement, agir avec prudence et diligence; il dispose de l'initiative dans la négociation et l'établissement de toutes les clauses contractuelles, étant le seul en mesure d'en estimer **l'opportunité**. Donc, le notaire n'est pas en mesure de censurer les décisions du mandataire du point de vue de leur opportunité (économique etc.). Dans le cas contraire, le notaire se transformerait en un superviseur qui soumettrait chaque décision du mandataire à un examen critique, dont les critères ne peuvent être généralement valables. Et finalement, les décisions du mandataire feront l'objet de l'appréciation souveraine de l'instance, en cas de litige. Le notaire doit se limiter strictement à s'assurer que le mandataire procure au mandant le **droit ou l'avantage spécifique au contrat** qu'il établit et qui serait souhaité par tout mandant s'il était présent, les autres décisions échappant normalement à la censure du notaire (par exemple: le choix d'un certain terrain, d'une certaine superficie, avec une certaine catégorie d'usage, d'un appartement situé au 10^e étage d'un immeuble).

3. Des aspects pratiques

3.1. Le mandat de vente

✓ La cause prise en considération par tout vendeur suppose l'obtention en échange de la transmission du droit de propriété d'une contre-prestation de la part de l'acquéreur – le prix. Il faut également rappeler l'idée exprimée dans la littérature selon laquelle, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation est l'exécution de cette obligation et non pas l'obligation assumée par le cocontractant¹³. C'est pourquoi, il faut d'abord savoir si le mandataire du vendeur peut consentir pour que le prix/une partie du prix soit payé à terme ou s'il est obligé de s'assurer que le prix est payé intégralement au moment de la vente. Du point de vue des intérêts du vendeur, est-il possible d'affirmer que celui-ci identifie la réalisation de la vente à l'encaissement du prix? Est-ce que le mandataire accomplit-il intégralement sa mission seulement s'il consent au transfert du droit de propriété, sans recevoir à la fois le prix?

Évidemment, l'accomplissement simultané des obligations par les contractants n'est l'essence d'aucun contrat. Évidemment, si le vendeur était présent, il pourrait consentir à toute modalité de paiement du prix. Le fait que le mandataire consent à accorder à l'acquéreur un délai de paiement du prix ne peut aucunement être interprété comme une inexécution *de plano* de l'obligation par celui-ci. Comme nous le savons, le terme n'affecte pas l'existence d'un droit. Plus encore, en règle générale, le mandataire ne peut même pas être rendu responsable si, à terme, l'acheteur n'accomplit pas intégralement ses obligations.

En ce qui nous concerne, nous considérons que les intérêts de tout vendeur, du type abstrait de vendeur, concernent l'encaissement du prix au moment de la réalisation de la vente. Si dans la procuration, le vendeur mandant n'a pas consenti à ce que l'encaissement du prix se produise à une date ultérieure ou, en tout cas, a gardé le silence à cet égard, le mandataire doit s'assurer que le prix est acquitté intégralement le jour de l'établissement du contrat de vente. Le mandataire du vendeur ne pourrait pas contrebalancer l'encaissement à terme du prix par le transfert du droit de propriété à la date du paiement du prix. Plus encore, le mandataire devra s'assurer que le prix est acquitté intégralement au moment de la réalisation de la vente, même si, pour diverses raisons, le droit de propriété du vendeur ne peut se transmettre à l'acheteur qu'à une date ultérieure.

Dans notre argumentation, nous affirmons aussi – de façon générale – que si un contrat de mandat ne fait pas des précisions spéciales quant à la modalité d'accomplissement des obligations par le mandataire (voir la formule vague « recevra le prix »), alors il devra s'assurer que les obligations essentielles du cocontractant *sont intégralement exécutées* au moment de la réalisation de l'acte dont le mandataire a été chargé d'accomplir, aux fins du *respect de la règle générale selon laquelle aucun créancier ne saurait être obligé d'accepter des exécutions partielles*.

✓ Si le mandant a consenti au fait que le prix soit payé aussi par tranches et le mandataire a été chargé de l'encaisser sans d'autres précisions, celui-ci a le droit de le recevoir aussi après la rédaction du contrat de vente, quelque lointain que soit, par rapport à la date de la réalisation de la vente, le délai/les délais de paiement de la somme restante. Parce que l'obligation du mandataire d'encaisser le prix doit, normalement, être

¹³ Henri Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1924, p. 39.

accomplie après le moment du consentement à l'acte de vente, son mandat ne cesse pas lors de la réalisation de la vente, mais lors de l'encaissement du prix entier.

✓ Le mandataire est libre de négocier le prix, de l'encaisser¹⁴, de traiter avec plusieurs potentiels acheteurs, de conclure des promesses de vente. Le mandataire ne peut pas cependant accepter une autre modalité de paiement du prix qu'en espèces (ce qui signifierait le changement de la nature juridique du contrat). Par ailleurs, le mandataire ne peut pas consentir à ce que le prix soit payé à une personne que le vendeur; pour la réalisation d'une construction juridique du type de la délégation ou d'une autre revêtant la forme d'une donation indirecte, le mandataire a besoin d'un mandat spécial de la part du vendeur.

✓ Le mandataire peut-il décider de l'aggravation de la responsabilité du vendeur pour la garantie d'éviction?

Il a été décidé, à cet égard, que le mandataire ne peut pas assumer d'autres engagements, au nom du mandant, au-delà des règles du *droit commun de la vente*, si ce pouvoir ne lui a pas été confié expressément¹⁵.

✓ Le mandataire peut décider de renoncer au privilège du vendeur concernant le paiement du prix/de la somme restante, car il est le seul en mesure de décider de l'opportunité d'une telle décision. Le notaire ne doit que le conseiller en ce qui concerne la nature juridique du privilège, les avantages de celui-ci, ainsi que sur les possibles conséquences du renoncement à l'inscription du privilège au livre foncier, tout comme il aurait fait aussi si le vendeur avait été présent.

✓ Le mandataire peut vendre la nue propriété à une personne et un démembrement du droit de propriété à une autre personne, soit par le même acte, soit par des actes séparés (établis à des dates différentes), tout en respectant ainsi l'objet et les limites du mandat.

La question qui se pose est de savoir si le mandataire pourrait aliéner seulement la nue propriété et retenir, au nom du mandant, un démembrement du droit de propriété, bien que cette possibilité n'ait pas été prévue dans le mandat. La réponse est affirmative, parce que, en ce qui concerne le mandant, l'opération de vente dans le sens de la sortie du bien de son patrimoine a été accomplie, même si celui-ci continue de détenir un attribut du droit de propriété.

✓ Le mandat de vente d'une part indivise d'un bien n'est pas valable pour le partage volontaire concernant ce bien, même si « le vendeur » - le partageur (qui ne se voit pas attribuer un lot en nature) devrait recevoir une soulte à la suite du partage. Comme nous l'avons déjà dit, le mandataire est tenu d'accomplir justement l'objet du mandat et d'établir seulement l'acte juridique pour lequel il a été habilité, ne pouvant pas exécuter le mandat par équivalent. Ensuite, en règle générale, le mandat pour l'établissement d'un acte de disposition concernant un bien n'est valable ni pour la rédaction d'un autre acte de disposition, ni pour l'établissement d'un acte d'administration, le principe selon lequel *qui peut le plus, peut le moins* n'étant pas applicable en matière de mandat, dont l'objet doit être exécuté dûment.

✓ Le mandataire chargé de la vente d'un terrain peut-il effectuer, valablement, le lotissement de celui-ci aux fins de vendre le terrain divisé en lots ou est-il obligé de le

¹⁴ Nous précisons que l'ancienne doctrine française ne considérait pas que le mandat de vente contenait aussi le droit du mandataire d'encaisser l'argent, sauf stipulation expresse à cet égard.

¹⁵ Marcel Planiol, Georges Ripert, *op.cit.*, p. 808.

vendre en bloc? Est-ce que le mandataire a besoin d'un mandat spécial pour le lotissement?

Nous prenons en considération les cas où le lotissement de l'immeuble est une exigence obligatoire, préalable, sans lequel il est impossible d'exécuter effectivement le mandat de vente (par ex.: le lotissement des appartements d'un grand immeuble), dans ces cas, le mandataire chargé de la vente des appartements peut aussi effectuer valablement l'opération de lotissement en vertu du mandat de vente.

Dans notre cas de figure, le lotissement apparaît comme une opération facultative. D'habitude, le lotissement est une opération en soi, n'apparaissant pas comme une opération accessoire, préalable à l'établissement d'un autre acte, c'est la raison pour laquelle, à première vue, il semblerait que le mandataire chargé de la vente du bien et n'ayant pas de mandat exprès pour le lotissement, ne peut pas le réaliser. Nous considérons cependant que le lotissement peut être également abordé dans la perspective d'une modalité d'exécution du mandat de vente et, en vertu du fait que le mandataire doit faire preuve d'initiative dans la rédaction de l'acte, sauf indications expresses, il peut choisir toute modalité d'exécution qui soit le mieux adaptée et la plus utile au mandant. Si la modalité d'exécution choisie a été de nature à causer des préjudices au mandant, évidemment le mandataire en assumera la responsabilité en vertu des obligations qui lui ont été confiées.

✓ Pour les mêmes raisons, nous déciderons que le mandataire chargé de la vente de plusieurs terrains (soit par la même procuration, soit par des procurations séparées), peut les réunir (même les démembrer ultérieurement) et les vendre ensuite.

✓ Le mandataire du vendeur peut accomplir aussi d'autres opérations qui ne sont pas mentionnées (des actes matériels) dans le mandat, mais qui s'avèrent nécessaires pour la vente du bien, tel que la demande de délivrance de copies certifiées conformes des archives du bureau notarial où se trouve l'acte de propriété du vendeur.

Si une erreur matérielle est constatée dans l'acte de propriété du vendeur, même si cela constitue un obstacle dans la réalisation de l'opération de vente, le mandataire ne peut pas solliciter la réparation de l'erreur en vertu du mandat de vente qui lui a été confié. Nous pensons que les formalités antérieures à l'accomplissement de l'acte de vente et qui ne doivent pas être mentionnées dans la procuration, car la nécessité naturelle visant leur accomplissement est à présumer, peuvent se résumer à l'obtention du certificat d'attestation fiscale (éventuellement, le paiement des dettes existantes), aux formalités de publicité immobilière, l'obtention des diverses attestations, l'obtention du certificat d'urbanisme etc. Pour cette raison, le mandataire du vendeur ne pourrait solliciter ni la délivrance d'un duplicata de l'acte de propriété du vendeur.

✓ Le mandataire peut solliciter la réparation d'une erreur matérielle existante dans le contrat de vente conclu. Cela est dû au fait qu'un mandataire prudent et diligent est tenu de s'assurer que l'exécution du mandat est efficace et que l'acte produira tous les effets souhaités par le mandant. Ensuite, il est possible que l'erreur empêche la réalisation de certaines formalités découlant normalement de l'opération de vente et qui, dans le cas où elles ne seraient pas accomplies, pourraient affecter les droits du mandant, voire ceux du cocontractant (par exemple, la publicité immobilière, l'inscription dans les registres fiscaux etc.).

La réponse à cette question est la même que dans le cas de tout autre mandat.

✓ Le mandataire chargé de la vente d'un bien futur, qui sera édifié ou qui est déjà en train d'être construit, transgresse les dispositions du mandat s'il effectue une cession des droits résultant de l'autorisation de construction, au lieu de vendre l'immeuble terminé.

✓ Le mandat pour la vente d'un appartement ne donne pas aussi droit à la vente des biens mobiles existant dans l'appartement¹⁶.

✓ Prenons en compte l'hypothèse d'un mandat de vente d'un bien commun donné par l'un des conjoints (à un tiers, voire à l'autre conjoint). Après l'établissement du mandat (mais avant la vente du bien), les époux divorcent sans partager leurs biens. Le mandat confié pour la vente d'un bien commun peut-il être considéré comme valable, car le régime juridique de ce bien a changé pendant ce temps?

Nous considérons que le mandataire peut continuer d'exécuter le mandat; parce que le régime juridique de ce bien commun a cessé, le mandataire devra cependant établir la part indivise du bien due au mandant, d'un commun accord avec l'ex-conjoint, bien que cette étape n'ait pas pu être prévue au moment où le mandat a été confié.

Reste à discuter du fait si le mandataire peut toujours exécuter le mandat, lorsque celui-ci est l'ex-conjoint du mandant. En effet, il s'impose de prendre en compte une autre obligation (générale) du mandataire, à savoir celle d'être loyal envers le mandant, ce qui, dans ce cas, acquiert une signification particulière. On pourrait répliquer qu'un mandant diligent et prudent aurait pu après la prononciation du divorce révoquer expressément le mandat et, s'il n'a pas fait cela, on peut supposer qu'il a confirmé tacitement la confiance accordée à son mandataire ex-conjoint. Au contraire, il est possible de dire que le divorce peut être interprété comme un retrait de la confiance accordée au mandataire, équivalant à une révocation tacite du mandat. Selon la doctrine, il a été estimé qu'il faut analyser les circonstances de fait et que le divorce ne supposerait pas toujours une révocation tacite du mandat accordé à l'ex-époux (par exemple, lorsque le mandat a été donné pendant le déroulement du procès de divorce ou pendant la séparation de fait constatée par l'instance)¹⁷.

Cette question présente le même intérêt nonobstant l'objet du mandat.

3.2 Le mandat d'achat

✓ S'il n'y a pas d'instructions spéciales, l'obligation d'exécuter le mandat consiste, dans ce cas, dans l'obligation principale du mandataire d'établir un acte juridique par lequel l'acheteur puisse acquérir le *droit de pleine propriété* sur le bien, censé avoir tous les attributs: *la disponibilité, la possession et l'usage*. Des précisions supplémentaires de la part du mandant ne sont même plus nécessaires pour cela, parce qu'il est facile à comprendre que tout acquéreur a l'intention non seulement d'acquérir un bien dans le sens de l'entrée de celui-ci dans le patrimoine, mais toutes les prérogatives spécifiques au titulaire de propriété. Si cette condition n'est pas intégralement remplie, le mandataire n'a pas respecté l'objet et les limites du mandat. Pour ces raisons, nous devons décider que, par exemple:

¹⁶ Parce que pour la vente des biens mobiles la forme authentique n'est pas nécessaire, le mandataire peut éventuellement assumer la responsabilité de conclure un contrat de vente-achat sous seing privé à cet égard; le notaire ne peut pas cependant inclure les biens mobiles dans l'objet du contrat de vente-achat si l'on constate que le mandat est limité à la vente de l'immeuble.

¹⁷ P. Wéry, *op.cit*, p. 271.

- le mandataire ne peut pas acheter un terrain qui n'a pas d'accès à la voie publique, car l'acquéreur ne pourra pas bénéficier du plein droit d'usage du bien, quelle que soit la destination du terrain. Par ouverture sur la voie publique nous entendons une voie d'accès destinée non seulement aux personnes, mais aussi aux véhicules.
- le mandataire chargé de l'achat d'un bien, ne peut pas acheter seulement un démembrement du droit de propriété ou une part indivise d'un bien. La disponibilité, l'usage et la possession ne peuvent être exercés pleinement et ensemble que dans le cas du droit de propriété exclusive. Plus encore, une telle acquisition revête la forme d'une *exécution partielle* du mandat et, en conséquence, ne peut pas être opposable au mandant. Si, ultérieurement, il y avait la possibilité d'une exécution totale et le mandataire (ou le mandant personnellement) achetait les autres parts indivises du bien, respectivement la nue propriété, cela est un fait insignifiant lorsqu'il s'agit de l'analyse des obligations du mandataire, le principe général étant qu'aucun créancier ne saurait être obligé d'accepter des exécutions partielles.

Comme nous l'avons dit, en ce qui concerne l'interprétation du mandat, il a été décidé qu'on ne peut pas appliquer le principe selon lequel *qui peut le plus, peut le moins*. Une telle interprétation générerait une multitude d'abus de la part du mandataire, la volonté du mandant risquant d'être dénaturée. Le mandat doit être interprété d'une façon restrictive, aucune exécution par équivalent n'étant non plus permise.

Nous envisageons une seule situation dans laquelle l'achat d'une part indivise est non seulement permis, mais aussi utile au mandant, étant obligatoire pour le mandataire: celle de l'achat d'un terrain et d'une *part indivise de la voie d'accès* qui assure l'ouverture sur la voie publique. La situation ne présente cependant rien d'exceptionnel, car un tel terrain, ayant la destination de voie d'accès afférente à plusieurs lots de propriété, ne pourra être utilisé qu'en commun, celle-ci étant la modalité naturelle d'exploitation, la seule possibilité étant d'acquérir le droit de propriété en indivision.

- Le mandataire ne peut acheter ni même la nue propriété du bien, parce que le mandant sera dénué de certains attributs du droit de propriété, qui l'empêcheront d'utiliser le bien. La pleine exécution du mandat est estimée au moment de son accomplissement et non pas par rapport à certains événements futurs. Le fait qu'à un certain moment le mandant deviendra finalement propriétaire de plein droit, à la suite de l'extinction du démembrement (essentiellement viager dans le cas des personnes physiques), ne présente pas de l'importance du point de vue de l'accomplissement des obligations du mandataire.
 - le mandataire ne peut pas acheter un bien sur lequel une autre personne a un droit d'usage (par ex.: le contrat de location, le contrat de commodat).

- le mandataire ne peut acheter ni même un terrain qui est grevé, en partie, d'un droit de servitude de passage (l'acquisition d'un terrain grevé entièrement par un droit de servitude étant évidemment excluse).
- le mandataire ne peut pas consentir à l'établissement d'une interdiction (temporaire) d'aliéner et de grever un bien acheté, ce qui aurait pour effet la privation du mandant de l'usage du bien, l'utilité de l'acquisition étant compromise de ce point de vue.
- le mandataire peut-il signer un acte sous une condition résolutoire ou suspensive? Partant du même raisonnement, dans le sens qu'il doit assurer l'acquisition du droit de propriété absolu, le mandataire ne peut pas consentir à une condition suspensive car celle-ci, même si elle confère certains droits au propriétaire sous condition suspensive, rend incertaine sa qualité de propriétaire. En ce qui concerne la condition résolutoire, il est vrai qu'avant l'accomplissement de la condition, le propriétaire sous condition résolutoire a les mêmes prérogatives que le plein propriétaire. Il est tout aussi vrai que son droit de propriété n'est cependant pas consolidé, mais il est touché par l'incertitude et il faut donc conclure que la signature de l'acte soumis à une condition résolutoire ne peut être acceptée elle non plus.

Le problème se pose de la même façon pour tout autre acte juridique.

- évidemment, le mandataire ne peut pas acheter un bien grevé d'hypothèques ou d'autres charges, privilèges ou soultes.

✓ Le mandataire qui n'a pas reçu d'instructions spéciales a la liberté totale sous l'aspect du choix du bien :

- quand il s'agit d'un appartement : le mandataire peut décider à lui seul du nombre des pièces de l'appartement, de la superficie utile, de la zone dans laquelle il est situé, de l'étage, des éventuelles dotations de l'immeuble.
- quand il s'agit d'un terrain : le mandataire peut décider à lui seul de la superficie, de la catégorie d'utilisation, de l'existence ou de la non existence des utilités, de l'emplacement du terrain, dans l'intra ou l'extra muros.

Le mandataire peut-il acheter un appartement situé dans un immeuble à plusieurs étages qui présente un risque sismique, constaté par les institutions concernées? Évidemment, un tel appartement répond aux mêmes conditions

que tout autre appartement du point de vue de la capacité offerte, de l'aptitude générale d'être habité.

La présence du risque sismique constitue cependant une menace réelle à l'adresse du droit même de disposition par une possible disparition matérielle du bien, car, à la différence d'autres immeubles à plusieurs étages (où les effets d'un séisme existeront, sans aucun doute, mais où l'on n'a pas établi la possibilité de la disparition de l'immeuble), son existence est clairement menacée en cas de séisme. Le danger pour la vie du propriétaire et des occupants de l'immeuble devrait être plus préoccupant que le risque de la disparition du bien.

C'est pourquoi nous considérons qu'un mandant diligent, qui sait que l'immeuble présente un risque sismique, ne peut pas acheter un appartement situé dans un tel immeuble.

✓ Le mandataire de l'acheteur peut-il consentir à ce que le vendeur mette l'immeuble à la disposition de l'acheteur à une date ultérieure à la réalisation de la vente?

La réponse se situe sur le même plan que celle que nous avons donnée lorsque nous avons analysé si le mandataire du vendeur peut accepter le paiement du prix dans les délais fixés.

Le mandataire de l'acheteur doit lui aussi s'assurer que le vendeur *exécute intégralement ses obligations au moment de la réalisation de la vente* et l'acheteur acquiert non seulement le droit de propriété absolu, mais aussi la possession et l'utilisation utile du bien. Nous assimilons cette situation à celle relative à l'acquisition par un mandataire d'un bien loué (évidemment, inadmissible). Il suffit de citer en exemple le délai d'un an ou de deux ans pour la mise à la disposition de l'acheteur du bien acheté pour constater que l'acheteur est ainsi privé de l'utilisation du bien pour une longue période; le raisonnement est valable également pour un délai plus court (un mois).

✓ Le mandataire a le droit de consentir à la stipulation d'un **pacte comissoire** si l'acheteur ne paye pas le prix dans les délais fixés. Les pactes comissoires sont des clauses qui visent à éliminer le rôle des tribunaux dans la prononciation de la résolution des contrats.

✓ Le mandataire chargé à payer le prix, sans autres précisions, peut payer la somme/le restant de la somme due après la signature du contrat de vente-achat également. Dans cette situation, l'une de ses obligations devra être exécutée après la date de la conclusion de la vente, mais le mandataire se maintient toujours dans les limites de son mandat.

✓ Le mandataire ne peut pas consentir à la stipulation d'une clause d'entretien et de soins à la charge de l'acheteur, outre le prix payé. Le mandataire ne peut pas d'ailleurs obliger le mandant à effectuer d'autres prestations (l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire) que celles qui reviennent normalement à un acheteur et qui sont spécifiques au contrat de vente-achat, respectivement le paiement du prix (l'obligation de donner).

✓ On a décidé¹⁸ que le mandataire ne peut pas consentir à une clause pénale en cas de non-paiement/paiement du prix en retard. En effet, en dépit de la dénomination de « clause » qui pourrait être trompeuse et d'une terminologie impropre, utilisée par le Code civil (art.1071 – « *Lorsque l'obligation primitive, contractée avec une clause pénale...* »), la clause pénale est en réalité une autre « affaire », une autre convention (qui doit remplir les conditions de validité spécifiques à toute convention¹⁹) pour laquelle le mandataire a besoin d'un mandat spécial. Le fait que son existence et son efficacité relèvent toujours d'un rapport juridique principal, lui étant accessoire, ne fait cependant pas perdre son statut de convention autonome, dans le sens qu'elle pourrait être également conclue par une convention séparée et l'accomplissement des conditions de validité s'apprécie distinctement.

✓ Si le mandant envisage d'acheter un terrain déterminé, indiquant dans une procuration la superficie exacte de celui-ci (mentionnée dans le titre de propriété) et les mesurages cadastraux prouvent qu'en réalité la superficie en question est plus petite, le mandataire ne respecte pas l'objet du mandat s'il achète le terrain. Et cela parce que, même s'il achète le terrain indiqué et voulu par le mandant (comme emplacement, utilités, etc.), celui-ci ne correspond plus à celui qu'il avait en vue au moment de l'expression du consentement (superficie, borne).

✓ Le mandataire chargé à acheter un terrain ne respecte pas les limites du mandat s'il achète un terrain sur lequel il y a des fondations ou un bâtiment. Même en l'absence de toutes indications, on peut présumer que le mandant avait voulu acheter un terrain non bâti et non pas un terrain sur lequel il y a une construction (qu'il n'a pu d'ailleurs obtenir car le mandataire n'est pas chargé d'acheter aussi une construction).

✓ Le mandataire chargé d'acheter une construction n'exécute pas entièrement son mandat s'il signe un acte sur un immeuble qui est encore au stade de construction ou qui n'est terminé. Quant à l'immeuble qui n'est pas encore terminé, le mandataire peut signer tout au plus un avant-contrat de vente-achat, le contrat de vente devant avoir pour objet un immeuble apte à être habité. En plus, il ne respecte pas l'objet du mandat si, au lieu d'acheter un immeuble, il achète des droits résultant d'une autorisation de construction.

✓ Le mandant qui envisage d'acheter un immeuble par crédit et qui charge le mandataire à acheter l'immeuble, à obtenir le crédit et à constituer une hypothèque sur l'immeuble acheté pourra être valablement représenté, indifféremment du type de crédit que le mandataire décide ou auquel il peut accéder en son nom : crédit hypothécaire ou acquisition par l'intermédiaire du programme « La première maison ». La spécialité du mandat ne doit pas être exagérée, il n'est pas donc nécessaire de mentionner expressément la possibilité d'accéder au programme « La première maison ». Comme je viens de dire, il suffit que la volonté du mandant résulte clairement au sujet des actes juridiques à signer (achat, obtention d'un crédit, garantie de sa restitution par la constitution d'un droit d'hypothèque sur le bien acheté), le programme « La première maison » ne constituant à cet égard qu'un autre type de crédit. Le fait qu'il présente

¹⁸ Cristina Popa Nistorescu, *op.cit.*, p. 112. Dans le même sens, voir une décision citée dans P.Wéry, *op.cit.*, p. 95; G.Baudry-Lacantinerie et A.Wahl, *op.cit.*, p. 293.

¹⁹ Constantin Stătescu, Corneliu Bârsan, ***Drept civil, Teoria generală a obligațiilor (Droit civil, Théorie générale des obligations)***, Ed. ALL BECK, 2000, p. 325.

certaines particularités (en ce qui concerne sa garantie) n'est pas éloquent; le mandant n'ayant pas envisagé un certain type de crédit, le mandataire dispose de la pleine liberté de choisir la modalité d'exécution. Plus encore, en vertu du mandat, le mandataire peut donner aussi une déclaration authentique sur l'accomplissement par le mandant des conditions d'accès au crédit (aux termes de l'art.1, Annexe 2 de l'Arrêté du Gouvernement no 717/2009, avec modifications).

3.3. Le mandat pour la réalisation du partage volontaire

✓ Dans la pratique, il y a des procurations suivant lesquelles le mandant laisse à l'appréciation du mandataire d'établir au moment de la rédaction du contrat de partage s'il reçoit ou non un lot en nature. Un tel mandat est valable car seulement à l'occasion du partage, en fonction des biens partageables, des prétentions de chaque partageant et de la possibilité de leur distribution commode en nature, il est possible qu'un partageant demande et reçoive un bien intégral et les autres copartageants acceptent (ou non) d'être désintéressés et de se faire payer une soulte appropriée.

Le mandataire ne peut cependant pas décider de renoncer à la réception de la soulte. Et cela parce que la sortie de l'indivision, sans qu'un partageant reçoive un lot en nature et une soulte, équivaut à une renonciation à un droit et elle doit être stipulée expressément par le mandat. Le problème se pose également dans les mêmes termes lorsque, même si le mandant reçoit un lot en nature, celui-ci étant d'une valeur moindre que les lots attribués aux autres copartageants, il devrait recevoir aussi une soulte.

✓ Le mandataire peut décider à lui seul des biens devant composer le lot du mandant.

✓ Le mandataire est autorisé à établir aussi la part indivise qui est due au mandant de la masse partageable – si celle-ci ne résulte pas des actes de propriété (par exemple, s'il s'agit du partage des biens communs ou des biens au sujet desquels a été reconstitué le droit de propriété de plusieurs personnes, sur la base de la Loi no 18/1991) – même si le mandant n'a pas précisé expressément qu'il l'autorise à établir la part, car seulement ainsi le mandataire peut accomplir le mandat confié.

✓ Quand il s'agit d'un mandat donné pour « le partage de tous les biens meubles et immeubles acquis pendant le mariage » - donc sans leur individualisation dans la procuration -, le mandataire a le pouvoir l'établir même la qualité de bien commun des biens soumis au partage, en conformité avec les dispositions du Code de la Famille en la matière.

Étant donné qu'au moment de la sortie de l'indivision, les anciens époux souhaitent en général clarifier tous les problèmes matrimoniaux, le mandataire ayant le droit d'établir la masse partageable a le droit, au nom de son mandant, de consentir au fait que les époux n'ont plus acquis pendant leur mariage d'autres biens communs que les biens qui font l'objet du contrat de partage. Si, en revanche, le mandataire avait reçu mandat pour le partage de certains biens, individualisés, celui-ci, évidemment, n'aurait pu se prononcer sur l'existence/l'inexistence d'autres biens communs.

Même si la masse des biens communs est établie indépendamment de la masse des biens propres, sans qu'il soit nécessaire de s'y rapporter, cette opération peut avoir aussi comme effet un établissement indirect (par l'exclusion) des

autres biens, propres, qui ne font pas l'objet du partage. Malgré cela, le mandataire qui a un mandat pour le seul partage des biens communs, n'a que le pouvoir d'établir directement leur qualité de bien commun, cela étant une opération obligatoire pour pouvoir réaliser le partage, mais il n'a pas également le pouvoir d'établir directement le fait que certains biens ont la qualité de biens propres de tel ou tel époux parce qu'il n'est pas mandaté pour cette « affaire ».

3.4. Le mandat pour don

✓ Le contrat de donation fait partie des contrats où la cause de l'obligation est complexe parce que la considération de la personne du donataire fait *partie intégrante de la manifestation de volonté du donateur* sans qu'elle puisse en être détachée²⁰. Donc, étant donné le caractère *intuitu personae* du contrat de donation, on ne peut pas concevoir que la personne du donateur serait laissée au choix du mandataire. L'intention de gratifier appartient exclusivement au donateur et elle s'intègre à sa volonté et non pas à la volonté du mandataire. Si dans les contrats à titre onéreux, la personne du cocontractant ne présente pas d'importance, dans les contrats à titre gratuit elle est essentielle (voir l'art. 2 de l'art.954 du Code civil, suivant lequel l'erreur sur la personne annule le contrat lorsque la considération de cette personne a été *la cause principale* de la convention). Le mandat donné par le donateur devra préciser obligatoirement la personne du donataire ou, du moins, la catégorie dont il fait partie (par exemple : les personnes pauvres d'une localité, un type d'association de bienfaisance, etc.).

✓ Le mandataire du donateur ne peut pas aggraver sa responsabilité au-delà *du droit commun* de la donation et ne peut pas consentir à ce que le donateur réponde aussi pour l'éviction.

✓ Le mandataire du donateur peut dispenser le donataire du rapport.

✓ Le mandataire peut-il conclure le contrat dans les conditions de l'art. 825 du Code civil? Demeurant fidèle à l'idée que le mandataire ne peut pas signer l'acte soumettant son efficacité au jeu d'une condition, les dispositions de l'art. 825 représentant en fait une condition résolutoire, nous déciderons que celui-ci ne peut pas consentir à la conclusion du contrat de donation dans les conditions de l'art.825.

✓ Le mandat donné pour la donation d'une part indivise à l'un des copropriétaires ne permet pas au mandataire d'effectuer le partage volontaire, même si le mandant-donateur (« partageant ») devait sortir de l'indivision sans recevoir un lot en nature, ni une soulte, car, comme nous avons déjà vu, le mandataire n'a pas le droit d'accomplir le mandat par l'équivalent.

3.5. Le mandat pour conclure un contrat de donation en qualité de donataire

✓ En ce qui concerne le contenu du mandat pour conclure un contrat de donation en qualité de donataire (même si le donataire est une personne morale), il est nécessaire que la personne du donateur soit mentionnée dans la procuration. Quant au fait que le donataire aura une obligation de reconnaissance envers le donateur (qui, lorsqu'il s'agit de la fourniture d'aliments, pourrait égaler ou même dépasser la valeur de la donation reçue), cette obligation de gratitude impliquant des appréciations morales de la

²⁰ Henri Capitant, op.cit., p. 55.

part du donataire, la personne du donateur ne peut pas être laissée à l'appréciation du mandataire.

✓ En l'absence d'une autorisation expresse de la part du donataire, son mandataire ne peut pas consentir à une donation avec charge. La charge peut résider dans une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, assumée par le donataire, soit en faveur du donateur, soit en faveur d'un tiers, le mandataire habilité à conclure le contrat de donation ayant besoin de l'accord exprès pour pouvoir consentir à ce que le donataire assume une telle obligation, en fait, une autre « affaire ». Nous appliquerons la même solution lorsqu'il s'agit d'une charge imposée en faveur du gratifié et que la doctrine²¹ n'analyse pas en tant que charge proprement-dite, mais comme une donation d'affectation spéciale.

✓ À la différence du mandat pour l'achat d'un bien, par lequel le mandataire doit procurer au mandant le droit de propriété absolu, avec tous ses attributs, *la possession, la disposition et l'utilisation*, lorsqu'il s'agit d'un mandat donné pour conclure un contrat de donation, qui est un contrat unilatéral, le mandataire du donataire peut consentir à l'acquisition de la seule nue-propriété ou d'un démembrement du droit de propriété ou d'un bien qui est grevé d'un droit d'utilisation. Et cela parce que, tant que l'on remplit la condition que la donation apporte au donataire un avantage, si réduit qu'il soit, mais en tout cas à titre gratuit²², le mandataire a agi dans les limites de son mandat.

3.6. Le mandat de débat sur la procédure successorale

✓ Un premier problème est de savoir si le droit d'option successorale peut être exercé par un mandataire? Autrement dit, le droit d'option est-il un droit exclusivement personnel du successible? Se fonde-t-il sur les raisons personnelles de l'optant ou bien ne représente-t-il qu'une décision purement économique?²³

A ce sujet, la majorité de la doctrine²⁴ a décidé que le droit d'option n'est pas un acte exclusivement personnel, mais un acte de nature patrimoniale, motif pour lequel on reconnaît également le droit des créiteurs de l'exercer par la voie de l'action oblique²⁵. Malgré cela, on admet que l'option par la voie de l'action oblique pourrait être refusée au créiteur *si l'on prouve concrètement qu'il existe des raisons d'ordre moral* qui feraient que l'option constitue dans ce cas un acte à caractère exclusivement personnel²⁶.

²¹ Octavian Căpățână, *Titlul gratuit in actele juridice (Le titre gratuit dans les actes juridiques)*, Ed. Rosetti, 2003, p. 185.

²² Nous n'insistons pas ici sur l'atténuation du caractère gratuit de la donation par le législateur- même au moyen de la réglementation de l'obligation de gratitude à la charge du donataire, par la fourniture d'aliments (art.831 point 3 Code Civil).

²³ F. Laurent, op.cit., vol.IX, p. 349. L'exercice du droit d'option par le biais du mandataire est envisagé par l'auteur (dans une autre question) sans aucune réserve et sans qu'il montre qu'il existe une controverse en la matière.

²⁴ Voir les auteurs cités dans Fr. Deak, *Traité de droit successoral*, Ed. Actami, 1999, p. 424, note 10.

²⁵ Plus encore, l'art.699 du Code civil reconnaît le droit des créiteurs de l'optant de révoquer, par la voie de l'action paulienne, la renonciation à une succession faite en fraude de leurs droits. Sans qu'il existe un texte exprès, la doctrine admet la possibilité de l'exercice de l'action paulienne pour rétracter également un acte d'acceptation pure et simple, fait en fraude des créiteurs.

²⁶ Mihail Eliescu, *Transmisiunea și împărțeala moștenirii în dreptul R.S.R. (La transmission et le partage de l'héritage dans le droit de la R.S.R.)*, Bucarest, Editura Academiei RSR, 1966, p. 89. L'auteur admet la possibilité du refus de l'action oblique, surtout en ce qui concerne les créiteurs des légataires

Dans la pratique notariale, on admet la possibilité d'exercer le droit d'option successorale par l'intermédiaire du mandataire²⁷. On peut considérer que, si le mandant a entendu conférer à une personne le droit d'opter en son nom (par toutes modalités prévues par le Code civil), alors l'acte d'option ne représente pas dans l'intention du successible-mandant un acte personnel qui puisse être exercé exclusivement par celui-ci. On argumente aussi par le fait que, le plus souvent, le mandant ne connaît pas suffisamment d'éléments pour opter personnellement, des données comme la situation du passif, les éventuels actes de dernière volonté du défunt devant être portées à sa connaissance seulement pendant le déroulement de la procédure à laquelle, évidemment, il ne peut être présent. Il faut retenir qu'un tel mandat donne au mandataire le droit de renoncer à la succession même dans la situation où il n'existe pas un passif successoral ou celui-ci serait en tout cas inférieur à l'actif!

Nous pouvons manifester certaines réserves à l'égard de la possibilité d'accepter par le biais du mandataire un legs avec charge si le mandant n'avait pas connaissance de la charge imposée.

✓ Le mandataire est libre d'établir la masse successorale (y compris d'éventuelles parts indivises dans la situation où les biens ayant appartenu au défunt ont été détenus, de son vivant, en état d'indivision ou en commun) alors que, si le mandant est héritier réservataire, le mandataire peut être ou ne pas être d'accord avec les libéralités faites par le défunt (soit par des actes entre vifs, soit mortis causa).

✓ Un autre problème est de savoir comment interpréter le mandat pour le débat sur la succession sans que le mandant ait donné son mandat aussi pour l'exercice du droit d'option successorale. Peut-on considérer qu'un tel mandat – évidemment incomplet – exprime en fait un acte d'acceptation tacite qui ne permet pas du tout au mandataire d'exercer d'une autre manière le droit d'option, au cours de la procédure? Ou bien au contraire, peut-on considérer qu'un tel mandat contient en soi, tacitement, le pouvoir d'opter de n'importe quelle manière car comment le mandataire pourrait-il participer à la procédure, s'il ne faisait pas un acte par lequel le mandant puisse s'arroger ou non la qualité d'héritier?

Évidemment, un tel mandat ne peut être considéré comme un acte d'acceptation tacite. Comme il a été montré, la simple présence d'un successible au cours de la procédure ne vaut pas acceptation. C'est pourquoi ni le mandat pour la participation à la procédure successorale ne peut valoir acceptation tacite.

Puis, même si incomplet, contenant cependant des expressions comme « établira la masse successorale ... », « ...le nombre et la qualité des héritiers », nous croyons que ce mandat peut être interprété dans le sens qu'il donne le droit au mandataire d'exercer aussi le droit d'option successorale car de cette manière seulement (après l'obtention de la qualité d'héritier au nom du

(l'acceptation comportant, selon l'opinion de l'auteur, une appréciation morale qui appartient seulement au légataire) considérant, en ce qui concerne l'acceptation de l'héritage légal, que celle-ci ne fait que consolider le titre d'héritier.

²⁷ Dans ce sens, voir Ioan Popa, *Curs de drept succesoral (Cours de droit successoral)*, Universul Juridic, Bucarest, 2008, p. 270.

mandant) il pourra participer à la procédure et il pourra ainsi exécuter son mandat.

✓ Il faut donc savoir si le mandat cesse avec la fin de la procédure successorale notariale (soit par la suspension de la cause, soit par la délivrance du certificat d'héritier) ou bien si le mandataire peut, en vertu du même mandat, solliciter la remise au rôle du dossier successoral suspendu ou un supplément de la masse successorale.

À plusieurs reprises, les mandats pour le débat sur la succession contiennent la formule « ...obtiendra le certificat d'héritier », celui-ci étant évidemment le but visé par le mandant. Le mandataire ne peut pas assumer une obligation sur le résultat, mais il doit déposer toutes les diligences pour exécuter le mandat qu'il avait accepté. C'est pourquoi nous considérons que *le mandataire a le pouvoir de solliciter la remise au rôle de la cause suspendue, la reprise de la procédure successorale notariale et l'obtention du certificat d'héritier, en vertu du même mandat, sans qu'un mandat spécial soit nécessaire.*

Si l'on a omis de déclarer des biens à l'occasion du déroulement d'une première procédure successorale (ou leur situation juridique n'était pas claire à ce moment-là) et il faut obtenir un certificat d'héritier supplémentaire, *le mandataire peut solliciter que la masse successorale soit complétée, en vertu du même mandat, sans qu'un mandat spécial soit nécessaire.* Du fait que l'intérêt de l'héritier est celui d'« obtenir le certificat d'héritier », nous devons comprendre que l'héritier-mandant désire que le mandataire remplisse toute la procédure légale pour clarifier la transmission de l'actif et du passif de l'héritage concernant tous les biens ayant appartenu au défunt et non seulement au sujet des biens qui avaient été déclarés lors d'un premier débat.

Du point de vue procédural, le mandant n'est pas intéressé par le fait que cela se réalisera par un seul certificat d'héritier ou, ultérieurement, par plusieurs certificats d'héritier supplémentaires. Ce qu'il veut c'est régler entièrement la transmission et le mandataire est obligé à suivre la procédure, telle qu'elle est prévue par la législation en vigueur, jusqu'à l'accomplissement intégral de l'objectif visé par le mandat.

3.7. Le mandat pour la conclusion d'un contrat d'échange

✓ Sous l'aspect du choix du bien faisant l'objet de l'échange, le mandataire dispose de la même liberté que nous venons d'exemplifier pour ce qui est du mandat de l'acheteur. Certains problèmes d'interprétation peuvent surgir si le mandant n'a spécifié pas même les traits généraux ou la catégorie dont fait partie le bien qu'il recevra en échange et si celui-ci doit être de la même « catégorie » que celui transmis par le mandant. Par exemple, si le mandataire chargé à échanger un appartement doit rechercher toujours un appartement ou il peut l'échanger contre un terrain ou, plus encore, s'il est chargé à échanger un appartement à quatre pièces, peut-il l'échanger contre une garçonnière et recevoir, évidemment, une soulte? J'ai présenté des exemples se trouvant à des pôles opposés pour mettre en évidence la palette très large de décisions dont pourrait bénéficier le mandataire. Comme il n'est pas essentiel pour l'échange, pas même pour sa nature, que les biens échangés fassent partie de la même catégorie, le mandataire peut faire l'échange contre tout bien. Il doit cependant respecter le principe de l'équivalence des prestations et si le bien du mandant a une plus grande valeur, celui-ci a le droit de

recevoir une soulte. Pour les biens immeubles, les valeurs qui nous intéressent pour établir l'équivalence sont, évidemment, celles déclarées par les parties et non pas celles qui résultent des évaluations effectuées par les Chambres des notaires publics dans les conditions prévues par le Code fiscal.

✓ Si le bien du mandant a une plus petite valeur, son mandataire peut-il consentir à ce qu'il paye une soulte au copermutant dans la situation où cette hypothèse n'a pas été incluse au mandat? Nous croyons que la réponse est affirmative. Nous pouvons nous imaginer trois modalités de pouvoir réaliser l'échange : 1) les biens sont égaux au point de vue de la valeur; 2) le bien du mandant a une plus grande valeur et celui-ci devra recevoir une soulte de la part du copermutant; 3) le bien du mandant a une plus petite valeur et celui-ci devra payer une soulte au copermutant. De la sorte, si le mandant n'a pas envisagé tout particulièrement l'une de ces possibilités, nous pouvons conclure qu'il a laissé la pleine liberté de choix au mandataire et que ce dernier pourra réaliser l'échange par n'importe laquelle des modalités possibles.

✓ Si le mandant doit recevoir une soulte, la mandataire ne peut renoncer à la recevoir que si un tel droit lui avait été expressément conféré.

3.8. Le mandat pour l'obtention de l'autorisation de construction

✓ Le mandat pour l'obtention d'une autorisation de *construction relative à n'importe lequel des terrains en propriété du mandant* (que le mandataire peut choisir en fonction de la nature de la construction, du sol, de la destination, de l'exploitation économique, de la zone de chalandise, etc.) permet-il au mandataire de faire fusionner deux terrains s'il décide de placer la construction sur la ligne de démarcation entre les terrains en question?

Il est vrai que la fusion des terrains est dans ce cas obligatoire, sinon l'autorisation de construction ne peut pas être obtenue, mais l'acte de fusion ne peut pas figurer dans les actes, non spécifiés dans le mandat, que le mandataire peut accomplir valablement car ils se trouveraient dans le prolongement naturel de la mission confiée. Les actes que le mandataire pourrait accomplir en vertu d'un tel mandat peuvent se limiter : au choix du terrain sur lequel sera dressée la construction, à l'établissement du plan de situation, à l'établissement de la documentation cadastrale et à l'enregistrement du droit de propriété du terrain, à l'obtention du certificat d'urbanisme et de tous les avis nécessaires, à la sortie du terrain du circuit agricole, etc. Pour réaliser une fusion, nous considérons que le mandataire a besoin d'un mandat spécial.

✓ Si l'on constate, lors de nouveaux mesurages cadastraux, qu'il existe une différence en moins par rapport à la superficie de terrain inscrite dans l'acte de propriété du mandant ou bien une modification des limites de démarcation, le mandataire ne peut pas être d'accord avec ces modifications en vue de la réception d'une nouvelle documentation cadastrale, même si cela constitue un obstacle absolu dans la voie de la procédure d'obtention de l'autorisation de construction.

3.9. Le mandat pour la constitution d'un droit d'hypothèque

✓ Nous savons que l'hypothèque doit remplir la condition de la spécialité sous ses deux aspects : l'individualisation du bien et l'individualisation de la créance. Cette condition doit être remplie au moment de l'établissement du contrat d'hypothèque et non pas du mandat, car l'art.1536 alinéa (2) du Code civil n'impose pas une telle condition. Dans ce cas, il suffit donc qu'il résulte clairement le pouvoir du mandataire de constituer un droit d'hypothèque, *l'individualisation du bien et de la créance à garantir n'étant pas nécessaire*. C'est pourquoi nous avons admis la possibilité de constituer un droit d'hypothèque sur tous les biens du mandant, y compris sur ceux qu'il va obtenir ultérieurement à l'établissement du mandat (nous parlons de la situation habituelle d'un achat suivi parallèlement de la constitution d'un droit d'hypothèque sur le bien acheté en faveur de la banque de financement, le mandant conférant mandat aussi bien pour l'achat que pour l'hypothèque). Plus encore, dans ce cas le mandant ne peut d'ailleurs connaître, au moment de l'établissement de la procuration, les caractéristiques du bien qui doit être mis sous hypothèque.

✓ Si le propriétaire d'un bien immeuble a donné mandat pour la constitution d'un droit d'hypothèque, sans préciser au débiteur l'obligation à garantir, le mandataire peut décider valablement de constituer un droit d'hypothèque en vue de garantir l'exécution des obligations par toute personne.

✓ Le mandat d'hypothéquer tous (n'importe lequel des) les biens du mandant inclut aussi l'idée que le mandant avait laissé à l'appréciation du mandataire lequel de ses biens fera l'objet du droit d'hypothèque, en fonction, par exemple, des exigences du créateur, de la valeur effective des biens qui résultera des expertises à effectuer, établissant ainsi un mandat où le mandataire a toute la liberté de décider lequel de ses biens pourrait être mis sous hypothèque.

✓ Le mandat pour la constitution d'un droit d'hypothèque est-il valable seulement pour la constitution d'une hypothèque ou bien pourrait-il être utilisé pour la constitution de plusieurs hypothèques? S'il ne ressort pas de la formulation du mandat que le droit d'hypothèque pourra se constituer chaque fois qu'il sera nécessaire pour garantir certaines obligations, alors il faudrait interpréter le mandat dans le sens que le mandataire a le pouvoir de conclure une seule fois un contrat d'hypothèque.

✓ Les interdictions (aliéner, grever, louer, etc. – d'une variété croissante) imposées au propriétaire-garant hypothécaire sont devenues une clause de style dans les contrats d'hypothèque. Elles pourraient être interprétées comme une garantie supplémentaire donnée au créateur, en ce qui concerne notamment le moment de l'exécution forcée. Il faut rappeler que l'hypothèque, telle qu'elle est réglementée par le Code civil et traitée par la doctrine, n'a en réalité aucun rapport avec ce type d'interdictions qui sont exclusivement une création de la pratique des institutions bancaires. Nous nous demandons si le mandataire peut consentir à ce genre d'interdictions si l'on pense que *le droit commun* du contrat d'hypothèque a été et il est étranger à ce genre de clause. Le mandataire a-t-il besoin de l'accord exprès du mandant? Une telle interdiction annule le droit du propriétaire de constituer ultérieurement un droit d'hypothèque sur le même bien en faveur d'un autre créateur et surtout le droit d'aliéner librement son bien. Plus encore, dans presque tous les cas, le droit d'utilisation du bien est également interdit au propriétaire (voir l'interdiction de louer). Le mandant peut-il considérer que le mandataire avait agi en dehors du mandat lorsqu'il avait consenti à une

indisponibilisation du bien pour lequel il n'avait pas mandat, si bien qu'une telle clause ne lui soit pas opposable? En effet, nous estimons qu'une telle mesure d'une grande gravité en ce qui concerne l'exercice du droit de propriété du bien du mandant, dérogoire des normes qui constituent le droit commun de l'hypothèque, doit être agréée expressément par le mandant dans la procuration, sinon ses intérêts sont gravement atteints.

3.10. Le mandat pour l'obtention d'un crédit

✓ En l'absence de spécifications du mandat sur le mode d'exécution, le mandataire a la pleine liberté d'obtenir un crédit aussi grand que possible auprès de toute institution bancaire, de négocier toutes les clauses contractuelles (la durée du contrat, le montant et le type du taux d'intérêt, etc.).

✓ Le mandataire ne peut cependant pas conclure le contrat d'assurance au nom du mandant (même si celle-ci est une condition obligatoire dans la procédure bancaire d'attribution du crédit) si ce droit ne lui a été expressément accordé, parce que dans ce cas nous parlons d'un autre acte juridique, distinct du contrat de crédit.

3.11. Le mandat pour la constitution d'une société commerciale

✓ Le mandataire a le droit de signer l'acte constitutif, d'établir le siège social, l'objet d'activité, les organes de direction, le nombre des parts sociales qui sont dues à chaque associé, leur valeur nominale. Il existe la possibilité légale, dérogoire du droit commun, que les associés reçoivent des parts sociales (plusieurs ou moins) autrement que proportionnellement au capital social souscrit, cas dans lequel nous considérons que le mandataire a besoin d'un accord exprès de la part du mandant pour pouvoir consentir à ce genre de clause.

✓ Le mandataire a le droit de déposer le capital social nécessaire à la constitution. Si l'apport au capital social de l'associé-mandant a pour objet un bien immeuble, la forme authentique étant ainsi nécessaire, le mandat doit spécifier expressément le droit du mandataire de constituer un pareil acte de disposition.

✓ Le mandant peut laisser à l'appréciation du mandataire la forme d'association qu'il considère comme appropriée en fonction de certaines circonstances, un tel mandat (où le mandant n'a pas précisé la forme d'association) étant valable.

✓ Si le mandant n'a pas spécifié qu'il doit remplir aussi la fonction d'administrateur/censeur/directeur, le mandataire ne peut pas consentir, au nom du mandant, à ce que celui-ci accepte cette fonction.

✓ Le mandataire peut, en vertu du mandat, donner des déclarations notariales sur l'accomplissement par le mandant des conditions prévues par la loi, ainsi que toutes autres déclarations-types nécessaires dans la procédure, remplir les formalités légales d'immatriculation de la société auprès de l'Office du Registre du Commerce.

Le mandataire peut obtenir aussi le certificat de casier judiciaire du mandant dans les conditions prévues par la Loi no 290/2004, republiée, mais par rapport à la modalité d'expression du législateur, ce droit doit avoir été prévu expressément dans le mandat pour la constitution de la société commerciale, car il ne peut être considéré comme faisant partie de la catégorie des

actes/opérations non spécifiées, mais qui sont en étroite (e) rapport/dépendance de l'exécution de l'objet du mandat (en tout cas, n'est pas nécessaire un mandat distinct, mais seulement l'obtention du certificat de casier judiciaire).

✓ Si le mandant a consenti et il doit avoir aussi la qualité d'administrateur, le spécimen de signature ne peut être évidemment donné par le biais du mandataire, il devra être donné personnellement par le mandant.

4. Le notaire – rédacteur du mandat – interprète du mandat. Conclusions

Nous considérons qu'il y a quelques conclusions qu'il faut nécessairement retenir.

En premier lieu, une conclusion qui relève de *la technique de rédaction du mandat*. Pour briser – au moins à cet égard – le mythe « des actes types » que le notaire ne fait que signer, il faut observer la complexité de l'activité de conseil que le notaire rédacteur du mandat doit déployer. Il doit clarifier non seulement l'acte juridique que le mandant souhaite conclure – nous ne croyons pas avoir exagéré lorsque nous avons utilisé le verbe « clarifier », car, dans bien des cas, l'expression en termes communs du mandant peut créer de réelles difficultés de compréhension – mais aussi, comme nous avons pu observer, les plus petits détails de cet acte, des clauses, des situations, des hypothèses auxquels le mandant n'avait pas pensé jusqu'à ce moment-là, mais il se voit dans la situation de le faire.

Puis, la rédaction simpliste du mandat, en termes généraux, vagues, imprécis a souvent des conséquences négatives importantes parce que le notaire instrumentant de l'acte juridique, étant dans la posture d'interpréter la volonté du mandant par rapport aux diverses clauses que les parties souhaitent insérer, est obligé à recourir à *une interprétation restrictive* du mandat. Et cela parce que l'unique but dans ce genre de situations est celui de protéger au mieux les intérêts du mandant qui, par négligence ou par ignorance, n'a pas su les préciser au moment de la rédaction du mandat. Un mandant imprudent ne doit pas être sacrifié, il doit être toujours protégé, ce qui signifie que ses intérêts s'en rapporteront au *droit commun de l'acte juridique en question*, sans permettre au mandataire de faire des dérogations. L'interprétation restrictive du mandat mène cependant, dans la majorité des cas, à l'impossibilité de conclure l'acte sous la forme souhaitée par les parties parce que le notaire a l'obligation de veiller à ce que le mandataire ne fasse rien en dehors du mandat – mais pas moins non plus – et à ce qu'il respecte les limites du mandat.

Le projet du nouveau Code civil traite du mandat dans la Livre V (Des obligations), au Titre II (Les sources des obligations), à la 7^e Section (La Représentation), articles 1295-1314, ainsi qu'au Titre IX (Divers contrats spéciaux), au Chapitre IX (Le contrat de mandat), articles 2009-2071.

Le nouveau législateur a renoncé à la terminologie consacrée pour n'utiliser que les notions de « mandat général » et de « mandat exprès ».

Art.2016. L'étendue du mandat

- (1) ***Le mandat général** autorise le mandataire à effectuer seulement des actes de conservation et d'administration.*
- (2) *Pour conclure des actes de nature à aliéner ou à soumettre à des charges, des transactions ou des compromis, pour pouvoir s'obliger par des lettres de change ou des billets à ordre ou pour intenter des actions en justice, ainsi que pour signer tout autre acte de disposition, le mandataire doit être expressément chargé.*
- (3) *Le mandat s'étend aussi à tous les actes nécessaires à son exécution, même s'ils ne sont pas expressément précisés.*

Indépendamment de la nouvelle réglementation, des éventuelles modifications qu'elle subira et de la date de l'entrée en vigueur, la pratique notariale doit se constituer en un facteur de clarification, crédible et pertinent, des multiples problèmes mentionnés, visant comme d'habitude un seul but : veiller à la sécurité du circuit civil, si bien que les actes signés par le mandataire ne soient pas déclarés inopposables au mandant en raison du non-respect de l'objet et du dépassement des pouvoirs accordés.

Notaire public Dragoș Isache
Chambre des Notaires publics de Bacău