T1870/FILC
T1870-II-4
PPN 073345253

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DU

CONTRAT DE LOUAGE

EN DROIT ROMAIN

DU LOUAGE D'OUVRAGE ET D'INDUSTRIE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. CHARLES FILHOUZE,

AVOCAT,

Né à Auradé (Gers)

TOULOUSE
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC
RUE SAINT-ROME, 44.

1870

GARRIGOU
BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

GARRIGOU

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

MM. Dufour ✻, doyen, *professeur de Droit commercial.*
Delpech ✻, doyen honoraire en retraite.
Rodière ✻, *professeur de Procédure civile.*
Molinier ✻, *professeur de Droit criminel.*
Bressolles ✻, *professeur de Code Napoléon.*
Massol ✻, *professeur de Droit romain.*
Ginoulhiac, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*
Huc, *professeur de Code Napoléon.*
Humbert, *professeur de Droit romain.*
Poubelle, *professeur de Code Napoléon.*
Rozy, *professeur de Droit administratif.*
Bonfils, agrégé.
Arnault, agrégé.
Deloume, agrégé.

M. Darrenougué, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire Agent-comptable.

Président de la thèse : M. Massol,

Suffragants { MM. Dufour, Rodière, Bressolles, *Professeurs.* ; Deloume, *Agrégé.*

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

DROIT ROMAIN.

Du contrat de louage.

Le louage est une convention par laquelle une personne appelée *locator* s'oblige à procurer l'usage ou la jouissance d'une chose à une personne appelée *conductor*, qui contracte à son tour l'obligation de payer une rétribution en argent : *merces*. Quelquefois, l'un des contractants promet ses services pour un temps déterminé, ou enfin, s'engage à exécuter un certain travail ; dans ces divers cas le prix pourra changer de nom ; il pourra s'appeler *salarium*, *pensio*, *manu-pretium*, le nom des parties pourra être aussi quelquefois interverti et, néanmoins, les règles nécessaires à la formation du contrat seront toujours les mêmes.

Le louage comme la vente est un contrat du droit des gens, qui se forme par le seul consentement (1). Comme

(1) L. I, Dig. 19, 2, Paul 34, *ad. ed.*

la vente, il est synallagmatique ; les actions créées par le contrat de louage sont directes ; *locati conducti*, elles sont *bonæ fidei*.

L'importance du contrat de louage était moins grande en droit romain qu'en droit français, cela tenait surtout au grand développement de l'esclavage, soit dans l'industrie, soit dans l'agriculture. C'est vainement que nous chercherions dans le droit romain un grand nombre de textes se rapportant au louage d'ouvrage. L'exploitation du sol était presque toujours confiée aux colons, aussi presque tous les passages des Institutes et du Digeste se rapportent-ils au louage des choses.

La définition générale du contrat de louage en indique trois espèces, que nous examinerons successivement : 1° le louage des choses, *locatio conductio rerum* ; 2° le louage d'ouvrage, *locatio conductio operis* ; 3° le louage de services, *locatio conductio operarum*. Nous commencerons par le plus important, je pourrais presque dire par le seul usité à Rome, je veux parler de la *locatio rerum*.

CHAPITRE PREMIER.

ÉLÉMENTS NÉCESSAIRES A LA FORMATION DU CONTRAT DE LOUAGE.

Dans tout contrat on rencontre des éléments essentiels à l'existence même du contrat et des clauses qui en font ordinairement partie : on dit de ces dernières qu'elles sont de la nature du contrat ; elles ne jouent qu'un rôle accessoire (*adminicula*) (1), et les parties peuvent, à leur gré, les modifier. Si l'on touchait au contraire aux élémens essentiels, le contrat disparaîtrait. Dans le contrat que nous allons étudier, ces éléments sont au nombre de trois : 1° un objet ; 2° un prix ; 3° le consentement sur la chose et sur le prix.

SECTION PREMIÈRE.

UN OBJET.

Le contrat de louage a pour objet de permettre à l'une des parties de jouir de la chose d'autrui, moyen-

(1) Dig., liv. 18, tit. I, l. 72, *De contrahenda emptione*. Expression de Papinien.

nant le paiement d'une redevance, *merces* ; pour que le contrat existe, il faut donc que les parties aient considéré la chose louée dans son individualité, et qu'elles aient bien entendu que le locataire rendrait la chose même qui avait fait l'objet du contrat. Que si les parties avaient considéré la chose dans son espèce seulement, le contrat intervenu aurait été un *mutuum*, puisque l'une des parties aurait pu disposer comme elle l'aurait voulu de la chose donnée, et aurait été obligée seulement de rendre des choses de même nature et qualité.

Il s'agit donc, non pas de rechercher, comme on le fait souvent, quelle est la nature de la chose, si elle est fongible ou non, si elle se pèse, se compte ou se mesure, c'est surtout l'intention des parties qu'il faudra rechercher ; il y aura *mutuum*, si celui qui a reçu les choses a pu en disposer à son gré, et en rendre même qualité et quantité ; si au contraire les parties ont considéré la chose dans son individualité et que celui qui l'a reçue doive la restituer, après s'en être servi, nous nous trouverons en présence d'un autre contrat. Commodat, s'il n'y a pas de *merces* ; louage, si une *merces* a été déterminée.

Quelles choses peuvent faire l'objet d'un contrat de louage? Il est presque impossible de répondre à cette question d'une manière absolue. Dans les premiers temps du droit, les choses matérielles seules pouvaient faire l'objet du contrat de louage; soit que le propriétaire lui-même, soit qu'un non *dominus* s'obligeassent à fournir au locataire la jouissance de la chose.

Mais bientôt le droit prend une certaine extension : le

locataire doit jouir de la chose louée ; donc toutes les fois qu'une personne sera en position de pouvoir faire jouir le locataire d'une chose, on lui en permettra le louage. La question se posa d'abord pour l'usager et pour l'usufruitier ; ces personnes investies d'un droit réel sur la chose, qui leur permet d'en tirer une partie de l'utilité qu'elle est susceptible de fournir, pourront-elles faire de cette chose un contrat de louage ? Pourront-elles, au moyen de ce contrat, transmettre au locataire le bénéfice du droit qui leur appartient ?

Pour l'usufruitier la question n'est plus douteuse, et des textes des jurisconsultes disent formellement que l'usufruitier peut louer son droit : *Usufructuarius, vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest. Nam et qui locat utitur.* .. (1). A moins cependant que l'usufruit portât sur des choses, dont l'usufruitier seul pût jouir (2).

Le titulaire d'un droit d'usage est considéré par la loi, comme investi d'un droit personnel qu'il doit exercer par lui-même ; d'où, la conséquence que l'usager d'une maison ne pourrait pas la louer, mais devrait se borner à l'habiter lui-même ; de même l'usager d'un esclave peut s'en servir pour ses besoins, mais ne pourrait pas louer ses services (3).

Cependant, Ulpien nous apprend que l'on apporta

(1) Dig., liv. VII, tit. 1er, loi 12, § 2.

(2) Dig., liv. VII, tit. 1er, loi 15, § 4.

(3) Inst. II, 5, *in fine*, § 1er « *Nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest* » et § 2 et 3.

bientôt une modification à ces principes : l'usager d'une maison pourra en louer une partie, et habiter l'autre partie avec les siens ou ceux de sa famille (1).

Ces solutions ne présentent rien d'extraordinaire; l'usufruitier pouvait, en effet, exercer lui-même le droit réel dont il était investi, user de la chose, en percevoir les fruits; l'exercice de ce droit, il l'a loué; la *merces* payée par le locataire représente pour lui les avantages du droit qu'il abandonne, et le propriétaire de la chose grevée ne voit en rien aggraver sa position.

Il semblerait résulter de ce que nous venons de dire, que le titulaire d'une servitude réelle pourrait louer l'exercice de la servitude, comme l'usufruitier loue l'exercice de son usufruit; mais nous trouvons sur cette question une réponse négative du jurisconsulte Ulpien : *locare servitutem nemo potest* (2). Sur ce texte, nous avons à présenter deux observations : la première, c'est que le mot *servitutem* de la loi 44 doit être rigoureusement interprété, et ne s'appliquer qu'aux servitudes prédiales; étendre par extension la signification de ce mot et l'appliquer aux servitudes personnelles serait heurter de front la décision que nous rapportions tout à l'heure; et, ce qui serait plus grave encore, mettre en contradiction Ulpien avec lui-même (3).

La seconde tend à préciser l'hypothèse de la loi 44 : ce texte ne s'applique qu'au cas où un titulaire de droit

(1) Dig., liv. VII, tit. 8, § 2 *in fine* et § 4.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 44.
(3) Dig., liv. VII, tit. 1, § 2, et liv. XIX, tit. 2, loi 44.

réel voudrait louer la servitude qu'il a sur le fonds d'autrui, tout en conservant pour lui la jouissance de son propre fonds (fonds dominant), et non pas au cas où il voudrait louer un fonds avec toutes ses servitudes actives et passives; tout le monde reconnaît, dans ce cas, que le locataire se trouve, par la force même des choses, avoir loué l'exercice des servitudes; on dit, dans cette hypothèse, qu'il y a *admodiatio* (1).

La portée de la loi 44 ainsi restreinte, comment en expliquer la solution? Comment comprendre que les jurisconsultes romains aient permis à l'usufruitier de louer l'exercice de son droit, et qu'ils aient refusé au propriétaire du fonds dominant de louer l'exercice de la servitude? La différence de solution tient à la nature différente des deux droits : l'usufruit est un droit réel sur un fonds au profit d'une personne déterminée; c'est un droit qui, abstraction faite de la personne du titulaire, a une utilité par lui-même; défendre au titulaire d'en louer l'exercice, c'eût été, dans bien des cas, priver l'usufruitier de l'exercice de son droit. La servitude réelle, au contraire, est un droit réel au profit d'un fonds sur un autre fonds; il faut une relation intime entre les deux immeubles; or, louer l'exercice de cette servitude, c'est détruire la servitude elle-même. Ainsi peut être justifiée la solution de la loi 44 en matière de servitude.

(1) « *Vocant admodiationem, cum prædium unà cum juribus ei adhærentibus locatur.* » Mulhembrüch, § 411, note 2, *Doctrinæ Pandectarum.*

Le louage n'a qu'un but, faire jouir un locataire de la chose d'autrui : donc toute personne qui sera en position de pouvoir procurer la jouissance d'une chose déterminée pourra la louer ; de ce principe, plusienrs conséquences :

1° Le louage de la chose d'autrui est permis.

2° Il peut parfaitement arriver que l'on loue à quelqu'un la chose dont il a la propriété, mais non la jouissance (1). Le créancier gagiste peut parfaitement louer la chose donnée en gage au propriétaire lui-même.

3° Le locataire peut louer à une autre personne la chose qu'il avait louée pour son utilité propre, à moins que, dans son contrat de louage, il n'y ait à cet égard une convention contraire ; on dit, dans ce cas, qu'il y a *sub locatio* (2).

SECTION II.

UN PRIX.

Pour que le contrat de louage existe, il faut qu'une *merces* ait été fixée par les parties.

La fixation de la *merces*, de la *pensio*, constitue un élément essentiel au contrat de louage, aussi devons-nous rechercher avec soin les règles admises sur ce point.

(1) Dig., liv. XIII, tit. 7, loi 37.
(2) Cod. liv. IV, tit. 65, loi 6.

La vente, en droit romain, n'existait que lorsque le *pretium* avait été déterminé : *Locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur*, dit Gaius (1); aussi allons-nous avoir à étudier, à propos du louage, les controverses sur le prix, qui s'étaient élevées, à Rome, en matière de vente.

Il est un premier point que nous devons signaler d'abord, puisqu'il n'offre aucune difficulté, et que tous les auteurs sont unanimes à le proclamer. C'est qu'il y a louage, toutes les fois que les parties ont déterminé une *merces* en argent : *Nisi merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi* (2).

Mais n'y a-t-il louage que dans cette hypothèse ? Faut-il décider que la fixation de la *merces* « in numerata pecunia » pourra seule faire naître le louage ? Ou bien admettre une *merces in cæteris rebus, veluti homo, aut toga, aut fundus* (3)?

Ces questions s'étaient présentées en matière de vente, et avaient été l'objet de vives controverses entre les deux écoles de jurisconsultes, les Sabiniens et les Proculiens. Le prix de vente consistait-il en une chose déterminée, les Sabiniens voyaient dans ce contrat une analogie tellement frappante avec la vente, qu'ils l'assimilaient à cette dernière et donnaient comme garantie aux parties l'*actio empti et venditi*.

Les Proculiens, au contraire, s'en tenaient aux prin-

(1) G., C. III, § 142.
(2) G., C. III, § 142 *in fine*.
(3) G., C. III, § 141.

cipes rigoureux du droit : la vente, disaient-ils, ne peut exister que lorsque un *pretium in numerata pecunia consistens* a été fixé par les parties ; donc la convention par laquelle *Primus* s'oblige à livrer une chose en échange d'une autre destinée à jouer dans le contrat le rôle de prix, ne doit en rien se confondre avec la vente ; elle constitue un contrat d'un genre tout particulier et distinct de la vente : « *aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem* » (1). Gaius, qui nous fait connaître cette controverse, nous indique les motifs sur lesquels était fondée l'opinion des Proculiens : l'impossibilité de savoir, un échange étant donné, laquelle des deux choses jouerait le rôle de prix.

Mais si cette convention, cette *permutatio*, n'est pas une vente, comme le décident les Sabiniens, nous allons nous heurter à une difficulté ; chez les Romains, en effet, les obligations naissaient des contrats, des délits et de certains faits : *quasi ex contractu, quasi ex delicto*, et les Romains voulaient qu'il n'y eût contrat, que tout autant qu'il était intervenu entre les parties une convention suivie de *causa civilis*. Cette *causa civilis* avait pour objet d'attirer l'attention des parties sur l'acte qui allait intervenir, et empêchait ainsi les engagements irréfléchis : elle consistait, ou bien dans la *traditio* de la chose (contrats *re*), ou bien dans l'emploi des paroles ou écritures solennelles (contrats *verbis* ou *litteris*). Malgré l'avantage de cette théorie, qui rendait publiques les

(1) G., C. III, § 141.

conventions, il faut reconnaître néanmoins que ce système pouvait présenter quelques désagréments. Aussi on avait admis que, pour les contrats les plus usuels, le lien de droit prendrait naissance, bien qu'il n'y eût pas de *causa civilis* : de là, les contrats consensuels, la vente, le louage, la société, le mandat. Ces hypothèses de contrats consensuels étaient restreintes aux quatre cas indiqués. Qu'étaient donc les conventions, intervenues entre citoyens romains, analogues à ces contrats consensuels? Elles ne constituaient que des pactes, et par suite, ne pouvaient pas être obligatoires pour les parties : « *ex pactione non nascitur obligatio.* »

Pour obvier à ces inconvénients, les jurisconsultes romains développèrent la théorie des contrats innomés, et trouvèrent ainsi le moyen de garantir les conventions qui ne pouvaient pas se ranger parmi les contrats du droit romain strict.

Voici, en quelques mots, l'exposé de cette théorie. Une convention est intervenue entre deux parties : une *permutatio*, par exemple ; tant que la convention seule existe, les jurisconsultes considèrent cette convention comme un simple projet entre les parties, ne donnant aucune garantie pour son exécution. Les parties pouvaient parfaitement employer la stipulation et, par suite, rendre la convention obligatoire, si elles ne l'ont pas fait c'est que probablement cette convention n'était encore qu'à l'état de projet. Dans cette situation, l'une des parties exécute la convention, elle donne sa chose ; le doute n'est plus possible, la convention est sérieuse et les parties en veulent bien l'exécution ; alors les jurisconsultes romains

considèrent l'exécution de la part de l'une des parties comme une véritable *causa civilis* et lui donnent une action pour obtenir l'exécution du contrat : l'*actio prœscriptis verbis*.

Cette théorie des contrats innomés fut lente à se former : au début, on prétendait que les conventions de cette nature ne constituaient pas des contrats : d'où, la conséquence que l'on permettait à la partie qui avait exécuté la convention de redemander la propriété de la chose par elle donnée (1).

Plus tard, outre la *condictio*, on permit à celui qui avait exécuté le contrat d'exercer l'*actio prœscriptis verbis*.

En matière de louage, nous trouvons la même nécessité imposée aux parties de déterminer une *merces in numerata pecunia* si les parties n'ont pas rempli cette obligation et ont convenu que l'une d'elles donnerait l'usage d'une chose et l'autre en retour l'usage d'une chose semblable : « *quœritur an locatio et conductio contrahatur* » (2). Nous retrouvons ici la controverse entre les deux écoles, que nous avons étudiée tout à l'heure à propos de la vente.

Dans l'hypothèse où l'une des parties s'oblige à donner une chose et l'autre à faire quelque chose, nous trouvons-nous en présence d'un contrat de louage? Non. Il faut un prix déterminé en argent, et la dation

(1) Dig., liv. XII, tit. 4, § 16 (*Celsus, de Cond. causa data*); de même cette *condictio* lui était donnée, si la chose qu'elle devait recevoir avait péri par cas fortuit.

(2) G., C. III, § 144 *in fine*.

d'une chose ne peut en rien le remplacer. Dans les principes rigoureux du droit, cette convention ne constitue qu'un simple pacte, mais entre les parties nous ne trouvons pas de lien *obligatoire* ; cette solution parut cependant trop rigoureuse, et on admit que, lorsque l'une des parties aurait exécuté son obligation, l'autre partie serait obligée elle-même, et on n'hésita pas à donner une action pour garantir l'exécution de la convention.

Quelle action donnera-t-on ? Les Sabiniens, dans ce cas, donnaient l'action qui se rapprochait du contrat consensuel analogue, les actions *locati et conducti utiles* ; et les Proculiens, au contraire, considéraient ces contrats comme constituant un genre spécial et distinct et donnaient pour en garantir l'exécution une action particulière et spéciale : l'*actio præscriptis verbis*.

C'est cette solution que nous trouvons dans un texte sur lequel nous aurons à revenir, et dont nous ne faisons, pour le moment, qu'indiquer la solution. « *At cum do, ut facias.... pecunia datâ, locatio erit, si res non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio* (1). »

Il est facile de comprendre maintenant les controverses qui se sont élevées, à Rome, entre les jurisconsultes sur quelques hypothèses particulières, par exemple : *si cum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, placuunt inter eos ut per duos dies invicem boves commodarent ut opus faciant.* Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la solution à donner à cette espèce ; la con-

(1) Dig., liv. XIX, tit. 5, loi 5, § 2.

vention ne pouvait pas être un commodat, puisque la gratuité est de l'essence du commodat et que, dans notre espèce, on donne la jouissance d'un bœuf pour avoir la jouissance de l'autre; la convention ne peut pas être un louage, puisqu'il faut un prix *in numerata pecunia;* on se demandait si cette convention constituait un louage (Gaius, C. III, nº 144); on reconnut bientôt qu'il ne pouvait pas y avoir louage véritable, mais contrat d'une espèce particulière « *proprium esse genus contractus* » (Inst., tit. 25, liv. III, § 2), et on donna l'*actio præscriptis verbis*.

Si la convention avait porté sur la jouissance d'une chose en retour de l'exécution d'un fait, il n'y avait pas davantage louage, mais contrat innomé *do ut facias*; nous reviendrons plus tard sur ce point particulier.

Pour que le contrat de louage prenne naissance, il faut donc une *merces* fixée en argent; dans certains cas spéciaux, on admet un contrat de louage, bien que la *merces* ne consiste pas en argent; dans le cas de bail de fonds de terre, par exemple, le colon partiaire est considéré comme locataire, et cependant, au lieu de donner au propriétaire une *pensio* fixée d'avance et en argent, il doit payer en donnant une quote-part des fruits déterminée. Aussi, nous aurons à constater, dans le courant de notre travail, que cette situation particulière du colon partiaire entraînera, sur quelques points spéciaux, vers des solutions un peu différentes de celles admises dans le contrat de louage lui-même (1)

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 6.

Le prix doit être fixé en argent, il doit être sérieux et proportionné à la valeur de la chose louée. Qu'arriverait-il, si l'on louait une chose *nummo uno?* Si nous nous en tenons sur ce point à la décision donnée par Ulpien (1), nous déciderons d'une manière absolue que, dans ce cas, le louage sera dénué de tout effet « *si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est : quia et hoc donationis instar inducit.* » Cependant, il nous semble difficile d'admettre ce principe dans toute sa rigueur; il nous semble préférable de dire que lorsque le louage, fait *nummo uno*, ne sert qu'à déguiser, à cacher une donation *fraus omnia corrumpit*, nous devons annuler l'acte d'une manière absolue; que si, au contraire, l'acte peut s'interpréter sans l'idée de donation, nous pensons que le contrat fait *nummo uno* sera maintenu. Nous trouvons, en effet, une décision de Pomponius, qui est dans ce sens (2) : « Un homme avait reçu en dot d'un étranger, pour le compte de sa femme, un droit d'usufruit; le divorce survient, et il doit rendre la dot à la femme; mais comment rendre l'usufruit? La *cessio in jure* ne peut pas être employée, les Institutes nous apprennent que la cession d'usufruit faite à un étranger ne lui fait pas passer le droit; dans ce cas, le jurisconsulte Pomponius conseille au mari de louer ou de vendre à la femme l'exercice du droit d'usufruit *nummo uno;* la vente et le louage sont donc possibles *nummo uno* toutes les fois que, dans l'intention des parties, cette

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 46.
(2) Dig., liv. XXIII, tit. 5, loi 66.

vente et ce louage ne déguisent pas une donation (1).

Peut-on laisser la détermination du prix à l'arbitrage d'un tiers? La même question se posait à Rome en matière de vente, elle reçut la même solution dans les deux hypothèses de vente et de louage. Dans les premiers siècles, on doutait que le contrat pût exister, et une controverse très vive existait, à cette époque, entre les jurisconsultes romains (2). C'est Justinien qui résolut cette question par l'interprétation de la volonté probable des parties; il décida que les parties n'étaient pas engagées d'une manière absolue, mais seulement sous la condition que le tiers chargé de l'estimation pourrait remplir les fonctions dont on l'avait investi et que, par suite, le contrat ainsi fait serait conditionnel. L'estimation est-elle faite? le louage est parfait; n'a-t-elle pas lieu? il n'y a pas contrat.

Principaux pactes qu'on avait coutume d'ajouter au louage des biens ruraux.

Les parties avaient souvent l'habitude de joindre au contrat de louage certains pactes dont nous allons avoir tout à l'heure à étudier les effets; mais nous devons avant rappeler les principes généraux admis en Droit romain en matière de pactes. Nous n'étudierons cependant cette

(1) Dig., liv. XVIII, tit. 1er, lois 36 et 38.

(2) Gaius, C. III, § 143 et 140; Inst. de Just., liv. III, tit. 24, § 1, et liv. III, tit. 15, § 1.

théorie que dans les rapports qu'elle a avec les contrats consensuels.

En général, tout contrat se dissout par un mode analogue à celui de sa création : le contrat consensuel, par le dissentiment des parties; pour qu'il en soit ainsi, il faut que les contractants n'aient en rien exécuté la convention. Cependant dans cette situation, les parties peuvent, au lieu de détruire le contrat, le modifier quant à un de ses éléments essentiels par un pacte, et, dans ce cas, le contrat primitif peut changer de nature ou même disparaître. Telle est la solution donnée par Papinien (1). Les parties peuvent encore, en conservant au contrat son caractère spécial et déterminé, le modifier par l'adjonction de certains pactes, et, pour connaître les effets qu'ils produiront sur le contrat, nous devons rechercher si ces pactes ont été joints *in continenti* ou *ex post facto*.

Le contrat étant de bonne foi, le pacte adjoint *in continenti* peut avoir pour but, ou bien d'augmenter ou bien de diminuer l'obligation de l'une des parties, et, dans l'un comme dans l'autre cas, ce pacte a son exécution garantie au moyen de l'action du contrat lui-même (2).

Le pacte est-il, au contraire, *adjectus ex post facto*, il faut distinguer, s'il a pour objet d'augmenter ou de diminuer l'obligation ; dans le premier cas, le pacte adjoint ne produit aucun effet, dans le second cas, il ne produit effet que *exceptionis ope* (3).

(1) D., liv. XVIII, tit. 1er, loi 72, et liv. II, tit. 14, loi 7, § 6 et loi 58.

(2) D., liv. II, tit. 14, loi 7, § 5.

(3) Ce point est très important à préciser, même dans les con-

Nous venons de mentionner en parlant du colonat, une dérogation au principe qui exige, pour la perfection du contrat, la détermination d'une *merces* consistant en argent. La convention, en Droit romain, que le bailleur serait rétribué par une quote part des fruits, était souvent modifiée par des pactes que les parties avaient l'habitude d'ajouter au louage de biens ruraux. Nous nous contenterons de reproduire ici les principaux.

1° Il arrivait parfois qu'après avoir convenu une *merces certa*, les parties ajoutaient la clause suivante : « Le fermier fournira au propriétaire une quantité déterminée de froment à tel prix, et ce dernier le tiendra en compte sur la *merces* qui sera diminuée d'autant. » Qu'arrivera-t-il si le propriétaire refuse d'accepter la quantité de froment fixée? Les simples pactes étant dépourvus d'actions, le propriétaire pourra poursuivre par l'*actio locati* le paiement intégral de la *merces* convenue ; mais le fermier opposera devant le juge l'exception de *pacti conventi*, et alors ce dernier devra rechercher l'intérêt que peut avoir le fermier à se libérer en denrées plutôt qu'en argent, et il lui accordera une décharge proportionnée à cet intérêt. Un exemple fera facilement ressortir l'espèce prévue. Un fermier doit payer en quatre pactes égaux, une somme de 2,000 fr., mais il a été convenu que le fermier pourrait se libérer des deux derniers termes, moyennant 40 sacs de blé; si, dans notre espèce, le blé a

trats de bonne foi ; sans doute, l'exception de *pacti conventi* est bien sous-entendue, mais puisque le pacte n'a produit effet que *exceptionis ope*, un nouveau pacte peut replacer les choses dans leur état précédent. — (Voy. Vernet, textes choisis, p. 38).

une valeur de 20 fr. le sac, le fermier gagne une somme de 200 fr. à se libérer en denrées, c'est donc une remise de 200 fr. qui lui sera allouée par le juge. Ce que nous venons de dire dans l'intérêt du fermier peut se produire dans l'intérêt du propriétaire, et les moyens à suivre pour obtenir les bénéfices résultants de cette convention seront absolument les mêmes (1).

Javolenus (2) examine ce qui doit arriver lorsque le propriétaire a fait avec son fermier la convention suivante : « Si vous n'exploitez pas conformément aux conditions du contrat, je me réserve le droit de louer à une autre personne, et si je ne retire de ma terre qu'un prix inférieur à celui que vous m'avez promis, vous devez m'indemniser jusqu'à concurrence du prix qui avait été convenu entre nous. » La condition du contrat se réalise, le fermier est expulsé, mais le propriétaire retire de sa terre un prix supérieur ; doit-il, dans ce cas, compte au fermier de cette augmentation du prix ? En un mot, la clause insérée au contrat doit-elle être entendue tant en faveur du fermier que contre lui ? Non, répond Javolenus, la clause est toute en faveur du propriétaire, et, s'il retire un prix supérieur il n'en doit rendre nullement compte. Cette décision n'a rien que de très-juste et elle s'harmonise parfaitement avec l'esprit profondément juridique de nos grands maîtres.

3° Je crois cependant que les Romains allaient trop loin lorsqu'ils consacraient l'opinion d'Alfenus (3). Il avait

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 19, § 3.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 51.
(3) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 29.

été convenu dans un contrat de louage de biens ruraux, que le fermier ne devait ni couper les arbres, ni les brûler, ni les laisser couper, ni les laisser brûler. On demande si la convention doit-être rigoureusement exécutée, et si dans tous les cas le fermier doit être responsable? On répond que oui, dit Africain, et cette décision est justifiée par le mot *sinere* qui a été inséré au contrat. Je crois, pour ma part, que les propriétaires durent être bien vite forcés de renoncer au bénéfice d'un pacte dont une interprétation aussi rigoureuse, aurait fini par rendre la location rurale presque impossible.

4° Un fermier recevait quelquefois des instruments agricoles avec estimation; comment faudra-t-il interpréter cette clause (1)? Proculus répond : que le fermier devient propriétaire des meubles ainsi estimés, tout comme le mari le devient de ceux qu'il reçoit pour la dot de sa femme; cette décision est parfaitement d'accord avec ce que dit Paul (2) : Si l'esclave qui est laissé avec estimation à une fermière vient à mourir, à la fin du bail la fermière ou ses héritiers en devront le prix. Tels sont les principaux pactes que les Romains avaient coutume d'ajouter au louage des biens ruraux ; nous avons cru devoir les placer sous la rubrique de la *merces* dont le plus souvent ils modifient la nature.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 3, Pompon.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 54, § 2.

SECTION III.

UN CONSENTEMENT.

Le troisième élément nécessaire à la formation du contrat de louage est le consentement des parties contractantes. Ce consentement doit porter sur la chose et sur le prix, sans quoi le contrat serait nul. Si j'ai cru vous louer une chose dix, et que vous ayez au contraire loué pour cinq, comme il n'y a pas eu accord sur le prix, le contrat est nul. Dans l'hypothèse inverse, au contraire, le contrat serait valable, mais le prix de location serait réduit à cinq (1). Les personnes qui figurent au contrat de louage sont le bailleur *locator*, et le preneur *conductor*; s'il s'agit du locataire de maisons on l'appelle plus spécialement *inquilinus*, et *colonus* s'il s'agit d'un fonds de terre. Pour donner un consentement valable, ces personnes doivent réunir les conditions ordinaires de capacité. Nous nous contenterons ici de signaler quelques exemples particuliers d'incapacité.

1° Les personnes qui ont administré une tutelle ou une curatelle et qui n'ont pas encore rendu leur compte de gestion, ne peuvent pas prendre à bail les biens de César, le fisc veut éviter le concours de cette créance

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 52.

privilégiée sur les biens du preneur (1). Si ces personnes se présentaient sans avoir fait connaître leur position, elles s'exposeraient à être poursuivies et condamnées comme faussaires.

2° Les militaires qui sont sous les drapeaux. On craignait que la préoccupation des travaux agricoles ne détournât le soldat de son devoir. Ceux qui violaient cette prohibition étaient dégradés, déclarés infâmes, et le propriétaire complice de leur crime perdait le bénéfice de tous ses fermages (2).

3° Le bail à ferme était défendu aux décurions (3), à cause même de la nature et de l'importance de leurs fonctions (ils étaient en effet chargés de percevoir l'impôt) et le fisc ne voulait pas que l'action qu'il pouvait diriger contre ces fonctionnaires pût être entravée par les réclamations du bailleur. Si cependant ils se trouvaient dans le besoin, on leur permettait de prendre un bail, dont l'importance ne pouvait pas dépasser le strict nécessaire à leur entretien.

Quelquefois on n'attendait pas que le fermier donnât son consentement et, à l'expiration du bail, la reconduction lui était imposée. C'est ainsi qu'agissait le fisc à l'égard de ceux qui avaient réalisé de gros bénéfices dans le fermage des droits fiscaux (4). La garantie qu'ils présentaient était le motif sur lequel était basée cette décision. Le fermier de *l'ager publicus* qui avait exacte-

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 49.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 50, Cod. liv. 4, tit. 65.
(3) C. liv. IV, tit. 65, loi 30.
(4) Dig., liv. XXXIX, tit. 4, loi 11, § 5.

ment payé sa redevance, était à l'expiration de son bail maintenu de préférence dans son droit (1), à la condition toutefois que les nouveaux compétiteurs n'offriraient pas une redevance supérieure ; il aurait pu même dans ce cas conserver son fermage en consentant à payer cette augmentation de la *merces*.

(1) C., liv. II, tit. 70, loi 4.

CHAPITRE II.

FORMATION DU CONTRAT DE LOUAGE.

Le contrat de louage se forme par le seul consentement des parties. Si les parties se proposent un louage par écrit, le louage dans ce cas sera conditionnel et subordonné à la rédaction de l'écrit. Si après avoir consenti un contrat de louage, les parties contractantes ont cimenté leur convention par la remise d'arrhes, le contrat n'en aura que plus de force ; si la remise des arrhes a suivi la rédaction d'un louage écrit, les parties pourront annuler le contrat, et celui qui a donné les arrhes pourra reprendre sa parole, à condition toutefois de perdre la somme versée entre les mains de l'autre partie.

Le contrat de louage a-t-il pu se former sous condition ? Il est évident qu'autrefois il y avait eu grande controverse entre les jurisconsultes romains, et comme nous l'avons déjà dit plus haut, le § 143 du Commentaire 3 de Gaius justifie suffisamment cette opinion; mais cependant, déjà, à son époque, le louage conditionnel avait prévalu ; pour le prouver, il suffit de lire le § 143 du Commentaire 3 de ce même auteur. Il arrivait souvent, dit Gaius, qu'on livrait un certain nombre de gladiateurs, le preneur promettait une somme de *denarii* XX pour chacun de ceux qui reviendraient valides, et une somme de *denarii mille* pour chacun de

ceux qui seraient tués, ou dangereusement blessés. On demande, dit ce jurisconsulte, s'il y a eu là contrat de louage ou contrat de vente? Il répond : l'opinion qui a prévalu, c'est qu'il y a louage pour les combattants qui reviennent sains et saufs, et vente pour tous ceux qui sont tués ou mis hors de combat, et il termine cette discussion, en ajoutant : « *Jam enim non dubitatur quin sub conditione res veniri aut locari possint.* Ce qui prouve bien, jusqu'à l'évidence, qu'à son époque le doute n'existe plus, et que le louage conditionnel, comme la vente conditionnelle, sont des contrats parfaitement valables. M. Demangeat, par une fausse traduction de ce texte, dit : que ce qui probablement avant Gaius avait pu faire l'objet d'une controverse, ce n'était pas de savoir si une vente ou un louage pouvait être fait sous une condition, mais que ce qui avait fait doute autrefois était la possibilité de dire, « voilà une chose qui est entre nous l'objet d'un contrat. Quel est ce contrat? Une vente si tel événement arrive, un louage si tel autre événement arrive. » En un mot, la possibilité de convenir que par l'arrivée de la condition il y aurait vente ou louage. Nous n'insisterons pas plus longuement pour montrer l'erreur dans laquelle est tombé cet auteur; la reproduction textuelle de la phrase de Gaius prouve suffisamment la manière dont elle doit être interprétée.

CHAPITRE III.

EFFETS DU CONTRAT DE LOUAGE.

Dès que le contrat de louage est formé, les parties contractantes se trouvent réciproquement obligées les unes envers les autres, et les droits qu'elles acquièrent ne sont que la conséquence des devoirs qu'elles doivent remplir.

L'exécution du contrat de louage est sanctionnée par des actions directes de bonne foi. Nous allons, dans la première section, exposer les obligations du bailleur et parler incidemment de l'*actio conducti* à l'aide de laquelle le preneur ou son héritier (1) pourra le forcer à les exécuter. Nous examinerons ensuite les obligations du preneur, et partant l'*actio locati* accordée au bailleur et à son héritier pour en poursuivre l'exécution. Nous venons de dire que l'*actio conducti* comme l'*actio locati* appartient non seulement au bailleur ou au preneur, mais encore à leur héritier, cela ressort clairement de ce passage d'Ulpien : « *Ex conducto actionem, etiam ad heredem transire palam est.* » Pothier ajoute : « *Idem de actione locati dictum puta.* » Mais le successeur à titre particulier ne serait pas tenu de respecter le bail

(1) C., liv. IV, tit. 65, loi 10.

qui aurait été consenti par son ayant-cause direct. Le tiers-acquéreur, par exemple, qui est un ayant-cause à titre particulier du vendeur, et qui n'est nullement tenu des obligations de son auteur, ne sera pas tenu de respecter le bail consenti par son vendeur (1). Le preneur ainsi expulsé pourra bien exercer un recours contre le bailleur, mais ce dernier peut être insolvable, et alors son action devient illusoire. Cela tient à ce que le preneur n'a jamais été investi d'un droit réel. Si dans l'espèce que nous venons d'examiner, nous avions eu un usufruitier au lieu d'un locataire, le tiers-acquéreur aurait été obligé de respecter l'usufruit consenti par le vendeur. Si cependant lors du contrat de vente les parties avaient convenu que la location subsisterait, l'acquéreur devait respecter le contrat de location, alors même que cette convention n'eût pas été écrite (2).

SECTION Ire

OBLIGATIONS DU BAILLEUR.

Le contrat de louage est un contrat synallagmatique; des obligations réciproques dérivent de sa formation, et à chacune des obligations des parties correspond pour l'autre une action qui en garantit l'exécution.

Le locataire a contre le propriétaire l'*actio conducti* à

(1) C., liv. IV, tit. 65, loi 9.
(2) C., liv. IV, tit. 65, loi 9.

l'aide de laquelle il peut le forcer à exécuter les clauses du contrat ; le propriétaire à son tour est muni de l'*actio locati*, qui lui permet de contraindre le locataire à remplir toutes les obligations qui lui sont imposées. Nous devons examiner, dès lors, quelles sont les obligations réciproques que le contrat de louage impose aux parties. Comme ces obligations ne sont que de la nature du contrat, les parties peuvent les modifier comme elles l'entendent, les augmenter ou les diminuer, et le locataire pourra forcer le propriétaire à remplir tous ses engagements : « *si quid in lege conductionis convenit, si hoc non præstatur ex conducto agatur* » (1).

En dehors des conventions particulières, nous devons rechercher quelles seront les obligations du bailleur : on peut les comprendre toutes dans les deux formules suivantes :

I. Le bailleur doit *prestare re conductâ frui licere.*
II. Dans l'exécution du contrat, *bonam fidem debet.*

I. Le bailleur doit *prestare re conductâ frui licere.* On peut dire, d'une manière générale, que le contrat de louage a pour objet de procurer au locataire la faculté de jouir, de faire naître sur la chose d'autrui des fruits et de les recueillir. Nous trouvons dans cette première formule « *frui licere* » le germe de trois obligations distinctes qui incombent au bailleur : mettre le locataire en possession, le laisser jouir de la chose, et troisièmement

(1) Dig., liv. XIX, tit. 11, loi 15, § 1 *in fine.*

enfin, lui laisser percevoir les fruits qu'elle est susceptible de produire.

1° Mettre le locataire en possession : le locataire doit jouir de la chose louée, en retirer certains avantages, d'où pour le bailleur la nécessité de la tenir à sa disposition. Mais le locataire ainsi mis en rapport avec la chose louée, n'a pas un droit propre de possession, il possède pour le compte du bailleur dont il reconnaît la propriété ; il n'est que détenteur de la chose : d'où la conséquence que le locataire n'a pas l'action en revendication contre les tiers qui l'ont dépossédé (l'action en revendication n'appartient qu'au propriétaire) il n'a même pas l'exercice des interdits possessoires (c'est le bailleur qui a la *possessio ad interdicta*). La *nuda detentio* suffit, du reste, au locataire, puisqu'elle lui permet de tirer de la chose les avantages qu'elle est susceptible de produire.

Nous avons indiqué, comme sanction des obligations du bailleur, l'*actio conducti* ; le locataire en usera contre le *locator* toutes les fois que la *detentio* de la chose louée lui sera refusée : « *actio conductori datur eo conducto... § 1 competit.... velut, si re quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non præstatur* (1). »

2° Le bailleur doit laisser le locataire jouir de la chose *per possessionem re uti, per usum re frui liceat, nam usus fruendi pars est.* La jouissance, en effet, comprend nécessairement l'usage paisible de la chose. Cette obligation imposée au bailleur de laisser jouir le locataire

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 15, § 1.

peut être formulée ainsi : mettre le *conductor* en position de tirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de produire. Nous allons mentionner les conséquences de cette obligation du *locator* en prenant des exemples dans le titre que nous étudions.

Dans le cas de baux de maisons : tout trouble apporté à la jouissance de la maison louée engage le bailleur à réparer le préjudice occasionné ; même dans ce cas le locataire pourra refuser de continuer le bail, et, s'il a payé les loyers d'avance, il aura le droit de se les faire restituer. Peu importe d'ailleurs la cause du trouble, qu'elle provienne du fait d'un tiers *vicino ædificante, obscuruntur lumina cœnaculi*, ou du mauvais état de la maison louée « *eadem intelligimus* (*teneri locatorem inquilinio*) *si ostia, fenestrasve nimium corruptas locator non restituat* (1).

S'agit-il, au contraire, d'un louage de biens ruraux, le bailleur qui a loué la propriété, doit mettre à la disposition du locataire les instruments aratoires qui servaient à l'exploitation (2).

3° Le locataire perçoit les fruits : ce droit n'est qu'une conséquence immédiate des deux obligations du bailleur que nous venons d'étudier.

Le locataire a non seulement le droit de percevoir les fruits que produit la chose louée, mais encore les fruits civils, d'où le droit pour lui de sous-louer, à moins

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 15, § 2.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 19, § 1.

de clause contraire dans le louage (la convention fait la loi des parties).

Tels sont sommairement indiqués les droits du locataire sur la chose louée, droits que le bailleur doit respecter. Mais qu'arrivera-t-il si le *conductor* vient à être entravé dans son droit de jouissance et s'il ne peut percevoir les fruits ? Une loi célèbre, la loi 33 d'Africain (1), prévoit cette question, et nous allons reproduire ici l'hypothèse prévue par le texte. Un fonds de terre a été loué ; le locataire est empêché de jouir, par suite de la confiscation du fonds ; que décider? Le bailleur est tenu vis-à-vis du locataire par l'*actio conducti*, bien que le fait qui a mis fin à la jouissance lui soit complètement étranger : « *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id præstes.* »

Mais comment le bailleur sera-t-il tenu de cette *actio conducti?* Dans quelle mesure? Le texte nous répond de la manière suivante : « *circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam præstiterim restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto præstare cogeris.* »

La décision de cette loi est donc : que le locataire venant à perdre la jouissance de la chose louée, par suite d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'un événement complètement étranger au bailleur, et dans l'arrivée duquel celui-ci n'a été pour rien, n'a l'action *conducti* contre le *locator*, que pour se faire restituer les loyers payés d'avance, et pour le temps pendant lequel il a été

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2.

privé de la jouissance de la chose, et bien que le texte ne le dise pas nous devons ajouter que si les loyers n'avaient pas été payés d'avance, le bailleur aurait bien l'*actio locati* pour contraindre le locataire, mais cette action étant de bonne foi, le juge ne devrait en ordonner le paiement que pour le temps de jouissance couru. Il ne faudrait pas croire que c'est là une décision particulière, à cause de la cessation de jouissance produite par la confiscation; car des textes nombreux en notre titre contiennent des applications de notre principe. En cas de force majeure, le locataire privé de la jouissance ne peut pas demander d'indemnité au bailleur; mais ce dernier supporte la perte de la chose puisqu'il n'est pas fondé à réclamer le paiement de la *merces* pour le temps pendant lequel la jouissance a été entravée (1).

Faudrait-il admettre la même solution, dans l'hypothèse où le bailleur aurait par son fait, ou par suite d'une faute à lui imputable, empêché la jouissance du locataire? La même loi 33 répond à cette question dans les termes suivants : « *Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur quem tu prohibere, ne id faciat possis, tantum ei præstabis, quanti ejus interfuerit frui : in quo etiam lucrum ejus continebitur.* » La distinction est donc bien simple et elle ressort clairement de ce texte. La cessation de jouissance résulte-t-elle d'un cas fortuit d'une force majeure étrangère aux parties, le bailleur prendra la chose louée, ainsi que le droit de demander la *merces* pour le temps qui restait encore à courir. Y a-t-il, au

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 9, § 1, loi 15, § 7, loi 25, § 6.

contraire, faute du *locator*; est-il cause de cette interruption de jouissance de cette éviction ; non-seulement il ne pourra pas percevoir la *merces* pour tout le temps du bail, mais encore il devra une indemnité au locataire, qui sera calculée sur l'intérêt que pouvait avoir ce dernier à ne pas perdre son droit de jouissance. Telle est la décision romaine pour les cas d'éviction et de vices rédhibitoires (1).

Nous venons de dire que les risques, en matière de louage, étaient à la charge du bailleur ; comment expliquer cette solution? Pourquoi les Romains se sont-ils écartés sur ce point, des règles par eux admises en matière de vente?

En matière de vente, en effet, d'après les principes du Droit romain, si la chose vendue vient à périr par cas fortuit, la perte est pour l'acquéreur, qui n'en est pas moins tenu de payer le prix au vendeur. Les parties dans la vente contractent des obligations réciproques, le vendeur de mettre l'acheteur en possession de la chose, l'acquéreur de payer le prix convenu. Ces obligations distinctes prennent naissance dès que la vente est convenue, et cela suffit pour que le contrat produise tous ses effets, peu importe que, plus tard, par un cas fortuit ou de force majeure l'une des parties n'ait pas pu remplir son obligation, l'autre n'en est pas moins tenue à exécuter la sienne.

Pourquoi les Romains n'ont-ils pas admis en matière de louage la même solution ; pourquoi ne pas reconnai-

(1) Dig., liv. XIX, tit, 2, loi 9, loi 19, § 1er.

tre que le bailleur et le preneur contractaient *ab initio* des obligations analogues à celles du vendeur et de l'acquéreur dans la vente, et que, sans se préoccuper des changements qui pouvaient venir modifier les rapports des parties, il n'en faudrait pas moins faire produire effet à leur convention d'une manière absolue?

On a donné plusieurs explications de cette différence qui existe entre le contrat de vente et le contrat de louage.

Un premier système (1) justifie ainsi la différence qui existe entre ces deux contrats. Tout louage a pour but de procurer au locataire la jouissance d'une chose déterminée ; et ce dernier se propose de recueillir les fruits que cette chose est susceptible de produire; c'est donc, de la part du locataire, l'acquisition des fruits sous condition qui fait l'objet du contrat ; et par suite, nous n'aurions qu'une différence apparente entre la vente et le louage, les principes quant aux risques seraient les mêmes ; puisque en matière de vente conditionnelle la perte de la chose arrivée *pendente conditione* est à la charge du vendeur.

Interpréter le contrat de louage, comme constituant pour les parties une vente conditionnelle des fruits n'est pas admissible ; il faut reconnaître que le locataire veut bien gagner les fruits, mais aussi jouir paisiblement de la chose louée, et pendant le temps fixé.

On donne une seconde explication de cette différence et celle-ci est généralement admise. La vente fait naître immédiatement et dès qu'elle est contractée des obligations

(1) Pothier, *Traité de la Vente*, n° 5, et du *Louage*, n° 139.

distinctes : livrer la chose, payer le prix ; il suffit donc que le contrat se soit formé, ait été possible au moment même de la convention, pour que l'acheteur soit obligé de payer le prix, bien que, depuis la convention, le vendeur soit dans l'impossibilité de fournir la chose. Dans le contrat de louage au contraire l'obligation du bailleur ne se produit pas ainsi instantanément ; il ne s'oblige pas à livrer une chose au locataire une fois pour toutes, mais il s'engage encore à en fournir la jouissance à tous les moments du bail et pendant toute sa durée ; et comme c'est seulement en vue de cette jouissance que le locataire s'oblige à payer la *merces*, on peut dire que son obligation ne prend naissance que tant que la jouissance continue d'exister, et comme corrélatif de cette jouissance elle-même.

Si les Romains avaient admis des solutions différentes quant aux risques en matière de vente et de louage, c'est qu'ils avaient consulté l'intention probable des parties. Dans le contrat de vente l'acquéreur veut devenir propriétaire d'un objet, dans le contrat de louage au contraire le locataire se propose de percevoir des fruits, de jouir de l'objet loué et cela pendant une période de temps déterminée. Le droit qu'il veut acquérir a un caractère de successibilité qui, s'il vient à être interrompu, le dispense d'exécuter l'obligation qu'il a de payer la *merces*. Tel est le principe vrai sur lequel est basée la décision du droit romain quant aux risques.

Quelle sera, dans ces diverses hypothèses, l'action qui appartiendra au locataire? C'est toujours par l'*actio conducti* qu'il réclamera la restitution des loyers payés

d'avance si la chose vient à périr par cas fortuit, et une indemnité si la faute est imputable au bailleur. Dans cette seconde hypothèse, l'application de l'*actio conducti* est parfaitement juste, puisqu'étant une action de bonne foi, elle permettra au juge qui sera chargé d'en connaître de baser sa décision sur l'équité. Mais dans l'hypothèse où il s'agit de répéter des loyers déjà payés, on peut se demander pourquoi la *condictio indebiti* ne serait pas admise?

La *condicto indebiti* est une voie de recours basée sur l'équité et ouverte à celui qui a payé l'indû; ne pourrait-on pas dire que les loyers n'étant dus que *ex tempore locationis*, et que la chose ayant ensuite péri, le loyer a cessé et que par suite la *merces* a été *indebita?* Il semble au premier abord que l'on pourrait raisonner ainsi : cependant les jurisconsultes romains ne donnaient dans ce cas que l'*actio conducti*, car il ne faut pas confondre celui qui a payé par erreur et celui qui a payé la totalité du loyer, (1) et cette différence s'explique par cette simple observation. Le loyer est dû en vertu du contrat de louage : le louage étant parfait entre les parties par le simple consentement, la cause efficiente existe et par suite l'on ne peut pas dire qu'il y ait *indebitum*; si le bailleur doit restituer la *pensio* perçue, ce n'est pas que cette *pensio* ait été indûment payée, mais parce que le but que les parties se proposaient d'atteindre ne s'est pas réalisé, la cause finale n'existe pas.

Le locataire, avons-nous dit, aura l'*actio conducti* contre le bailleur, toutes les fois qu'il refusera de remplir les

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 19, § 6.

obligations qui dérivent du contrat de louage. Mais le locataire a-t-il des actions pour se protéger directement contre les tiers? Nous avons dit que le contrat de louage ne faisait naître que des obligations réciproques entre le locataire et le bailleur, et qu'il ne créait jamais un droit réel sur la chose, d'où il est facile de conclure que le *conductor* dépossédé ne peut jamais avoir l'action en revendication. Cette action, en effet, n'est donnée qu'au propriétaire de la chose, qui a perdu la possession, et à ce point de vue, elle ne peut pas appartenir au locataire. S'il vient à être troublé dans l'exercice de son droit de jouissance, il n'a pas même les interdits *unde vi* ou *uti possidetis*; ces interdits ne peuvent pas lui appartenir puisqu'il n'a pas la *possessio ad interdicta*; il a seulement la détention de la chose, mais il possède au nom et pour le compte du bailleur. Dans ces diverses hypothèses, le bailleur a l'exercice de l'action en revendication et des interdits contre les possesseurs de la chose louée, mais ces actions il pourra les céder au *conductor*. Si c'est le bailleur, *dominus rei* qui a dépossédé le locataire : ce dernier, n'aura droit qu'à l'*actio conducti*.

II. La seconde obligation du bailleur est d'exécuter le contrat *cum bona fide*.

De là, suit pour le bailleur l'obligation de réparer tout le dommage qui a pu arriver au locataire, par suite du bail; voici, par exemple, une hypothèse où la *bona fides* forcera le propriétaire à céder les actions qui lui appartiennent. Sans anticiper sur les obligations du locataire, nous pouvons constater, dès à présent, que si la chose louée vient à être volée, le *conductor* sera responsable

vis-à-vis du propriétaire, puisque c'est à lui qu'a été confiée la conservation et la garde de la chose, objet du contrat. Mais le vol va donner lieu à plusieurs actions, à qui appartiendront-elles? L'*actio furti*, action pénale donnée contre l'auteur du vol, appartient à la personne intéressée à ce que le vol ne fût pas commis (1), et par suite, dans le contrat de louage, cette action appartiendra au locataire qui était chargé de veiller à la conservation de la chose. Le propriétaire aura l'action en revendication contre le voleur ou contre tout autre tiers détenteur, et aussi la *condictio furtiva* (2) contre le voleur et ses héritiers. Le propriétaire peut, en outre, par l'*actio locati* demander sa chose au locataire et le faire condamner *in id quod interest* à cause de sa faute, mais alors dans ce cas, il sera forcé de lui céder les actions qui lui appartiennent, soit l'action en revendication et la *condictio furtiva* (3).

Que faut-il décider dans le cas de vol de fruits? Il faut ici distinguer avec soin ; les fruits étaient-ils déjà perçus, séparés du sol ; ils sont la propriété du locataire, et par suite le vol de la récolte ne peut en rien modifier le rapport des parties entre elles. Au locataire, propriétaire des fruits, appartiennent toutes les actions dérivant du vol : l'*actio furti*, la *condictio furtiva* et la *rei vindicatio*. Mais *quid* si le vol a été commis sur des fruits *adhuc pendentes* soit par branches, ou par racines? Le principe

(1) Inst. de Just., liv. IV, tit. 1, § 15.
(2) Dig., liv. XIII, tit. 1, loi 1.
(3) Dig. 19, tit. 2, loi 60, § 2, et loi 25, § 8.

dans ce cas ne sera plus le même, le locataire n'a pas en effet de droit réel sur la chose louée, et les fruits, dépendance directe de cette chose, ne deviennent sa propriété que par la perception (1). Dans cette hypothèse, en effet, ce n'est pas la chose, du locataire qui a été volée, mais bien celle du bailleur; c'est donc à ce dernier qu'appartiendra l'exercice de la revendication et de la *condictio furtiva*; mais comme aussi à son tour il doit exécuter le contrat *cum bona fide*, le locataire pourra le forcer à la cession des actions qui lui appartiennent (2).

Le bailleur doit exécuter le contrat de bonne foi; de là, pour lui, l'obligation de réparer le préjudice que la chose louée pourra occasionner au *conductor*, si, par exemple, on a loué des tonneaux qui perdaient le vin; si on a loué des pâturages dont les herbes engendraient des maladies parmi les troupeaux; mais la responsabilité du bailleur varie suivant les cas (renvoi à la théorie de la prestation des fautes).

De la nécessité d'apporter la bonne foi au contrat de louage, résulte encore pour le bailleur une triple obligation garantie par l'*actio conducti*.

1° Restituer la *merces*, en cas de non jouissance.

2° A l'expiration du bail, et après le paiement intégral de la *merces* rendre au locataire les choses qui lui appartiennent.

3° Rembourser au locataire le montant des dépenses utiles par lui faites, et auxquelles il n'était nullement tenu par les clauses du contrat.

(1) Inst., liv. II, tit. 1, § 36.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 60, § 5.

SECTION II.

OBLIGATIONS DU PRENEUR.

Les obligations diverses que le preneur contracte vis-à-vis du bailleur peuvent être ramenées à trois principales : 1° payer la *merces* convenue, 2° veiller à la conservation de la chose, 3° restituer la chose louée à la fin du bail.

Nous avons dit plus haut que les actions produites par le contrat de louage étaient des actions directes ; l'*actio locati* accordée au bailleur sera le moyen coercitif à l'aide duquel ce dernier pourra requérir l'exécution de toutes les obligations que ce contrat impose au preneur. L'*actio locati* pourra être intentée après chaque terme, chaque annuité accordée au preneur pour effectuer le paiement de la *merces*. Comme dans toutes les actions de bonne foi, les intérêts ne seront pas dus *ipso jure* par l'échéance du terme, il faudra de plus que le débiteur ait été mis en demeure (1) ; et comme le dit le jurisconsulte Paul, les intérêts, sauf le cas de convention contraire, ne sont dûs qu'à compter de la *mora* (2).

1° Le preneur, avons-nous dit, est tenu de payer la *merces* convenue, rien de plus juste puisque ce paiement n'est que l'équivalent de la jouissance prestée par le

(1) C., liv. IV, tit. 65, loi 17.

(2) Dig., liv. XXII, tit. 2, loi 17, § 4.

bailleur. A défaut de convention spéciale ou d'usage local, la délivrance de la chose louée doit être opérée dès que le contrat est formé ; la *merces* n'est exigible, au contraire, qu'après que le preneur a retiré de la chose la jouissance qu'il avait en vue, ou qu'après l'échéance de chaque terme de chaque annuité, suivant que la *pensio* a été stipulée par annuités ou à terme fixe. La *merces* est due par cela seul que le preneur a eu la faculté de jouir de la chose, pourvu, toutefois, que soit par la faute du bailleur, soit par un accident imprévu, l'exercice de cette jouissance ne soit devenu tout à fait impossible. Si c'est par sa propre faute que le *conductor* néglige de retirer de la chose ce qu'elle est destinée à produire, il n'en sera pas moins tenu de payer la *merces* : « qui contra » legem conductionis fundum ante tempus sine justa ac » probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis » pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus » locari in id, quod ejus interest, indemnitas serve- » tur » (1).

Les fruits produits par la chose louée sont la représentation du droit de jouissance concédé au preneur. Si la chose était restée *apud locatorem*, c'est lui qui aurait retiré ces fruits, ces revenus, mais il cède son droit ; dès lors la différence résultant entre le prix reçu et l'excédant de fruits produits par la chose, représentera le travail et le temps employé par le locataire. Si donc par un événement fortuit en même temps qu'extraordinaire, la jouissance de la chose se trouve notoirement diminuée, alors

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 55, § 2.

même que le fonds lui-même n'éprouve aucune détérioration, le locateur devra faire au preneur une réduction de la *merces* proportionnelle au préjudice souffert par ce dernier. Cette règle est sanctionnée par plusieurs textes. Ulpien (1), rapportant en cela l'avis de Servius, dit formellement : « *omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono præstare debere.* » Les débordements des rivières, les dégâts occasionnés par une invasion, par des oiseaux de passage, sont autant d'exemples donnés par ce jurisconsulte.

Si le préjudice occasionné au preneur résultait de vices inhérents à la chose elle-même, *veluti si vinum coacuerit*, il n'aurait alors droit à aucune indemnité. Nous pouvons dire, d'une manière générale, que le preneur n'aura droit à aucune réduction de la *merces* : *si nihil extra consuetudinem acciderit.* Dans l'hypothèse inverse, le fermier perdra son travail, ses semences, mais il sera libéré de l'obligation de payer la *merces*. Le préjudice partiel ne pourra donner lieu à une indemnité que tout autant qu'il aura occasionné une perte sensible (2).

Papinien consulté pour savoir si une remise était due à un fermier qui venait de supporter une année de stérilité extraordinaire, répondit qu'elle devait être compensée par les années d'abondance qui l'avaient précédée, et que si par hasard elle se trouvait être la première, elle le serait par les années suivantes. Tout ce

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 15, § 2.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 6.

que nous venons de dire, relativement aux fruits, ne s'applique pas à la location des *prædia urbana*, et, pourvu que l'objet subsiste, le preneur ne peut que se plaindre de ne pas percevoir les fruits. Les règles que nous venons de poser ne sont pas applicables au cas d'usufruit; et s'il a été acquis à titre onéreux, le prix reste dû bien que la perception des fruits soit désormais impossible. Cette différence résulte de la nature distincte des droits du locataire et de l'usufruitier, le premier n'a aucun droit réel sur la chose louée, il n'a qu'un simple droit de détention; le vendeur, au contraire, a concédé à l'usufruitier un véritable droit réel.

2° Le locataire doit veiller à la conservation de la chose.

Le louage a pour objet de faire jouir le locataire d'une chose déterminée, que ce dernier s'engage à restituer à l'expiration du bail. Le bailleur demandera compte de cette *res*, de sa conservation; c'est donc au preneur qui prétendra être libéré, qu'incombera la nécessité de faire la preuve de cette restitution.

Nous allons donc être forcément obligés à faire dans ce cas application de la théorie générale des fautes; en faisant remarquer, toutefois, que les parties peuvent, comme elles l'entendent, modifier leurs obligations, et que ce n'est que tout autant que les contractants n'ont rien stipulé de particulier relativement aux fautes, que nous aurons à appliquer les principes de la théorie générale.

La chose louée a subi un détérioration totale ou partielle; la responsabilité du locataire variera, elle sera

plus ou moins forte, suivant les causes qui auront entraîné cette détérioration.

Y a-t-il eu *casus?* La détérioration vient-elle d'une *causa inanimata*, que personne n'avait pu prévoir, par exemple, un cheval est frappé de la foudre; une maison est engloutie par les laves d'un volcan, détruite par un tremblement de terre, dans toutes ces hypothèses, le locataire n'a aucune responsabilité; il suffit pour lui de prouver le cas fortuit pour être libéré, à moins, cependant, que, par une clause expresse, il ne les eût formellement pris à sa charge.

Y a-t-il *vis major?* force majeure : c'est-à-dire préjudice occasionné par une force animée à laquelle le locataire est complètement étranger, et qu'il n'a pas pu empêcher ; dans ce cas, sa responsabilité n'est pas engagée, mais il y a contre lui une présomption de faute, il doit prouver que l'accident est le résultat d'une force majeure, qui ne peut être en rien imputée à sa négligence. Si, par exemple, la chose louée a été volée, si des malfaiteurs l'ont incendiée ou dévastée, dans tous ces divers cas, le locataire est libéré, à moins que l'accident survenu n'ait été précédé d'une faute de sa part (1), si par exemple, il avait exposé la chose louée à l'accident. Le locataire serait, néanmoins, tenu de la force majeure, si, par une clause du contrat, il s'en était formellement chargé (2).

Mais la détérioration survenue à la chose louée, peut

(1) Dig., liv. XLIV, tit. 7, loi 1, § 4.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 9, § 2.

avoir été occasionnée soit par un dol, soit par une faute du locataire : par un dol, lorsque par exemple la détérioration est son œuvre volontaire faite en parfaite connaissance de cause; par sa faute, lorsqu'il a commis une imprudence ou une négligence et que la détérioration en a été la conséquence. Quelle sera, dans ces différentes hypothèses, la responsabilité qui devra peser sur le locataire?

Nous ne nous arrêterons pas longtemps à l'examen du premier cas : c'est-à-dire de la détérioration produite par le dol du preneur; il sera toujours tenu de son dol et des conséquences qu'il peut produire; il faut même aller plus loin et admettre que, par une clause expresse insérée au contrat, il n'aurait pas pu se décharger de cette responsabilité. (1) « *Illud nullâ pactione effici potest, ne dolus præstetur.* »

La faute est tout manquement à un devoir : elle comprend ainsi deux degrés : ou bien on a commis une faute, en se rendant coupable d'un fait actif et il y a alors *culpa in committendo* ou *imprudentia*, ou bien on n'a pas rempli à l'égard de la chose tous les devoirs de conservation et il y a alors *desidia*, *negligentia*, mais cette distinction ne sera d'aucune utilité dans notre matière; nous nous occupons en effet du contrat de louage, contrat essentiellement de bonne foi, et ce serait y forfaire complètement que d'abandonner la chose sans apporter à sa conservation tous les soins possibles; aussi, la faute *in committendo* ou *in omittendo* oblige-t-elle le locataire d'une manière absolue.

(1) Dig., liv. II, tit. 14, loi 27, § 3, et *Arg. anal.*, liv. XVI, tit. 3, loi 1, § 7.

On admet encore une autre distinction dans la faute : la *culpa lata*, et la *culpa levis* ; le caractère de la *culpa lata* est de présenter une gravité toute particulière, aussi l'a-t-on confondue avec le dol, et de même que toute partie est responsable du dol, de même elle répond de sa faute lourde ; il est facile d'appuyer notre solution sur plusieurs textes du Digeste (1) « *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt,* » et plus loin le jurisconsulte Paul dit clairement : « *magna negligentia, culpa est ; magna culpa, dolus est.* »

La faute légère *culpa levis*, n'est qu'une simple négligence.

Comment le locataire sera-t-il tenu de sa faute ? Les jurisconsultes appliquaient pour apprécier la faute un double principe ; ou bien ils comparaient la faute commise, à la conduite que tenait l'auteur de cette *culpa* vis-à-vis de ses propres choses, ou bien, quelquefois, ils la comparaient à celle qu'aurait tenue un homme diligent. Dans le premier cas, on disait qu'il y avait *culpa levis in concreto*, dans le second *culpa levis in abstracto*. Dans le contrat de louage, le locataire est-il tenu seulement de la *culpa levis in concreto*, ou ne faut-il pas aller jusqu'à dire qu'il est même tenu de la *culpa levis in abstracto* ?

Les jurisconsultes romains avaient admis dans les contrats la solution suivante : le débiteur de la chose n'est-il pas intéressé au contrat, il ne doit apporter à sa conservation que la bonne foi ; du moins c'est la règle générale : au contraire, le débiteur de la chose est-il

(1) Dig., liv. L, tit. 16, loi 213, § 2, et *eodem titulo*, loi 226.

intéressé au contrat, il doit la *diligentia* et, dans ce cas, il est tenu de la *culpa levis in abstracto*.

Aussi, pour le louage, devons-nous décider que le locataire sera responsable s'il n'apporte pas à la conservation de la chose la diligence et les soins d'un bon père de famille (1). Nous avons dans notre titre au Digeste beaucoup de textes relatifs à la prestation des fautes. Sans entrer dans le détail de chacun d'eux, nous nous bornerons à citer les principaux et nous ferons ressortir la conformité des solutions des jurisconsultes avec les principes que nous avons admis.

En règle générale, le locataire ne doit pas être responsable des cas fortuits, à moins, avons-nous dit, qu'il ne les ait formellement pris à sa charge, solution confirmée par la loi 9 § 2 de notre titre (*locati conducti*) Julianus liv. 15 Digestorum *dicit* : « *si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum esse.* »

Les cas fortuits seraient encore à la charge du locataire, s'ils avaient été précédés d'une faute qui peut lui être imputée : à ce principe nous pouvons rattacher les solutions suivantes. Un tiers mandataire du locataire, ou qui se trouve sous sa puissance, a occasionné la perte ou détérioration de la chose louée, d'une maison par exemple. Le preneur serait dans ce cas responsable, car il répond des personnes qui, sur son ordre, ont pénétré dans la maison ; et il ne suffirait pas qu'il cédât au propriétaire les actions qu'il pourrait avoir contre les personnes

(1) Inst. de Just. liv. III, tit. 24, § 5.

qui ont occasionné ce préjudice : il a commis une faute, une imprudence, en permettant à ces malfaiteurs d'user de la chose louée, de pénétrer dans la maison, à ce titre il est personnellement responsable : « *mihi ita placet,* nous « dit Ulpien (1), *ut culpam etiam eorum quos induxit,* « *præstet suo nomine, etsi nihil convenit : si tamen cul-* « *pam in inducendis admittit, quod tales habuerit, vel suos* « *vel hospites : et ita Pomponius libro (sexagesimo tertio)* « *ad edictum probat.* »

Nous trouvons encore d'autres exemples dans les § 1er et 4 de notre loi 11. Le locataire a contrevenu dans une certaine mesure à la loi du contrat, aussi doit-il nécessairement répondre du cas fortuit occasionné par sa propre négligence. De même si par inimitié pour le locataire, un tiers a détérioré le fonds loué, le preneur sera tenu vis-à-vis du bailleur, car on peut dire qu'ici le dommage a été occasioné par le fait du locataire (2). Le locataire est tenu de la faute légère *in abstracto*, le texte des Instituts et des sentences de Paul (3) nous l'ont déjà appris et nous avons un texte formel du Digeste (4) qui confirme cette solution : « *culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset* » (Gaius).

3° Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée, à moins qu'il ne prouve qu'elle a péri par cas fortuit ou par un événement qui ne peut lui être imputé.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 11.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 4.
(3) *Sent.* de P., liv. II, tit. 18, § 2.
(4) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 7.

La chose doit être restituée telle qu'elle était au moment du contrat, sans dégradation provenant du fait ou de la faute du locataire. De ce principe, il résulte : que les profits que le preneur a pu retirer de la chose louée par une action intentée contre des tiers, par l'*actio furti*, par exemple, par laquelle il a obtenu le double ou le quadruple de la chose volée, ne doivent pas être compris dans la restitution (1). Que le preneur peut retenir les impenses qu'il a faites à la chose et les améliorations dont il l'a enrichie (2). Il faut, néanmoins, distinguer avec soin la nature de ces impenses, de ces améliorations. Si les choses apportées par le locataire et qui ont augmenté la valeur de l'objet loué peuvent être enlevées sans le détériorer, le preneur aura le droit de les reprendre, mais il sera contraint à remettre les lieux dans leur état primitif, et obligé de donner caution à cet effet. (Voir la loi citée plus haut.)

Le locataire jouira du droit de rétention pour se faire indemniser des dépenses nécessaires par lui faites, dépenses qu'il ne pouvait pas s'empêcher d'effectuer (3).

Si les dépenses ont été utiles, nous avons vu que le preneur pouvait reprendre les objets qui donnaient une plus-value à la chose louée, pourvu que la séparation n'entraînât pas une détérioration pour l'immeuble. Mais que décider, dans le cas où la séparation ne peut pas

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 6.

(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 19, § 4.

(3) Dig. 19-2, loi 55, § 1er, liv. XIII, tit. 6, loi 18, § 4. (Voir Molitor, *Obligat.*, nº 581.)

s'effectuer ? Certains auteurs ont refusé au preneur toute indemnité, d'autres enseignent l'opinion contraire (1), celle-ci nous semble, en principe, devoir être accueillie. Le doute ne serait pas possible, si le bailleur avait eu connaissance des dépenses, s'il les avait conseillées ou simplement approuvées ; dans ces divers cas, le preneur devrait être indemnisé (2).

APPENDICE.

SANCTION DU CONTRAT DE LOUAGE.

Les obligations réciproques des parties sont garanties au moyen des actions *conducti* et *locati*. Au nombre des cas dans lesquels est donnée l'action *locati*, nous avons mentionné le paiement de la *merces*. A cette obligation du locataire de payer la *merces*, se rattachent des sanctions spéciales très importantes qu'il nous faut étudier avec soin. Plaçons-nous, pour cela, dans les hypothèses de louage de maison (*fundum urbanum*) et de louage de terre.

Dans le premier cas, et d'après le principe du droit, le louage ne donnant naissance qu'à des actions personnelles, le propriétaire non payé de la *merces* viendra sur les biens du locataire en concours avec les autres créanciers. Pour éviter ce concours de créances, il pou-

(1) Faber, *Rationalia*, fr. 55 (19-2).

(2) *Arg. de la loi*, 61 (19-2); Molitor, *De obligation.*, *loco citato.*

vait se faire constituer un gage spécial ; mais cette demande de constitution de gage avait un premier inconvénient, entraver le contrat de louage lui-même ; de plus, cette constitution devenait souvent impossible ; le gage en effet n'existe que lorsque le créancier gagiste a été rendu propriétaire, *cum fiducia*, ou au moins possesseur de la chose engagée, suivant le dernier état du droit romain ; mais le locataire d'une maison va être obligé de se dépouiller de la chose constituée en gage qui peut être pour lui d'une grande nécessité ; sans doute, le propriétaire peut bien, au moyen d'un *precarium*, rétrocéder à l'*inquilinus* la possession de la chose, mais il est facile de voir combien dans la pratique toutes ces opérations diverses vont susciter de difficultés, de lenteurs : aussi, le préteur a-t-il décidé que, par la seule convention et par le seul effet du contrat de louage, un droit réel prendrait naissance au profit du propriétaire, et qu'il reposerait sur tout ce que l'*inquilinus* apporterait dans la maison louée. Cette solution du préteur est conforme à la nature même des choses ; plus, en effet, le locataire apportera dans la maison d'objets divers, et plus le propriétaire sera porté à contracter avec lui, puisque ces objets doivent lui servir de garantie.

Le propriétaire pouvait se faire concéder par *l'inquilinus* un droit de gage spécial sur tous les objets apportés dans la maison, et puis faire un précaire de ces mêmes objets au locataire. Mais le préteur simplifie singulièrement cette double opération en décidant, que, par le fait même de la location, tout objet apporté dans la maison, sera frappé d'un droit de gage en garantie du paiement

de la *merces*. *Eo jure utimur ut quæ in prædia urbana, inducta, illata sunt, pignori esse credantur quasi id tacite convenerit* (1). Ce gage tacite porte sur tous les objets apportés dans la maison au moment du contrat, et non pas sur les objets qui peuvent, accidentellement, s'y trouver (2).

Ce gage tacite n'a pas seulement pour objet de garantir le paiement de la *merces*, mais encore toutes les obligations qu'a pu faire naître entre les parties le contrat de louage (3).

Si les objets venaient à être déplacés, sans le consentement du propriétaire, il pourrait bien intenter contre le locataire l'*actio Serviana* et obtenir ainsi le paiement de ce qui lui serait dû, mais comme il peut avoir un très grand intérêt à ce que ce déplacement n'ait pas lieu, il pourra l'empêcher et s'il est fait malgré sa prohibition il pourra au moyen de l'interdit *utrubi* poursuivre les objets garnissants déplacés et ressaisir par ce moyen la possession perdue. Dans ce cas, *l'inquilinus* n'est pas à la merci du propriétaire ; on lui accorde l'interdit *de migrando*, qui lui permettra de se faire rendre la possession des choses induement gardées. Cet interdit *de migrando* est donné à *l'inquilinus* pour ressaisir la possession des choses *illatæ in domo*, et cet interdit lui compète : lorsque la convention a exclu la chose du gage, lorsque la chose n'a pas été *illata in domo* au moment du contrat, lorsque le

(1) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 4, et liv. 2, tit. 14, loi 4.
(2) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 7, § 1.
(3) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 2.

paiement de la *merces* a eu lieu, et que rien n'est dû relativement au louage.

Il ne faudrait pas croire cependant que par cela seul que le locataire ne devrait rien au propriétaire, on lui accordât toujours cet interdit : si le contrat de louage n'a pas produit tous ses effets, si le temps pour lequel il a été contracté n'est pas encore expiré, l'interdit ne pourra pas encore appartenir au locataire. Le propriétaire est, en effet, intéressé à conserver encore la possession du gage, pour la garantie des loyers futurs, de tous les loyers payés, échus et à échoir. Nous pensons même qu'il n'y aurait pas lieu à accorder à *l'inquilinus* l'interdit de *migrando*, puisque le gage tacite sur les meubles garantit toutes les conséquences du contrat de louage, et qu'il est possible que le locataire se trouve encore à la fin du bail débiteur du propriétaire.

Non seulement l'*inquilinus* aura contre le propriétaire l'interdit *de migrando*, mais il pourra encore agir contre lui *extra ordinem* (1).

Voyons maintenant l'état de la législation romaine dans le cas où il s'agit d'un fonds de terre. Dans cette hypothèse comme dans la précédente et dans le commencement du droit romain, l'on pouvait, pour garantir les conséquences du bail à ferme, convenir un *pignus* : mais, en général, le fermier perdait la possession du *pignus*, à moins que le propriétaire ne lui en fît une concession de précaire. Aussi le préteur dans notre hypothèse décida-t-il que sans qu'il y eût besoin de précaire,

(1) Dig., liv. XLIII, tit. 32, loi 1, § 2.

le fermier pourrait affecter certaines choses à la garantie du paiement du bail, et conserver cependant la possession des objets. Cette décision du préteur est très-remarquable; c'est la première application de ce principe proscrit en droit romain, et qui, en droit français, reçoit de très-nombreuses applications. Dans le principe, en effet, il y avait une distinction profonde entre les droits réels *jura in re*, et les droits de créance *jura ad rem*; et tandis que les seconds résultent des contrats, quasi-contrats et *variis juris figuris*, les droits réels, eux, ne pouvaient exister que lorsque était intervenu entre le constituant et le bénéficiaire, un mode d'acquérir tel que (*traditio, mancipatio*, etc....) Ici le préteur abandonne cette théorie et déclare que de la simple convention des parties du fermier et du propriétaire naîtra un droit réel sur certains objets destinés à garantir l'exécution du contrat.

L'innovation du préteur, dans le cas de bail à ferme, présente un intérêt double: celui du propriétaire et celui du fermier. Celui du propriétaire puisque le paiement de la *merces* sera sûrement garanti, celui du fermier puisqu'il pourra grever sa chose d'un droit réel, et néanmoins en conserver tous les avantages. Le préteur dût étendre ensuite ce principe au bail rural, et enfin le préteur Servius n'eut qu'à généraliser ces notions pour arriver à l'hypothèque.

Ce gage dérive du contrat de louage, et en garantit toutes les conséquences, il existe sur les choses qui ont été l'objet d'une convention spéciale, et sur les fruits du champ loué. Les fruits sont donc compris dans le gage, par suite d'une convention tacite des parties: en échange

de la jouissance, le bailleur reçoit un prix, il est alors tout naturel que si le prix ne lui est pas payé, il puisse reprendre les fruits de la chose louée. Quant aux autres objets qui peuvent être frappés du droit de gage, ce sont tous ceux que les parties ont eu en vue, lors de la formation du contrat. Nous avons constaté tout à l'heure que, quand il s'agissait d'un bail de maison, tous les objets *in domo illata* étaient frappés du gage : dans notre hypothèse, la règle est différente ; il faut une convention expresse des parties (1). « *in rusticis prædiis contra observatur.* »

« *In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, tacite* » *intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam* » *si nominatim id non convenerit* (2). » Avant l'innovation du préteur, pour garantir le paiement de la *merces*, le locataire pouvait bien grever de gage spécial une chose et, privé par ce fait de la possession, obtenir un *precarium* du *dominus fundi*. Le résultat obtenu dans ce cas se rapprochait beaucoup de celui du préteur ; et cependant une différence profonde existait encore entre les deux états de la législation : dans le premier cas, on n'aurait pu faire naître un droit de gage sur les fruits qu'au fur et à mesure qu'ils étaient perçus ; par la modification prétorienne, au contraire, le gage existe dès la naissance même des fruits, et c'est en cela surtout que cette innovation est remarquable.

Le propriétaire a donc, pour obtenir l'exécution des

(1) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 4 *in fine*.
(2) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 7.

clauses du contrat de bail et le paiement de la *merces*, une action personnelle contre le preneur, et de plus, comme garantie de ses droits, il a un gage sur certains objets.

Comment réalisera-t-il ce gage? Telle est la dernière question que nous ayons à examiner sur ce point.

Une double voie de procédure appartient au *dominus fundi*, l'action Servienne et l'interdit Salvien « ... *Ser-* » *viana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pigno-* » *ris jure pro mercedibus fundi ei tenentur* (1). » Un peu plus loin (2), nous trouvons un autre texte qui dit formellement : « *Interdictum quoque, quod appellatur Sal-* » *vianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum* » *est; eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas* » *is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.* » Gaïus (C. IV, § 147) se sert exactement des mêmes expressions.

Du simple rapprochement de ces textes, il semble résulter que les deux voies de procédure se confondent, qu'elles sont données dans les mêmes hypothèses et qu'elles présentent toutes deux les mêmes avantages. Aussi est-ce une question très-controversée que de préciser avec soin, l'hypothèse dans laquelle il faudra se servir de l'action Servienne ou de l'interdit Salvien.

M. de Savigny a soutenu que ces deux modes de procéder étaient identiques; seulement l'un aurait précédé l'autre : le préteur aurait commencé d'abord par l'inter-

(1) Inst., liv. IV, tit. 6, § 7.
(2) Inst., liv. IV, tit. 15, § 5.

dit Salvien et puis, pour la même hypothèse, aurait créé l'action Servienne. Nous pensons que ce système doit être rejeté, il ne repose sur aucune autorité, il est purement hypothétique et divinatoire ; car si les deux voies ne diffèrent en rien l'une de l'autre, l'on peut se demander pourquoi ces deux modes de procéder ? Pourquoi le préteur a-t-il voulu après l'interdit Salvien créer l'action Servienne ? D'où, *à priori*, nous concluons que la seule mention de l'interdit et de l'action prouve qu'il existait des différences entre ces deux procédures.

M. Ducaurroy a présenté une autre explication : d'après cet auteur, l'interdit Salvien aurait suivi l'action Servienne, et aurait été créé pour l'hypothèse suivante : un colon affecte au gage un objet déjà grevé d'hypothèque ; dans ce cas, pour obtenir la possession contre le créancier hypothécaire, le propriétaire aura recours à l'interdit Salvien. Nous répondrons à cela que, par ce moyen, le propriétaire n'aura acquis qu'un droit illusoire et que l'exercice de l'action quasi-Servienne par le créancier hypothécaire le dépouillera entièrement de la chose.

Enfin, un troisième système (1) soutient qu'il y a entre l'interdit Salvien et l'action Servienne une profonde différence ; différence qui existe, tant au point de vue de l'objet de la décision, qu'au point de vue des conditions dans lesquelles doit se trouver le demandeur dans l'action Servienne et dans l'interdit.

L'action Servienne a pour objet de faire reconnaître l'existence même du droit réel que l'on invoque ; l'inter-

(1) Ce système est professé par MM. Rudorf, Wangerow.

dit n'a trait qu'à la possession des objets engagés et il pourra très-bien arriver dans ce système, qu'après avoir triomphé par l'interdit Salvien, on succombe dans l'exercice de l'action Servienne. Par l'action Servienne, on veut prouver l'existence d'un droit réel, aussi faut-il prouver la convention de constitution, et de plus que le constituant avait au moins l'*in bonis* des choses sur lesquelles le gage avait été constitué. Car, comment constituer un droit réel sur une chose dont on n'a pas la propriété? En dehors de ces points il n'y avait aucune autre preuve à faire; peu importait que les objets eussent ou non été portés dans le fonds loué; on réclame, en effet, un droit réel, créé par la seule convention.

Intente-t-on l'interdit Salvien? Les preuves à faire se modifieront un peu; il faut prouver la constitution de gage, mais en outre et de plus, que les objets engagés étaient *in fundo*, et on comprend très bien la nécessité de cette preuve. Ce n'est pas le droit réel qui est ici en question, mais, au contraire, la possession; il faut donc établir que l'on avait cette possession; cette preuve faite, on doit la protéger, peu importe que le droit réel existe ou non; aussi, n'aura-t-on pas à prouver que le constituant avait au moins l'*in bonis* des choses engagées. L'interdit Salvien ne compète qu'au bailleur d'un fonds rural (1), pour protéger sa possession, et nous pensons que cet interdit n'a pas été étendu à tous les cas où l'on pouvait invoquer un droit réel sur la chose. (Arg., paraphrase de Théophile.) De même, nous pensons que cet

(1) G., C. 4, § 147.

interdit est donné contre tout tiers détenteur des objets engagés et non pas seulement contre le locataire, et nous préférons dans cette question suivre l'opinion du Digeste, que la solution donnée par l'empereur Gordien (1). On pourrait même soutenir qu'il n'y a pas contradiction entre ces deux textes, et que l'empereur Gordien employant les mots *conductorem debitorem*, a voulu dire contre le locataire débiteur, et indiquer par là le cas le plus général d'application, sans exclure les autres cas.

Nous n'insisterons pas davantage sur ces voies de procédure, au moyen desquelles sont garantis les droits des parties; il nous suffit d'avoir posé les principes généraux; les difficultés nous entraîneraient beaucoup trop loin de notre sujet.

SECTION III.

SOUS-LOCATION.

En exposant les principes généraux du contrat de louage, nous avons dit que les droits du preneur n'étaient pas exclusivement attachés à sa personne, et qu'après sa mort, ils passaient de plein-droit à son héritier; aussi rien ne s'oppose à ce que, de son vivant, il puisse les transmettre à un tiers. Le plus souvent, en effet, le locataire ne consent à traiter avec le proprié-

(1) C., liv. VIII, tit, 9, et Dig., liv. XLIII, tit. 33, loi 1, §1.

taire, que dans l'espoir de réaliser un bénéfice par la sous-location totale ou partielle.

Le sous-locataire ne sera jamais considéré comme remplaçant, vis-à-vis du bailleur, la personne du preneur primitif, et ce dernier demeurera dans le lien d'obligation qu'il a contracté. Il semble, dès-lors, que dès que le contrat de sous-location est formé, le sous-locateur ne se trouve nullement obligé vis-à-vis du bailleur, et qu'il n'a aucun intérêt à se libérer entre ses mains de la *merces* qu'il doit payer au locataire principal. Nous trouvons cependant, rapporté au Digeste (1), un texte de *Neratius*, qui dit : « *quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit.* » Du principe que le bailleur a un droit sur tout ce que l'*inquilinus* apporte dans la maison, sans établir de distinction entre le locataire et le sous-locataire, il suit que du fait même de l'introduction des meubles du sous-preneur naît son obligation indirecte vis-à-vis du bailleur ; il a donc un grand intérêt à se libérer du paiement de la *merces* entre les mains de ce dernier. Ce principe avait été si bien compris par les jurisconsultes romains, qu'ils avaient décidé que le propriétaire ne pourrait refuser de recevoir la fraction de loyer correspondante à l'obligation du sous-locataire (2) — (3).

Ce que nous venons de dire du sous-locataire des *prædia urbana*, ne saurait être appliqué au sous-preneur

(1) Dig., liv. I, tit. 2, loi 4.

(2) Dig., liv. XIII, tit. 7, loi 11, § 5.

(3) Glück, t. XVII, p. 511.

d'un héritage rural ; en continuant la lecture de la loi de *Neratius* que nous venons de rapporter, nous trouvons « *in rusticis prædiis contra observatur.* » Cette différence est facile à expliquer par les principes mêmes que nous avons posés plus haut. C'est qu'ici les fruits ou un objet déterminé par la convention des parties sont seuls engagés à la sûreté du paiement du bail (1). Le sous-preneur devra modeler son droit d'usage et de jouissance, sur celui que le bailleur avait convenu avec le locataire principal.

Seul le colon partiaire est privé du droit de sous-location, cela tient au caractère spécial de la *locatio partiaria*. Dans ce contrat, en effet, les qualités personnelles du colon, son intelligence, son activité, sa probité, sont les motifs qui ont probablement déterminé le locateur à former avec ce dernier ce contrat de colonat, contrat d'une nature toute particulière, et qui se rapproche beaucoup du contrat de société, puisque chacune des parties doit supporter une partie des pertes. Toutefois ce contrat de sous-location pourra être valable, il suffira pour cela que le propriétaire consente à le ratifier. En terminant cet exposé rapide des droits et des obligations du sous-preneur, nous devons ajouter qu'il aura contre le preneur principal l'*actio conducti*, toutes les fois que son droit de jouissance aura été impossible, ou sensiblement restreint. Par l'*actio locati* accordée contre lui, il sera condamné à payer la *merces* convenue et à réparer le préjudice qu'il aura pu occasionner.

(1) Dig., liv. XX, tit. 2, loi 7.

CHAPITRE IV.

EXTINCTION DU CONTRAT DE LOUAGE.

Les causes d'extinction du contrat de louage sont assez nombreuses, mais on peut classer les différents modes d'extinction dans un ordre logique. Le contrat de louage prend fin, par application des principes généraux, ou par application de règles particulières et spéciales.

SECTION Ire.

CAUSES D'EXTINCTION DU CONTRAT DE LOUAGE DÉRIVANT DES PRINCIPES GÉNÉRAUX.

1° C'est dans la formation même du contrat de louage, que nous trouvons la première cause d'extinction. Ce contrat, avons-nous dit, se forme par le seul consentement des parties ; ces dernières peuvent donc, quand elles le veulent, éteindre le contrat.

2° Le terme est bien sans contredit, la cause d'extinction de la convention de louage la plus fréquente et la plus ordinaire. Dès que le terme assigné par les parties à la durée du contrat est arrivé, elles sont déliées des

obligations qu'elles se doivent, et elles recouvrent leur indépendance première. Mais qu'arrivera-t-il si le bailleur continue à prester la jouissance au preneur, et si ce dernier acquitte la *merces* convenue? Le bail dans ce cas, répondent les jurisconsultes romains, continuera par tacite-reconduction. Cette solution est sanctionnée par notre Droit français (C. N. art. 1776).

La tacite-reconduction n'est pas la continuation de l'ancien contrat, c'est un nouveau contrat qui se forme ; seulement, dans ce cas, les parties sont dispensées de manifester leur consentement, la loi le présume. Il suit de là, qu'à l'arrivée du terme, les parties doivent réunir les conditions ordinaires de capacité. Si le bailleur était absent, s'il était tombé en démence et qu'il n'eût pas de curateur, la tacite-reconduction ne pourrait se produire (1). Les cautions et les hypothèques consenties par des tiers lors du premier contrat ne s'appliquent point au second (2). Pour que ces engagements soient maintenus, le consentement des tiers est indispensable, et le concours de volontés étrangères ne peut en rien le remplacer (3). Les garanties fournies par le preneur, au contraire, seront toujours les mêmes, la reconduction opère tout à la fois sur le consentement et sur les premières conventions.

Quelle sera la durée assignée au nouveau contrat? La loi 13 § 11 (*de locati conducti*) répond à cette question.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 14.

(2) Dig., liv. XX, tit. 1, loi 5, § 2.

(3) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi XIII, § 11.

S'il s'agit d'un bail à ferme, la tacite-reconduction n'aura lieu que pour l'année qui suit l'expiration du bail ; ici donc le doute n'est pas possible; quelle que soit la durée assignée au premier bail, cinq ans, trois ans, deux ans, la reconduction sera annale. Mais s'il s'agit du louage des *prædia urbana*, cette même loi ajoute: « *In urbanis autem prædiis, alio jure utimur, prout quisque habaverit ita et obligatur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.* » Il ressort clairement de la dernière phrase de cette loi que si les parties avaient, lors de leur première convention, rédigé un bail écrit, la tacite reconduction opérerait pour le même laps de temps que celui qui avait été précédemment convenu. Mais comment faut-il entendre le « *prout quisque habaverit ita et obligatur ?* » de la première partie de la loi.

Presque tous les auteurs enseignent que le locataire n'est obligé de payer le loyer que pour le temps qu'il habite, c'est le sens qui ressort en effet de la traduction littérale. Nous hésitons à admettre cette solution, qui met le propriétaire à la merci du locataire ; ce dernier en effet peut quitter les locaux du soir au lendemain et il se trouve entièrement libéré par le paiement de la *merces* proportionnelle au laps de temps échu. Mais ce qui est vrai pour le propriétaire doit l'être aussi pour le locataire ; le locateur peut sommer le preneur d'avoir à quitter la maison qu'il habite du soir au lendemain, il peut le contraindre *manu militari*. De pareils résultats nous semblent trop rigoureux et, partant, inadmissibles. Nous pensons qu'il est plus rationnel, plus conforme à l'esprit général du droit romain de dire : que les paiements des

loyers se faisant ordinairement par pactes par termes convenus, le « *prout quisque habitaverit* » fait allusion à un terme échu. Avec cette interprétation il ne peut plus être question de surprises, les parties ont pu prévoir ce qui leur arrive et dès lors il leur importait de se prémunir. Nous dirons en résumant que si les parties ont rédigé un bail écrit, la reconduction opèrera pour une période égale à la première, et que, dans le cas contraire, chaque pacte pourra donner congé (1).

3° L'extinction du droit que le locateur avait sur la chose louée, est une cause qui met fin au contrat de louage. Si le preneur a traité, par exemple, avec un usufruitier, pour une période de cinq années, et que ce dernier vienne à mourir avant l'arrivée du terme convenu, le contrat de louage est éteint, le preneur doit payer une fraction de la *merces* proportionnelle au laps de temps écoulé et il ne sera pas fondé à venir réclamer une indemnité. La mort de l'usufruitier est assimilée par les jurisconsultes romains à la perte de la chose par cas fortuit. En traitant avec un usufruitier, le preneur sait très bien ce à quoi il s'expose, il connaît la position précaire de son bailleur, il n'a plus dès lors aucun juste motif de réclamation à formuler. Nous devons ajouter, cependant, que si, lors de la formation du contrat, l'usufruitier s'était

(1) Glück, t. XVIII, p. 288, enseigne qu'il n'y a pas à distinguer entre le bail écrit et celui qui ne l'est pas; que ces expressions : *nisi in scriptis certum tempus*, etc., signifient : à moins qu'une convention n'ait fixé le temps de la tacite-reconduction : de sorte qu'il n'y a pas à s'occuper du point de savoir si le bail est constaté par écriture, et le temps déterminé doit se référer, non pas à la location, mais à la reconduction.

présenté comme véritable propriétaire, le preneur serait reçu dans ce cas à intenter contre les héritiers du bailleur l'*actio conducti* à l'effet d'obtenir une indemnité (1). Si un fonds dotal avait été loué par le mari, le divorce prononcé, le locataire pourrait demander des dommages, car c'est par la faute du mari que le louage n'est pas maintenu. Rien n'empêche la femme de maintenir le contrat de louage fait par son mari, et alors interviendront entre époux des stipulations particulières (2).

4° Le contrat de louage est dissous, par la perte ou la destruction de la chose louée, les actions seules subsistent à l'effet de poursuivre et d'atteindre ceux à qui cette perte doit être imputée.

5° La sentence du juge rendue sur la poursuite intentée par l'une des parties, peut être une cause d'extinction du contrat. Parmi les causes nombreuses qui peuvent amener ce résultat, nous pouvons indiquer les principales sur lesquelles nous reviendrons bientôt : inexécution des conventions, abus de jouissance, nécessité de faire des réparations de gros entretien, etc. Mais si, par exemple, la reconstruction de la maison louée n'était nullement justifiée, si elle résultait du caprice ou de la simple fantaisie du propriétaire, il devrait être condamné à payer au preneur une indemnité, calculée sur le préjudice qu'il lui occasionne (3).

6° La confusion pourrait encore entraîner l'extinction

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 9, § 1er.

(2) Dig., liv. XXIV, tit. 3, loi 25, § 4.

(3) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 60.

du contrat de louage : par exemple, si le locataire devenait l'héritier du propriétaire ou réciproquement.

SECTION II.

CAUSES D'EXTINCTION PARTICULIÈRES AU CONTRAT DE LOUAGE.

En commençant l'étude des causes d'extinction particulières au contrat de louage, nous devons dire tout d'abord que : la mort des parties contractantes n'est pas une cause d'extinction du contrat, à la condition toutefois qu'elles laissent des héritiers continuateurs de leur personne. Il en serait autrement si les contractants ont fait dépendre la durée du bail de la volonté de l'un d'eux ; la mort de celui à la volonté duquel l'existence du contrat est subordonnée y met fin, puisque, désormais, il ne peut plus manifester sa volonté (1).

1° La plus importante des causes d'extinction particulière du contrat de louage, résulte de la vente, du legs ou de la donation de la chose louée. Si la chose, objet du contrat, a été vendue, léguée ou donnée, si en un mot elle a été transférée à un successeur à titre particulier du bailleur, le contrat de louage est dissous, et le preneur devra se contenter de réclamer une indemnité au *locator* ; il peut, en effet, être expulsé d'un moment à l'autre, il

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 4.

est à la merci de l'ayant-cause de son bailleur. Comme nous l'avons déjà dit plus haut, ce résultat s'explique par l'effet même du contrat de louage, qui n'affecte la chose louée d'aucun droit réel, et qui produit seulement une action personnelle réciproque. Le preneur n'aura donc aucun moyen pour forcer l'acheteur ou le donataire à respecter une convention à l'exécution de laquelle ils ne sont tenus ni *ex re*, puisque la chose n'est grevée d'aucun droit réel, ni *ex persona*, puisqu'ils n'ont pas été parties au contrat de louage. Le preneur expulsé, ne pourra qu'intenter l'*actio conducti* contre le bailleur ou son héritier pour obtenir une indemnité ; si parfois et exceptionnellement la loi lui accorde le droit de rétention, ce n'est pas en vertu des droits que lui donne le contrat, mais à raison d'une créance que le locataire peut avoir acquise contre le propriétaire à l'occasion de la chose, objet du contrat, par exemple, pour les impenses faites à la chose.

Le preneur ne peut, en général, s'opposer à la mise en possession du successeur à titre particulier du bailleur ; s'il opposait une résistance, il serait soumis à l'interdit *unde vi*, et forcé par ce moyen à quitter les locaux qu'il occupe. Si le successeur est un légataire et qu'il soit devenu propriétaire, par le seul effet de son titre il exercera son droit contre le locataire par la revendication ; si, au contraire, il n'est pas encore propriétaire, il demandera la tradition à son auteur, son vendeur, son donateur, ou à leurs héritiers ; ces derniers l'enverront en possession et le preneur devra se retirer.

Mais il arrivait le plus souvent que, pour éviter les

poursuites du preneur et pour se soustraire à l'*actio conducti*, le bailleur convenait avec l'acheteur ou le donataire que la convention serait respectée, et que le preneur serait maintenu paisiblement dans l'exercice de son droit jusqu'à l'arrivée du terme assigné à la durée du contrat. Mais ne pourrait-on pas faire une objection contre cette pratique, et prétendre que cette stipulation intervenue entre le bailleur vendeur et son acquéreur est une stipulation nulle, parce qu'elle est faite dans l'intérêt d'un tiers, le locataire? Cette objection ne serait que spécieuse. Toute stipulation dans l'intérêt d'un tiers est nulle, mais lorsque le stipulant n'a aucun intérêt à la stipulation ; ici, le bailleur stipulant a un grand intérêt à ce que la stipulation soit exécutée par l'acquéreur, puisqu'il peut être poursuivi par le locataire, par l'*actio conducti* (1).

Dans l'hypothèse de cette convention spéciale, le preneur restera donc locataire malgré la vente, et le contrat de louage sera opposable à l'acquéreur.

De même si le bailleur, en vendant le bien loué, avait cédé au locataire les actions dérivant du contrat de louage, on interpréterait cette cession dans le sens du maintien du contrat de louage par l'acquéreur.

Dans ces deux hypothèses, on se demande si le locataire a le droit d'abandonner le bail, on l'a soutenu, et dans ce sens l'on dit : l'acquéreur peut chasser le locataire, donc le locataire doit avoir le droit d'abandonner la chose louée. Nous n'acceptons pas cette opinion : qu'importe au locataire le changement de propriété de la chose

(1) Dig., liv, XIX, tit. 2, loi 25, § 1er.

louée, le bail doit continuer ; sans doute le preneur peut être chassé, mais n'a-t-il pas pour se protéger l'*actio conducti*, et l'on ne voit pas pourquoi on donnerait au locataire le droit d'abandonner le bail, par cela seul qu'il y aurait eu vente de la chose louée.

Le preneur d'un bien du fisc (1) est et reste fermier malgré la vente, et l'acheteur est tenu de respecter le bail ; le fisc veut éviter la poursuite en indemnité que le preneur pourrait intenter contre lui.

Un pacte de *non alienando* était intervenu entre le bailleur et le preneur, dans le cas de vente de l'immeuble loué, on se demande si ce pacte est opposable aux futurs acquéreurs de l'immeuble. Nous n'hésitons pas à répondre d'une manière négative, et nous croyons notre solution plus conforme aux principes du Droit romain. En effet, le locataire n'a qu'un droit personnel, donc ce droit n'est pas opposable aux tiers acquéreurs. Or le pacte de *non alienando* peut-il avoir pour effet de modifier le droit du preneur, et de droit personnel qu'il était, en faire un droit réel ? cela n'est pas soutenable.

Cependant on a fait une objection contre cette solution : le pacte *de non alienando*, en matière de gage, est opposable aux tiers acquéreurs ; pourquoi ne pas admettre la même solution en matière de louage? Il est facile de répondre que le créancier gagiste a intérêt à la non aliénation, car alors il est sûr d'être le premier créancier sur la chose, et s'il y avait aliénation il pourrait avoir à subir le concours d'autres créanciers ; ici le fermier n'a

(1) Dig., liv. XLIX, tit. 14, loi 50.

pas cet intérêt, le pacte *de non alienando* n'a donc pu faire naître qu'un droit de créance, non opposable aux tiers acquéreurs.

2° La loi 3, au Code, *de locato conducto*, indique une cause d'extinction du contrat de louage, d'une nature et d'un caractère tout particulier. Après avoir reproduit ce que nous avons déjà vu dans plusieurs textes, c'est-à-dire que le locataire qui paye exactement la *merces* promise ne peut être expulsé, cette loi ajoute : « *nisi propriis* « *usibus dominum eam necessariam esse probaverit* » *domum*. » Il résulte de ce texte que, si le *locator* établit que la maison louée lui est devenue indispensable, il a le droit d'en expulser le locataire. Ce droit exorbitant doit être entendu dans le sens restrictif, et ne doit pas être étendu des maisons au fermage des biens ruraux. Il faut remarquer de plus que, pour exercer ce droit, le locateur doit y être forcé par la nécessité, c'est donc à lui qu'incombera la preuve.

3° La non exécution des obligations contractées par le preneur peut amener aussi la résolution du contrat de louage. Payer la *merces* convenue est bien certainement la principale obligation du preneur ; s'il ne l'exécute pas, le locateur pourra l'expulser. Mais quel sera le délai accordé au locataire ? Certains auteurs pensent que cette question était controversée. Ils disent que quelques jurisconsultes romains voulaient accorder au locataire un délai de deux ans, que d'autres pensaient, au contraire, que si le preneur ne payait pas à l'échéance convenue, il pouvait être immédiatement expulsé. Nous hésitons à admettre cette dernière interprétation.

La loi 3 au Code, qu'invoquent les auteurs qui enseignent ce second système, n'est nullement concluante : « *Æde quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, invitam te expelli non oportet* ». Comment tirer de cette loi la conséquence que celui qui est mis en demeure de payer peut être immédiatement expulsé? Et d'ailleurs n'avons-nous pas deux textes formels du Digeste qui accordent au locataire un délai de deux ans? La loi 54 § 1er et la loi 56 sont formelles ; on serait obligé de soutenir que ces deux textes ne visent que des cas spéciaux, ce qui n'est pas admissible.

4° Si le preneur abusait de la chose louée, s'il employait, par exemple, une maison à un usage auquel elle n'était pas destinée, si le fermier négligeait la culture du fonds (1), dans ces divers cas, non-seulement le bailleur pouvait faire résoudre le contrat, mais il pouvait encore faire condamner le preneur infidèle à lui payer des dommages.

Telles sont les principales causes d'extinction du contrat de louage ; nous avons déjà dit qu'en règle générale, le contrat n'était pas résolu par la mort de l'une des parties contractantes, que les actions et les obligations qui naissent du contrat passent aux héritiers, nous ne croyons pas utile d'insister plus longtemps sur ce point. Nous devons néanmoins, en terminant cet exposé rapide des causes d'extinction du contrat de louage, dire un mot de la position des parties après la déconfiture de l'une d'elles.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 55, § 2.

La déconfiture du bailleur ne peut mettre fin au contrat qui n'est pas entaché de fraude, tant que les créanciers envoyés en possession n'ont qu'un droit de surveillance ou d'administration. Mais s'ils ont le droit de vendre les biens de leur débiteur, le contrat de louage est résolu, et le *conductor* n'a plus que le droit d'intenter contre le *curator* une demande en dommages-intérêts; le *quantum* alloué au preneur sera colloqué dans le prix de distribution sur lequel il exercera son droit au marc le franc comme les autres créanciers chirographaires.

Dans le cas de déconfiture du preneur, ses créanciers peuvent continuer son bail, ils profiteront du gain que pouvait réaliser leur débiteur insolvable; s'ils prennent une autre décision, le bailleur, après avoir exercé son droit d'hypothèque tacite sur les meubles ou sur les récoltes du preneur, pourra encore, comme créancier chirographaire de son débiteur, concourir au marc le franc avec les autres créanciers du locataire et demander des dommages-intérêts pour la non-exécution du bail.

CHAPITRE V

DU LOUAGE D'INDUSTRIE.

A côté du louage de choses, nous trouvons le louage d'industrie que l'on peut définir : un contrat consensuel par lequel une partie s'oblige à faire un service déterminé pour le compte de l'autre et moyennant un prix fixé en argent. Ce contrat se subdivise lui-même en deux branches : ou bien l'une des parties s'oblige vis-à-vis de l'autre à un *opus perfectum*, ou bien seulement à fournir ses services ; de là, deux espèces de contrats de louage : la *locatio operis faciendi* et la *locatio operarum*. Nous devons faire, relativement à ces contrats, une observation générale : les conditions d'existence sont les mêmes que pour le louage des choses ; il faut le consentement des parties, un travail à exécuter, un service à prester (objet) et un prix fixé en argent. Relativement au second élément du contrat de louage, la *res*, le service à prester, l'objet à faire, nous trouvons une grave question, il nous est impossible de ne pas la résoudre au début même de la matière et avant d'entrer dans les détails. Cette question peut être formulée ainsi : quels services peuvent faire l'objet d'une *locatio operis faciendi* ou d'une *locatio operarum?* Nous trouvons, pour résoudre cette question, un texte important au titre : *De præscriptis*

verbis (1). Il nous paraît utile de le transcrire : « *At* » *cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet* » *puta ut tabulam pingas, pecunia data, locatio erit :* » *sicut superiore casu emptio : si res, non erit locatio,* » *sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest,* » *vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum,* » *quod locari non possit, puta, ut servum manumittas,* » ..... *condici ei potest, vel præscriptis verbis agi. Quod* » *his, quæ diximus convenit.....* »

Nous remarquons, d'après cette loi, que nous devons préciser avec soin deux hypothèses différentes : ou bien la chose à faire est de la nature de celles qui peuvent faire l'objet d'un contrat de louage, et dans ce cas il faut bien remarquer que le louage n'existera que tout autant qu'il y aura eu un *pretium* fixé en argent; car nous avons déjà vu que, pour exister, le louage demande une *merces;* ou bien c'est une chose qui jouera le rôle de *merces*, et alors ce ne sera plus un louage qui aura été contracté, mais au contraire un contrat innomé; ou bien la chose qu'il s'agit de faire ne peut faire l'objet d'un contrat de louage; nous aurons à étudier si, dans cette hypothèse, le contrat sera toujours innomé.

Reste donc à déterminer quels faits peuvent faire l'objet d'une *locatio operarum*, ou *operis faciendi?*

Pour qu'il y ait louage d'industrie, il faut que l'une des parties fournisse à l'autre une chose matérielle, et que celle-ci s'oblige à faire sur cette chose un service déterminé; et toutes les hypothèses dans lesquelles nous

(1) Dig., liv. XIX, tit. 5, loi 5, § 2.

trouverons la réunion de ces deux éléments : 1° une chose matérielle fournie par l'une des parties; 2° travail sur la chose, nous aurons un contrat de louage.

Cette théorie romaine n'est confirmée expressément par aucun texte du Digeste, mais elle nous paraît résulter du rapprochement de plusieurs décisions des jurisconsultes romains; nous allons les parcourir rapidement.

La loi 5, § 2, *De præscriptis verbis* (1), et la loi 5, *Condictione causa data, causa non secuta* (2), supposent que l'on a donné un esclave à quelqu'un qui est chargé de l'affranchir, et les textes répondent qu'il n'y a pas louage d'industrie : le fait d'affranchissement que l'on promet n'est pas donc la matière du contrat de louage; de même, si l'on avait donné à quelqu'un de l'argent pour lui faire faire le voyage de Capoue, il n'y aurait pas louage; le dernier texte que nous venons d'indiquer, en effet, donne à celui qui a promis le voyage, la *condictio ob pœnitentiam*; et il est universellement reconnu que, dans les contrats, il n'y a jamais lieu à la *condictio pœnitentiæ*. On a voulu expliquer ces textes de la manière suivante : pour qu'il y ait louage d'industrie, celui qui promet son fait, doit fournir un fait qui exige une certaine habileté; or, ici, l'affranchissement de l'esclave, le voyage à Capoue, n'exigent de la part de celui qui s'oblige aucune habileté particulière. En outre, fait-on remarquer, le contrat qui est intervenu n'enrichira en

(1) Dig., liv. XIX, tit. 5.
(2) Dig., liv. XII, tit. 4.

rien la partie au profit de laquelle il est intervenu ; or, le but du contrat de louage, au contraire, c'est de procurer un avantage à l'autre partie.

Cependant, nous devons faire remarquer qu'aucun de ces points de vue ne pourrait servir à une théorie générale : il n'est pas vrai, en effet, qu'il y ait contrat de louage, par cela seul que celui qui rend le service, apporte à l'exécution de ce service, une habileté particulière, car les médecins, les avocats qui promettent leurs services ne font pas, pour cela, un contrat de louage. Les Romains, en effet, leur donnent le droit de poursuivre le paiement de ce qui leur est dû au moyen d'une *cognitio extraordinaria* et non pas par l'*actio conducti* (1).

Il peut y avoir louage, bien que rien ne soit entré dans le patrimoine du *locator*, par exemple, dans l'hypothèse de transport de marchandises, il y a louage, bien que la marchandise ait diminué de valeur (2).

Notre théorie, au contraire, ressort clairement de plusieurs textes du Digeste : *Pomponius*, livre 9 *ad Sabinum* (3), s'occupe de la différence qu'il peut y avoir entre la vente et le louage et il s'exprime ainsi : « *Sabinus* » *respondit si quam rem nobis fieri velimus etiam, veluti* » *statuam vel vas aliquod, seu vestem ut nihil aliud,* » *quam pecuniam daremus, emptionem videri : nec posse* » *ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab*

(1) Dig., liv. L, tit. 13, loi 1 et 10.

(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 11, § 3, loi 25, § 7.

(3) Dig., liv. XVIII, tit. 1, loi 20.

» *eo, cui id fieret : aliter, atque si aream darem, ubi* » *insulam œdificares, quoniam tunc a me substantia* » *proficiscitur.* » *Javolenus*, à la loi 65 du même titre, s'occupe comme Pomponius des rapports que peuvent présenter entre eux le louage et la vente, et comme différence ils nous indiquent le point suivant : la vente exige qu'une chose passe du patrimoine de l'un chez l'autre, moyennant un prix (v. surtout la loi 65) (1); dans le louage la chose est fournie par l'une des parties, qui en conserve la propriété : *substantia ab uno proficiscitur* (loi 20 ou loi 65. « *Totiens conductio alicujus rei est, quotiens materia, in quo aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet.* » Notre théorie va nous fournir l'explication de deux points importants de la législation romaine.

I. Gaius nous apprend que lorsque l'on donnait à un orfèvre de l'or pour en fabriquer des bijoux déterminés, l'opération était un louage ; mais qu'il y avait controverse pour déterminer la nature du contrat, lorsque l'on donnait une certaine somme à un orfèvre, qui s'obligeait à faire des bijoux. D'après une première opinion, on décomposait le contrat ; l'orfèvre vend les lingots et il y a louage pour la confection des bijoux. Mais cette opinion n'avait pas triomphé, et on considérait l'opération comme constituant une vente véritable (2). Pourquoi n'y-a-t-il pas louage? parce que l'on ne peut pas dire que celui qui a commandé les bijoux ait fourni la matière nécessaire à leur confection, rien n'est sorti de son patrimoine.

(1) Dig., liv. XVIII, tit. 1.
(2) Inst., liv. III, tit. 25, § 4.

II. Notre théorie nous offre encore l'explication d'une particularité que présente le contrat de louage *operis faciendi*, quant à la terminologie.

Dans le contrat de *locatio rerum*, on appelle *locator* : celui qui donne en jouissance une chose, et *conductor* celui qui la reçoit ; mais quelle terminologie va-t-on employer dans le cas de *locatio operis faciendi* ? Il semble que l'on devrait nommer *locator* celui qui fait sur la chose d'autrui les services promis, et *conductor* celui qui va profiter de ces services, mais il n'en est rien : les textes appellent *conductor* celui qui preste ses services et *locator* celui qui les reçoit. Comment peut-on expliquer l'emploi de ces termes ? Certains auteurs ont donné l'explication suivante ; la vente et le louage sont soumis à des règles identiques ; or en matière de louage, de même qu'en matière de vente, on appliquait indistinctement les mots *locator*, *conductor*, *emptor* et *venditor* à chacune des parties (1).

Nous admettons, bien que dans quelque hypothèse l'on ait employé les termes *locator* et *conductor*, mais ici nous nous trouvons en face d'une règle générale, tandis que, dans le louage des choses, celui qui reçoit la chose en jouissance s'appelle *conductor*, celui qui reçoit les services d'autrui s'appelle, dans la *locatio operis faciendi*, *locator*.

Peut-être pourrait-on expliquer historiquement cette anomalie ; probablement que, dans les premiers temps de Rome, le louage des choses était seul connu, mais bien-

(1) Dig., liv. XIX, tit. 1, loi 19 et 20.

tôt on voulut étendre les principes qui régissaient le louage à d'autres opérations qui s'en rapprochaient, et l'on créa, à l'imitation du louage des choses, le louage d'industrie ; mais ce louage n'était possible, nous l'avons établi, que lorsque les services portaient sur une chose matérielle appartenant à celui qui recevait les services ; par imitation de la *locatio rerum*, l'on suivit dans notre hypothèse une terminologie analogue à celle qui était suivie dans le louage des choses, et on appela *locator* celui qui procurait la chose matérielle, et *conductor* celui qui fournissait les services. On pourrait encore dire que les Romains avaient considéré l'entreprise comme un tout indivisible, et qu'ainsi ils ont appelé *conductor* celui qui promet de faire le travail, et *locator* celui qui met l'entreprise à la disposition de l'autre partie.

SECTION PREMIÈRE.

LOCATIO OPERIS FACIENDI.

Il y a *locatio operis faciendi* toutes les fois qu'une personne (*conductor*) s'oblige vis-à-vis d'une autre (*locator*) à faire un ouvrage déterminé ; pour que ce contrat puisse exister, il faut nécessairement que la chose matérielle sur laquelle porte le service, ait été fournie par celui qui reçoit le service (*locator*).

Et quel sera le contrat intervenu entre les parties dans

l'hypothèse où l'on reçoit les services, et où l'on ne fournit pas la matière ? Par exemple, l'on charge un bijoutier de faire des bijoux, et il doit fournir la matière nécessaire ; certains jurisconsultes disaient : si celui qui fait faire les bijoux avait fourni la matière, le contrat intervenu serait évidemment un contrat de louage d'ouvrage : or, ne peut-on pas analyser l'opération intervenue entre les parties en deux opérations distinctes ? L'une des parties a acheté les lingots, et puis fournissant cette matière au vendeur, elle a chargé ce dernier de faire des bijoux ; il y aurait donc, d'après cette solution, deux opérations distinctes : une vente et une *locatio operis faciendi* ; mais n'était-ce pas aller contre la volonté présumée des parties, qu'interpréter ainsi cette convention ? Evidemment, en dédoublant cette convention, on n'en tenait aucun compte, et en voici la preuve : une personne va chez un bijoutier, elle veut acheter des bijoux, il est évident que si elle trouve des bijoux qui lui conviennent, elle les achètera, mais ils ne lui conviennent pas ; quelle convention intervient alors entre le bijoutier et l'acquéreur : faites-lui, dit ce dernier, des bijoux de telle et telle façon, et je vous les achèterai ; or, ne serait-ce pas aller contre la nature même des choses que de voir dans cette opération une vente et un louage d'industrie ? il faut, au contraire, n'y voir qu'une vente d'un objet non encore façonné, et, par suite, une vente conditionnelle, sous la condition que l'objet sera façonné au goût de l'acheteur. Nous verrons bientôt la différence des conséquences de ces deux théories, lorsque nous traiterons la question des risques.

Une chose doit être fournie à l'ouvrier pour qu'il y ait *locatio operis* ; l'on peut très bien convenir cependant, lorsqu'on fournit la matière principale qui doit servir à faire le travail, que l'ouvrier qui fournit ses services fournira la matière accessoire, et la convention intervenue entre les parties ne laisse pas cependant que d'être une *locatio* (1) : « *Cum insulam ædificandam loco,* » *ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem* » *quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est :* » *locat enim artifex operam suam, id est faciendi neces-* » *sitatem.* »

La question la plus importante à étudier de notre matière est la question des risques.

Pour bien comprendre les décisions des jurisconsultes romains, plusieurs distinctions sont nécessaires : ou bien l'ouvrier s'engage à exécuter un *opus perfectum*, ou bien à faire un travail à tant la mesure.

Dans le premier cas, il est certain que l'obligation de l'ouvrier ne sera remplie que lorsque l'ouvrage complètement achevé aura été agréé par le propriétaire : par exemple, on avait stipulé la construction d'une maison, l'ouvrier n'aura droit au salaire que lorsque la maison aura été agréée : « *Opus quod aversione locatum est, donec* » *adprobetur, conductoris periculo est* (2). » Cette solution est très rationnelle : l'ouvrier a promis la construction de la maison, et le propriétaire du fonds ne doit le salaire à l'ouvrier que tout autant que la maison a

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 22, § 2.

(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 36.

été reçue et agréée par lui ; mais il faut appliquer ici les principes généraux : si le maître avait par son fait retardé la réception de la maison, et qu'il fût en demeure d'agréer le travail, la perte arrivée serait alors à sa charge, car l'ouvrier est libéré de toute obligation par la livraison de l'ouvrage promis.

Faut-il dire, d'une manière absolue, que toute perte de l'objet avant la livraison sera à la charge de l'ouvrier? Le commencement du texte semble bien comporter cette décision, mais la fin vient corriger ce que cette partie avait de trop rigoureux : « *Si tamen vi majore prius* » *interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est* : » *nisi si aliud actum sit, non enim amplius præstari* » *locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera* » *consecutus est.* »

Mais comment faut-il concilier la fin de ce texte avec le commencement ; voici, d'après nous, la pensée du jurisconsulte romain : l'ouvrier a entrepris la construction d'un édifice, son obligation n'est complètement remplie que lorsqu'il a fourni un édifice agréé par le maître du sol. L'édifice est détruit avant l'approbation, mais déjà il était complètement achevé ; l'ouvrier n'a pas rempli toutes ses obligations, il doit, en règle générale, supporter la perte. Cependant, il va être bien difficile d'établir la véritable cause de la perte ; est-ce par un vice du sol, par un cas fortuit, que l'accident est arrivé? est-ce, au contraire, par un vice de construction? Que dans le second cas l'ouvrier supporte la perte, rien de plus juste ; mais pourquoi, dans le premier cas, mettre la perte à sa charge? Ne serait-ce pas traiter le propriétaire

du sol plus favorablement que s'il eût entrepris lui-même sa construction? Aussi le jurisconsulte Florentinus décide-t-il que la perte est en principe pour l'entrepreneur, que cependant cette perte pourra être pour le propriétaire du sol, si le constructeur prouve qu'elle est arrivée par cas fortuit. « *Non enim amplius præstari* » *locari oporteat, quam quod sua cura et opera consecutus* » *esset* (1). » Le motif de cette décision est fondé sur les soins que l'entrepreneur a apportés à la construction de l'édifice, il a fait tout ce qu'il était possible de faire, la construction était irréprochable, sa responsabilité doit être mise à couvert; cette perte doit être supportée par le propriétaire du sol, car s'il eût lui-même entrepris la construction, quelque soin qu'il y eût apporté, il n'aurait pas évité cette perte. L'entrepreneur répond donc de la perte arrivée avant la réception des travaux, à moins qu'il ne prouve que l'*opus perfectum* a été détruit par cas fortuit; dans ce cas, il y aurait présomption en sa faveur, l'édifice serait censé avoir été construit dans les règles de l'art, mais cette présomption en faveur de l'ouvrier peut toujours tomber par la preuve contraire, et le propriétaire du sol qui voudra s'exonérer de l'obligation de supporter la perte, n'aura qu'à prouver le vice de construction (2). « *Si prius quam locatori opus probaretur, vi* » *aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem* » *ita pertinet, si tale opus fuit ut probari deberet.* »

Nous avons posé en principe que la perte arrivée pen-

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 36.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 37.

dant l'entreprise était à la charge de l'ouvrier ; il a entrepris, disions-nous, un *opus perfectum*, il ne sera donc libéré qu'en fournissant cet *opus*. Cette solution est confirmée au Digeste par une loi de notre titre (1). On suppose qu'un entrepreneur de transport s'était obligé à transporter des marchandises à un certain endroit : le fret, dit le texte, ne lui sera dû que si la marchandise arrive au lieu de destination : le navire vient-il à périr avant d'arriver au port, rien n'est dû pour le fret, et s'il a été payé, on pourra le répéter. Cette décision dictée par l'équité nous paraît conforme aux principes du contrat de louage. Pourquoi en effet le propriétaire de la marchandise paierait-il une partie du fret alors qu'il n'a retiré aucun avantage de ce transport, mais nous pensons que si le chargeur avait tiré un avantage quelconque de la partie du voyage exécuté, et en général toutes les fois que le *locator* aura tiré un avantage quelconque du travail effectué même en partie, il faudra reconnaître que la perte sera mise à la charge du *locator* (2). « *Marcius domum faciendam a Flacco con-* » *duxerat, deinde operis parte effecta, terræ motu concus-* » *sum erat ædificium. Massurius Sabinus, si vi naturali,* » *veluti terræ motu hoc accidisset Flacci esse periculum.* » Marcius avait entrepris une construction pour le compte de Flaccus ; la perte arrivée par cas fortuit pendant les travaux sera supportée par Flaccus, autrement ce dernier s'enrichirait aux dépens de l'entrepreneur, puisque les matériaux deviendraient sa propriété.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 15, § 6.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 39.

L'entrepreneur s'était chagé d'un *opus perfectum*, mais à tant la mesure. Ici, au fur et à mesure que les parties convenues sont exécutées, le locataire remplit ses obligations, et la chose passe immédiatement aux risques du *locator* qui en devient propriétaire; toute perte dans ce cas arrivée par cas fortuit est à la charge du *locator*, sans que l'entrepreneur ait à faire aucune espèce de preuve. Si au contraire il n'y avait pas eu stipulation de mesure, la perte pourrait bien être à la charge du propriétaire comme dans l'hypothèse de la loi 59, mais l'entrepreneur serait tenu de prouver le cas fortuit.

La solution pour les ouvrages à la mesure ressort du fragment 36 (1) : « *quod verò ita conductum sit, ut in pedes, mensuras ve præstetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit* ; » et ici, comme dans l'hypothèse de l'*opus perfectum*, si le propriétaire était en demeure de faire mesurer, les cas fortuits seraient à sa charge : « *et in utraque causa nosciturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur, vel admetiatur* » (2). Cela nous conduit à admettre que le *conductor operis faciendi* n'a pas à demander de dommages-intérêts au locateur dans le cas où l'obligation est devenue impossible, mais le *conductor operis* aurait droit à une indemnité dans l'hypothèse où le *locator* aurait, par son fait ou par sa faute, empêché la prestation du travail promis.

Nous avons dit qu'il y avait intérêt, au point de vue

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2.

(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 36.

des risques, à distinguer les hypothèses de louage d'industrie et de vente. En effet, dans la vente, la perte arrivée par cas fortuit est supportée par l'acquéreur, et nous venons d'établir que, dans la *locatio operis*, la perte était pour le *conductor*, et qu'il ne pouvait s'en exonérer qu'en prouvant le cas fortuit.

Restreinte à ces termes, cette solution ne nous paraît pas exacte ; et nous pensons que, même dans ce cas, il n'y a aucune différence au point de vue des risques : car, s'il y a vente, il faut reconnaître que la vente est conditionnelle, sous la condition que les objets seront façonnés, et, par suite, tant que les objets ne sont pas exécutés, la condition ne se réalise pas, et les risques arrivés *pendente conditione* seront à la charge du vendeur.

La *locatio operis faciendi* a pour objet principal : la confection d'un ouvrage déterminé, d'un *opus perfectum* complet, considéré dans son ensemble ; d'où la conséquence que les parties en général n'ont pas pris en considération la personne qui exécuterait le travail ; et par suite l'entrepreneur peut faire exécuter par une autre personne le travail qu'il a entrepris ; il en serait autrement si on avait eu en vue en donnant l'entreprise l'habileté particulière de l'ouvrier (1). De même si les parties ne se sont pas préoccupées de la plus ou moins grande habileté de l'entrepreneur, il faut admettre que le contrat *operis faciendi* ne peut pas prendre fin par la mort du *conductor* : l'obligation par lui prise de faire *l'opus perfectum* passe à

(1) Dig., liv. 46, tit. 3, loi 31, et id. liv. XIX, tit. 2, loi 48.

ses héritiers continuateurs de sa personne. L'obligation de l'entrepreneur de faire un *opus perfectum* est une obligation indivisible; les parties ont considéré *l'opus* comme un tout et, par suite, on peut demander *l'opus in solidum* à chacun des héritiers (1).

Aux *locationes operis* on applique les principes généraux en matière de prestation de faute ; le *conductor operis faciendi* doit apporter à l'exécution du contrat tous ses soins, et il est responsable vis-à-vis du *locator* de toutes les indemnités qui peuvent représenter l'intérêt que ce dernier pouvait avoir à la confection de l'ouvrage promis.

Relativement aux *locationes operis faciendi* particulières à l'entreprise de la construction des maisons dont beaucoup de textes se préoccupent, on condamnait l'entrepreneur à payer des dommages au *locator* toutes les fois qu'il ne s'était pas conformé aux plans que le propriétaire du sol lui avait fournis (2).

L'opus perfectum a-t-il pour objet le transport des marchandises, l'entrepreneur doit faire arriver la chose à l'endroit fixé par le contrat. Il doit supporter de plus tous les frais du voyage, au moins les frais prévus ou que l'on pouvait facilement prévoir et, par application de ce principe, on mettait à la charge de l'entrepreneur le passage des ponts s'il avait connu l'existence du pont et du droit de péage (3).

L'entrepreneur doit apporter à la conservation de la

(1) *Arg.*, Dig., liv. XXXV, tit. 2, loi 80, § 1er.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 3, et loi 60, § 3.
(3) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 60, § 8.

chose qui lui a été confiée les soins d'un bon père de famille, et par suite il ne répond pas des cas fortuits (1); cependant il serait responsable, même dans ce cas, de la perte de la chose, si l'on pouvait dire que le cas fortuit a été précédé d'une faute de sa part; par exemple, si l'entrepreneur de transport, après avoir chargé la marchandise sur le navire A, l'a fait mettre ensuite sur le navire B sans prévenir le maître de la marchandise; il commet dans ce cas une imprudence qui le rend responsable de la perte qui pourra survenir (2).

La solution que nous venons de donner ne devrait-elle pas être différente, dans l'hypothèse particulière prévue par la loi 34 (3). Dans ce texte, on suppose que plusieurs négociants ont chargé diverses quantités de blé sur le navire de Saufregus, et ce blé n'a pas été livré à l'entrepreneur du transport en sacs ou en tonneaux, de façon que Saufregus n'est pas débiteur vis-à-vis de chacun des chargeurs de tels ou tels sacs déterminés, mais d'une quantité de blé correspondante à la quantité par lui chargée; ici donc, le chargeur est devenu propriétaire, il est débiteur d'une chose de genre. Supportera-t-il la perte? Nous pensons que non, car s'il est vrai que le chargeur doit à chacun des négociants une certaine quantité de blé, on peut dire que le blé dû à chacun d'eux doit être pris sur le tas chargé sur le navire ou ailleurs. D'où la conséquence, que le transfert de propriété en

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 25, § 7.
(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 13, § 1.
(3) Dig., liv. XIX, tit. 2.

faveur du capitaine Saufregus n'a pas eu pour objet de le rendre débiteur d'une chose de genre, mais seulement de faciliter le chargement, sans se préoccuper du chargement fait par chacun des négociants en particulier.

SECTION II.

LOCATIO OPERARUM.

Dans l'hypothèse de *locatio operarum*, on ne promet plus au *locator* tel travail déterminé, mais des services en général; on se met plutôt à la disposition du *locator*, que l'on ne prend vis-à-vis de lui un engagement déterminé.

Le *locator operarum*, qui s'oblige à fournir ses services à une personne moyennant un prix fixé en argent, prend l'obligation de mettre ses facultés au service du *conductor* et de se consacrer à lui d'une manière complète.

Cependant cette obligation ne devait pas dégénérer en un véritable esclavage, et si on avait, pour toute sa vie ou pour une durée très-longue, engagé ses services, le Droit romain déclarait le contrat dénué de tout fondement (1). Mais faut-il dans cette hypothèse voir une nullité absolue, ou une nullité relative? Si l'on admet la première opinion, on donnera nécessairement aux deux parties le droit d'invoquer la nullité de l'engagement; si

(1) Dig., liv. XXXV, tit. 1er, loi 71, § 1.

la nullité n'est au contraire que relative, le serviteur seul pourra se dégager du contrat. C'est cette dernière opinion que nous admettons d'une manière absolue. En effet, pourquoi le Droit romain a-t-il annulé le contrat, comme contraire à la liberté? or, n'est-ce pas respecter suffisamment le principe de liberté que de permettre au serviteur de demander la nullité du contrat? Le maître, d'après nous, ne pourrait donc pas se dégager du contrat et il serait tenu indéfiniment. Par le même motif, nous pensons que le serviteur qui demande la nullité du contrat ne peut pas être condamné à des dommages-intérêts; ce serait, en effet, entraver la demande en nullité et maintenir ainsi le contrat indirectement que de mettre des dommages à la charge du serviteur.

Le serviteur doit au maître tous ses services; si donc, par sa faute, il se met dans l'impossibilité de les prester, il doit payer au maître une indemnité (1). Dans l'hypothèse de la loi 26, par exemple, c'est par la faute du serviteur que le second maître ne reçoit pas les services promis; d'où naît, pour le serviteur, l'obligation d'indemniser le maître.

Si c'est par suite d'un cas fortuit que le serviteur a été empêché de prester ses services au maître, il ne devra aucune indemnité, et le contrat de louage sera résolu; mais le serviteur peut se faire payer le salaire pour le temps pendant lequel il a fourni ses services, mais pas pour la totalité du temps promis; car nous avons dit sur le louage des choses, que les obligations résultant

(1) Liv. XIX, tit. 2, loi 26.

du contrat de louage sont réciproques, et si la *merces* est due, elle ne l'est qu'en retour des services prestés. Néanmoins, si le serviteur était à même de prester ses services, s'il s'était mis à la disposition du maître, la totalité du salaire lui serait due ; il n'a pas dépendu de lui de fournir ou non ses services et s'il ne les a pas prestés c'est la faute du maître. Cette solution est confirmée par la loi 38 (1) : « *qui operas suas locavit, totius temporis* » *mercedem accipere debet, si per eum non stetit quomi-* » *nus operas præstet.* »

Le contrat de louage étant de bonne foi, on doit toujours autant que possible respecter l'équité ; aussi faut-il rapprocher du texte ci-dessus la loi 19 (2). Sans doute le *locator operarum* pourra bien réclamer la totalité de la *merces* promise, mais s'il a été employé à un autre ouvrage, il devra tenir compte au maître de ce qu'il a pu gagner ailleurs : « *si eodem anno mercedes ab alio non accepisti,* » *fidem contractus impleri æquum est.* »

La *locatio operarum* suppose entre les parties contractantes une certaine confiance réciproque : les services ont été loués à cause peut-être de l'habileté, du caractère du serviteur : d'où la double conséquence qu'en l'absence de clause spéciale, la *locatio operarum*, à la différence de la *locatio operis*, n'admet pas la substitution de personnes, et que la mort du serviteur éteint l'obligation que la *locatio* avait fait naître. La mort du *conductor*, au contraire, du moins en général, ne produit pas cet effet.

(1) Dig., liv. XIX, tit. 2.

(2) Dig., liv. XIX, tit. 2, loi 19, § 9 *in fine*.

DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

DU LOUAGE D'INDUSTRIE.

L'art. 1708 du Code Napoléon nous apprend que l'on rencontre, en droit français, le louage des choses et le louage d'ouvrage ; nous nous proposons d'étudier les règles particulières de ce dernier contrat dans notre législation.

En droit romain, nous avons eu à présenter le résumé de la doctrine des jurisconsultes sur le contrat de louage ; l'ordre logique aurait voulu une étude particulière de ce contrat dans notre ancien droit Français, et l'on aurait eu ainsi sous les yeux l'histoire du contrat de louage depuis les premiers temps de Rome jusqu'à

nos jours. Cependant, nous n'avons pas cru devoir procéder ainsi, nous avons préféré présenter immédiatement la théorie française ; nous indiquerons sur chaque point spécial de notre travail, les règles de notre ancienne jurisprudence, et nous éviterons ainsi de tomber dans des redites que l'autre plan rendait inévitables.

« Le louage (d'industrie ou) d'ouvrage est un contrat « par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque « chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre « elles » 1710 C. N. Cette définition de notre code est remarquable ; elle établit une différence profonde entre l'ancienne théorie sur le contrat de louage d'industrie, et la théorie nouvelle.

En droit romain nous avons vu que l'on considérait comme locateur : celui qui fournissait à l'ouvrier la matière à travailler, et l'ouvrier était le locataire.

Cette théorie ancienne peut jusqu'à un certain point se justifier en Droit romain, mais on n'aurait pas compris qu'elle eût été acceptée par les rédacteurs du Code Napoléon. La théorie romaine considère l'ouvrier comme locataire. Cette idée nous paraît en contradiction flagrante avec la nature même des choses ; le locataire est celui qui jouit d'une chose. Or, l'ouvrier au lieu de jouir du contrat de louage est celui qui fournit son travail, son industrie ; d'un autre côté, le locataire fournit au *locator*, en échange de la jouissance qu'il se propose de retirer de la chose louée, une *merces* fixée en argent ; or, ici non-seulement l'ouvrier ne fournit pas la *merces*, mais au contraire il la reçoit. Et, en outre, si l'on veut avec la théorie romaine considérer le propriétaire de la chose

comme locateur, parce qu'il fournit la *res*, c'est que cette chose est l'objet du contrat, mais alors il n'était pas nécessaire de distinguer le louage d'industrie du louage des choses, puisque l'objet était le même. Le système enseigné par les jurisconsultes romains doit être considéré comme une erreur; il est, en effet, contraire à la nature même des choses : si le contrat de louage des choses a pour objet la jouissance d'une chose déterminée, le louage d'ouvrage ou d'industrie a pour but immédiat, l'industrie elle-même, industrie de l'ouvrier qui devra s'exercer sur une chose déterminée. Mais cela empêchera-t-il que l'industrie soit l'objet du contrat? Evidemment non, et si l'industrie est l'objet du contrat, il faut reconnaître forcément et contrairement à la théorie romaine, que le locateur est l'ouvrier, et que le propriétaire de la chose sur laquelle l'industrie s'exerce est le locataire.

Cette solution est donc parfaitement fondée, et en présence de la modification que l'art. 1710 a subie à la demande du tribunat, nous devons reconnaître que la théorie romaine est définitivement abandonnée.

Le louage d'ouvrage n'existait, en droit romain, que tout autant qu'il y avait déplacement d'une certaine valeur, au profit d'une chose du *locator operis*. En dehors de cette hypothèse, on reconnaissait non plus un contrat de louage mais un contrat innomé, d'une nature particulière et garanti par une *cognitio extraordinaria*. En droit français une question analogue se présente à nous, on peut la formuler ainsi : existe-t-il une théorie, au moyen de laquelle on puisse déterminer à *priori* les cas dans les-

quels il y aura louage d'industrie ? La difficulté naît du rapprochement des art. 1710 et 1984 du Code Napoléon. D'après le premier de ces textes, le contrat de louage existe, lorsqu'une personne s'oblige moyennant un prix fixé en argent à exécuter quelque chose pour l'autre, et l'art. 1984 dit qu'il y a mandat toutes les fois que l'une des parties a le pouvoir de faire quelque chose pour l'autre ; en ajoutant à cette dernière définition que le mandat n'est gratuit que de sa nature, et que les parties peuvent stipuler un salaire, il semble bien difficile de distinguer entre ces deux espèces de contrats.

La controverse est vive entre les auteurs, et cette question a donné naissance à trois systèmes principaux.

Dans une première opinion, on soutient que le mandat se distingue du louage en ce qu'il a pour objet, en général du moins, des faits non susceptibles d'estimation, et par suite la distinction entre le louage d'industrie et le mandat serait facile à établir : il y aurait louage d'industrie lorsque l'on pourrait apprécier en argent, l'affaire faite, l'industrie employée ; il y aurait mandat, lorsque les parties n'ont pas en vue un paiement, et qu'elles ont seulement voulu récompenser par l'honoraire, ceux qui ont fourni leurs soins à l'exécution du mandat.

D'après un second système, le caractère distinctif du mandat serait la possibilité de représenter autrui ; et, par suite, s'agit-il pour une personne de faire pour une autre une chose déterminée et moyennant un prix, il y aurait mandat, si l'une des parties devait représenter l'autre, agir en son nom, engager les tiers vis-à-vis d'elle ; au contraire, l'idée de représentation n'existe-t-elle

pas ; ce ne sera plus un mandat, mais un contrat de louage.

Ce système invoque en faveur de son opinion le texte même de l'art. 1984 dans lequel il est dit : « le mandat « est un acte par lequel une personne donne à une autre « le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en « son nom. » C'est dans ces derniers mots de l'article que les auteurs voient le caractère distinctif du mandat, la possibilité de représenter autrui, d'agir en son nom, de l'engager.

Enfin dans un troisième système, on indique pour le mandat un caractère distinctif différent : ce serait le pouvoir conféré à autrui de faire des actes juridiques. Sans doute nous reconnaissons bien que dans le mandat le mandataire représente le mandant, l'engage vis-à-vis des tiers ; mais en s'attachant à ce caractère, on attribue au mandat une sphère d'application trop étendue : par exemple, d'après ce système, celui qui charge un portefaix de lui arrêter une place à la diligence donnerait un mandat, puisque le portefaix le représente ; aussi, nous attacherons-nous à l'autre idée. Le mandat, d'après nous, n'existerait que lorsque l'on donnerait à quelqu'un le pouvoir de faire des actes juridiques. Ce système nous paraît plus conforme à la nature même des choses et aux textes du Code Napoléon ; c'est dans ce sens que nous interprêterions les mots de l'art. 1984 : « faire quelque chose pour le mandant et en son nom. »

Nous trouvons encore la confirmation de ce système dans les articles 1997 et 1998 du C. N. où il est question de pouvoirs plus ou moins étendus que le mandataire

peut avoir et des engagements qu'il peut prendre ; or, qui dit engagements suppose nécessairement des actes juridiques. Nous pouvons en outre invoquer en ce sens la tradition. Dans notre ancienne jurisprudence, on considérait que le caractère du mandat était la possibilité d'un acte juridique, et le Code Napoléon a voulu nécessairement consacrer cette doctrine. Rien, dans les travaux préparatoires du code, n'indique qu'il ait voulu l'abandonner ; et on peut en voir la consécration dans les art. 1988 et 1989 du C. N. Le législateur veut indiquer des hypothèses de mandat, et il prend pour exemple des actes juridiques à faire par la partie. Donc la démarcation, d'après nous, serait facile à établir entre le mandat salarié d'un côté et le louage d'ouvrage de l'autre, le premier ne se rencontrerait que lorsque quelqu'un recevrait le pouvoir de faire pour autrui des actes juridiques, et contrat de louage lorsqu'il s'agirait d'actes n'ayant pas ce caractère. Nous plaçons ainsi en dehors du contrat de mandat, les actes de professions libérales, et nous ne considérons pas comme exécutant un mandat, l'avocat qui fait une plaidoirie dans nos intérêts, le médecin qui soigne un malade, le professeur qui initie les élèves aux difficultés d'une science.

Mais puisque nous ne rangeons pas les actes de ces professions comme faisant l'objet d'un mandat salarié, devons-nous les considérer comme constituant un louage d'ouvrage ?

La question est très controversée entre les interprètes : les uns assimilent complètement l'obligation résultant des

professions libérales, à un véritable louage d'industrie (V. Duvergier, *traité du contrat de louage*).

Les autres considèrent les actes des professions libérales comme devant se rattacher au mandat salarié et produisant les effets de ce dernier contrat. D'autres, enfin, considèrent ces actes comme étrangers à toute idée de contrat. Les médecins, les avocats ne sont pas obligés à fournir les actes qu'ils ont promis, et s'ils peuvent, à l'occasion de leurs fonctions, être responsables vis-à-vis de leurs clients, ce ne serait que par application des articles 1382 et 1383 du C. N. Cependant, ont-ils promis leurs services, et leur a-t-on promis un honoraire, la loi sanctionne cette obligation et leur permet de réclamer l'honoraire promis. Mais les actes dépendant de ces professions ne peuvent pas par eux-mêmes faire l'objet d'une convention spéciale et, par suite, ne rentrent pas dans le contrat de louage d'ouvrage; dans l'ancien droit, d'ailleurs, on avait admis d'une manière absolue que les actes dépendants de professions libérales ne constituaient pas un louage d'industrie (V. Cujas).

Il nous est impossible de considérer comme rentrant dans la catégorie du mandat, les actes des professions libérales; mais devons-nous y voir un louage d'industrie? Nous n'hésitons pas un seul instant à admettre cette dernière interprétation.

Un point hors de controverse, c'est que dans notre opinion la liberté humaine reste souveraine, et bien que l'on décide qu'il y ait louage, dans l'office du médecin, de l'avocat, du professeur, etc., ces personnes pourront bien

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

ne pas prester les services promis ; mais il nous paraît résulter des textes mêmes du Code que ces actes ne peuvent faire l'objet d'un mandat, et alors ils rentrent dans les termes de l'art. 1778 et constituent de vrais louages de services. Nous ne pouvons pas admettre, en effet, que la solution à donner à la question puisse dépendre du point de savoir si le contrat doit donner naissance à un travail matériel ou non ; et que nous importe qu'une personne se charge de la confection d'un plan, d'un mémoire ou bien d'une plaidoirie ; est-ce que dans tous les cas, la personne ne fournit pas l'usage de son intelligence, et pourquoi y aurait-il une différence dans les deux cas ; un médecin soigne un malade, un avocat défend un client, un auteur promet une pièce ; dans tous ces cas il y a évidemment contrat, par suite les deux parties sont obligées, et il nous paraît insoutenable de venir prétendre que ces personnes puissent se dégager de leurs promesses : il y a eu contrat, concours de volonté, donc la partie qui manquera à ses engagements encourra l'obligation d'indemniser l'autre partie par des dommages-intérêts, et remarquons du reste que cette solution devrait être maintenue dans l'hypothèse de mandat, comme dans celle de louage d'ouvrage.

En résumé, nous formulons cette discussion dans les deux règles suivantes : le contrat de mandat n'existe que lorsque l'une des parties a reçu le pouvoir de faire pour l'autre des actes juridiques ; contrat de louage de services dans tous les cas où une partie s'oblige à faire quelque chose pour autrui.

La question que nous venons de discuter n'offre pas,

en général, un grand intérêt pratique ; cependant, au point de vue des droits d'enregistrement, il y a intérêt à savoir si un acte constitue un contrat de louage d'industrie ou un mandat : l'art. 69, § 3, nº 1 de la loi du 22 frimaire an VII, ordonne la perception d'un droit proportionnel dans le cas de louage d'industrie, et dans le cas de mandat salarié cette perception est de un droit fixe de deux francs (art. 43, nº 17, loi du 28 avril 1816).

En outre, cette question est importante dans certaines hypothèses, à cause des obligations particulières que ces contrats peuvent faire naître entre les parties.

Pour exister, le louage d'ouvrage exige un certain service que l'une des parties s'oblige à exécuter pour l'autre; et ce contrat, consistant dans un fait, que l'une des parties doit ; il en résulte que l'on ne peut pas forcer cette partie à l'exécution du contrat; mais, d'après les principes généraux en matière d'obligation de faire, le créancier peut, au cas d'inexécution, demander des dommages-intérêts (1142-1144, C. N.).

Le louage d'ouvrage a pour objet un service quelconque à rendre à une personne : la loi ne pouvait pas prévoir tous les engagements que les parties pourraient former ; cependant, elle a indiqué une classification générale, qui les comprend tous ; la loi reconnaît trois classes de louage d'ouvrage :

1º Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;

2º Le louage des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport.

3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite des devis ou marchés.

Voici en quoi ces trois espèces de contrats diffèrent les uns des autres : dans le contrat de louage des domestiques, nous trouvons une personne qui s'engage à une série de faits actifs, en faveur d'une autre personne ; elle met son activité, son intelligence au service du maître ; activité, intelligence, qui seront employées à la confection d'un ouvrage quelconque, sous la direction du maître, sous sa surveillance, et le salaire sera acquis au domestique, à proportion des travaux faits ou du temps de service écoulé.

Dans la seconde classe, la loi s'occupe des transports, le voiturier prend l'engagement de faire arriver la chose au lieu indiqué et dans le temps voulu ; ce n'est pas seulement un service qu'il prend à sa charge, mais il s'oblige encore à soigner la chose qui lui a été confiée ; l'objet du contrat est plutôt, ici, un soin à apporter à la chose, qu'un service à prester.

Enfin, dans la troisième catégorie, la loi comprend, sous le nom de devis et marchés, l'obligation prise par une personne, de mener à bonne fin un *opus perfectum* ; ce n'est pas précisément le travail de la personne que les parties ont engagé, mais le résultat du travail. On pourrait dire ici que le service à prester n'est pas le véritable objet du contrat, mais le moyen employé par les parties pour arriver à l'exécution de leur convention ; aussi, en général, dans ces hypothèses, le prix du travail est fixé d'avance, et d'une manière irrévocable entre les parties (forfait, prix fait).

Cela dit sur les diverses espèces de contrats de louage reconnus par la loi, nous croyons devoir dire que nous ne nous proposons dans notre travail, que l'étude du contrat de louage au point de vue du droit civil, et principalement au point de vue de la formation et de l'extinction du contrat, par rapport aux obligations qu'il fait naître. Aussi, sur bien des points spéciaux, ne ferons-nous que donner des indications, la matière se rattachant à une autre partie du droit (Droit Administratif, Droit Commercial). Nous suivrons dans le cours rapide de cette étude l'ordre indiqué par le code.

1° Louage des domestiques et gens de travail,

2° Louage des voituriers,

3° Devis et marchés.

SECTION PREMIÈRE.

DU LOUAGE DES DOMESTIQUES ET OUVRIERS.

Les règles du Code Napoléon pour le louage des domestiques et des ouvriers sont contenues dans les art. 1780 et 1781. Le dernier de ces articles a disparu de notre législation. Nous aurons à formuler une théorie complète, le Code Napoléon n'en ayant indiqué aucune. La première question importante de la matière est de déterminer avec précision le sens des mots domestiques et ouvriers, employés par la loi.

Dans l'ancienne jurisprudence, les mots domestiques

étaient interprétés dans un sens large. On indiquait par là : « tous ceux qui faisaient partie d'une maison, et » y avaient des fonctions subordonnées à la volonté d'un » maître, qui leur payait des gages » (V. Denizart C. Nouv. t. 6), et on comprenait sous ce nom toutes les personnes qui remplissaient dans la maison un office quelconque. Dans cette classe, on comprenait les bibliothécaires, précepteurs, secrétaires et à toutes ces classes de personnes on appliquait les mêmes règles de droit.

Aujourd'hui, ce système doit-il être maintenu? Et d'abord, quel intérêt pratique y-a-t-il à savoir si un précepteur par exemple est ou non un domestique? La loi donne des garanties spéciales en matière de louage de domestiques (2101, 2272, C. N.) Or, si nous admettons que les précepteurs et, en général, ceux qui pour de l'argent rendent un service intellectuel et font partie de la maison, doivent être compris sous la dénomination de domestiques, il faudra leur faire application des dispositions exceptionnelles de nos lois, relatives à cette classe de personnes. Ces dispositions ne leur seraient pas applicables au contraire, si on ne les considérait pas comme des domestiques.

L'intérêt pratique de la question indiqué, recherchons si le législateur a voulu maintenir la théorie de l'ancienne jurisprudence, ou si au contraire il a voulu restreindre le sens du mot domestique.

Le mot domestique, employé par notre ancienne jurisprudence dans un sens très-large, a été souvent employé par le législateur moderne dans un sens plus restreint; le législateur n'a fait en cela que consacrer le langage

usuel : par exemple, la loi du 27 août et du 2 septembre 1792 n'avait exclu des assemblées politiques pour cause de domesticité, que ceux qui étaient attachés au service habituel des personnes. Le mot domestique est employé dans le même sens par les lois des 19-20 avril 1790 et le décret du 3 octobre 1810 : d'où l'on peut conclure avec M. Troplong (*Du louage*, t. 3, nº 148) : « Quand » notre section parle des domestiques, elle ne s'adresse » qu'à ceux qui sont domestiques dans le sens vulgaire » et habituel que le mot a pris depuis la révolution. » Et, par suite, il faut admettre que la loi a réservé ce mot pour l'appliquer aux personnes qui s'engagent à rendre des services à la personne du maître, à sa maison et s'engagent le plus souvent à habiter avec lui ; mais elle a laissé de côté toutes les fonctions qui exigent de la part de celui qui les remplit un effort d'intelligence, les fonctions qui impliquent un certain degré d'instruction. (Voir dans ce sens, Troplong, Duvergier, Marcadé, sur les art. 1780-1781, nº 1).

La loi oppose au mot domestique celui d'ouvrier : par ouvrier, la loi entend toute personne qui fournit un service quelconque se rattachant à une profession mécanique ou à un travail manuel : mais ici il faut bien examiner comment les ouvriers s'engagent. Prennent-ils l'engagement d'exécuter un certain travail, ils ne sont plus des ouvriers, mais, au contraire, des entrepreneurs de services ; nous n'avons plus une *locatio operarum*, mais bien une *locatio operis*. Pour qu'il y ait *locatio operarum*, il faut s'obliger à faire quelque chose pour autrui, mais sous sa surveillance immédiate, l'ouvrier travaillera la plupart

du temps chez le locateur, recevra ses observations, en un mot, travaillera sous ses ordres ; on le voit, la dépendance dans laquelle l'ouvrier se place, est bien plus grande dans la *locatio operarum*, que dans la *locatio operis*.

La loi ne consacre à notre contrat que deux articles, et même l'un d'eux a disparu de notre législation ; nous aurons à combler les lacunes du Code Napoléon en ce point, et à présenter une théorie générale sur le louage des domestiques et des ouvriers ; nous étudierons successivement les points suivants :

1° Personnes qui peuvent figurer à ce contrat ;
2° Forme du contrat ;
3° Obligations des parties ;
4° Causes d'extinction.

1° *Personnes qui peuvent faire ce contrat.*

Ce contrat se forme, comme la plupart des contrats français, par le simple consentement des parties ; donc, nous pouvons dire d'une manière presque générale que ce contrat peut intervenir entre toute personne capable de contracter ; nous n'avons donc qu'à renvoyer aux règles du droit commun sur la capacité, et à les appliquer à notre matière.

Par application de ces principes, toute personne majeure peut contracter un louage d'ouvrage, à moins que la loi ne la déclare incapable. Par exemple, la femme mariée ne pourrait, sans l'autorisation de son mari, ni

se louer comme domestique, ni prendre quelqu'un à son service; dans ce cas, le contrat serait entaché d'une nullité relative, et la femme pourrait en demander la résolution; cependant, la femme qui aurait été autorisée à faire le commerce, ou qui aurait l'administration de sa fortune personnelle (séparation de biens), pourrait parfaitement prendre une personne à titre de domestique, sans l'autorisation de son mari; cette solution, du reste, n'est qu'une application des règles générales : la femme autorisée à faire le commerce a une capacité absolue pour tous les actes qui se rattachent à son commerce, de même celle qui est chargée de l'administration de sa fortune, jouit d'une capacité complète pour tous les actes d'administration. Un mineur peut parfaitement prendre quelqu'un à son service, ou contracter lui-même un contrat de louage, l'art. 1308 C. Nap. doit ici recevoir son application; le mineur qui aurait pris des engagements relativement à son art, à sa profession, ne serait point restituable, il est censé exercer sa profession en parfaite connaissance de cause, et partant réputé majeur pour tous les actes de sa profession.

Nous n'aurions pas seulement à appliquer ici les règles du droit commun, il faudrait tenir compte des dispositions exceptionnelles de la loi du 22 février 1851, sur l'apprentissage; des dispositions qui règlent le travail dans les manufactures en faveur des enfants, et de celles qui ont organisé les rapports des ouvriers et des patrons.

2° *Formation du contrat de louage des domestiques ou ouvriers.*

La loi, dans l'art. 1780, ne dit rien sur la manière dont se forme le contrat de louage : il faut donc encore ici appliquer les règles du droit commun. Le contrat résulte du seul consentement des parties, et la loi n'exige aucune autre condition pour l'existence du contrat : nous appliquerons donc les règles générales en matière de preuves. L'acte authentique ou sous-seing privé, dans tous les cas, suffiront à établir l'existence du contrat ; de plus, si l'engagement ne dépasse pas 150 francs, la preuve testimoniale seule pourra suffire à établir les clauses du contrat; dans le cas où ces engagements dépasseraient 150 francs, la preuve testimoniale ne suffirait pas ; pour la rendre admissible, il faudrait un commencement de preuve écrite.

Relativement à notre contrat, le législateur avait admis une règle rigoureuse et exceptionnelle, formulée dans l'art. 1781 : « Le maître est cru sur son affirmation, » pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire » de l'année échue et pour les à-comptes donnés pour » l'année courante. » Des motifs d'utilité pratique avaient fait admettre par le législateur ces règles exceptionnelles ; mais la doctrine avait, avec raison, réduit dans les termes les plus étroits la portée de cet art. 1781 ; elle n'en reconnaissait l'application que dans les cas formellement prévus : quotité des gages, paiement de

l'année échue, à-comptes de l'année courante, laissant les autres points du contrat sous l'empire des règles ordinaires : preuve de l'existence et de l'extinction du contrat, de l'exécution accomplie par l'une ou par l'autre des parties.

Les critiques n'avaient pas manqué contre notre article, des auteurs remarquables l'avaient attaqué en 1848. L'Assemblée constituante avait été saisie d'un projet d'abrogation de l'art. 1781, mais ce projet n'avait pas été adopté : la loi du 2 août 1868 a fait disparaître cet article de nos codes et le contrat de louage reste d'une manière absolue sous l'empire du droit commun, pour la preuve de l'existence, pour la quotité des gages, pour la constatation des paiements ou à comptes qui ont pu être faits. Nous acceptons comme un bienfait l'abrogation de l'art. 1781 ; cette disposition présentait un très grave inconvénient : mettre le domestique à la merci du maître. Par son affirmation, son serment, le maître pouvait repousser la prétention de son ouvrier, de son domestique ; mais le législateur aurait-il dû abroger purement et simplement l'art. 1781 ? En fait, on peut constater, sans crainte d'être contredit, que l'art. 1781 était d'une application très rare et que presque jamais les tribunaux n'avaient eu à appliquer cette disposition de la loi ; cependant ce texte violait un principe d'équité, et le législateur a eu raison de le rayer de nos codes. Mais cette abrogation faite purement et simplement ne va-t-elle pas faire naître de nouveaux inconvénients, et ne pourra-t-on pas dire que si le domestique, l'ouvrier, n'est plus à la merci du maître, ce sera maintenant le

maître qui sera à la merci de l'ouvrier ? Et, en effet, la pratique constate que jamais ou presque jamais, le maître ne retire de quittance du domestique ; or, ne pourra-t-il pas arriver que le domestique n'introduise une action contre son maître et que ce dernier se trouvant dans l'impossibilité de faire la preuve du paiement, ne soit condamné à payer une seconde fois ? Les inconvénients que présentait l'art. 1781 auraient pu être évités par le législateur, par l'adoption d'un système indiqué par M. Huc (*Recueil de l'Académie de Législation*, année 1865, t. XIV, collection de l'Académie) (observations sur le code civil Italien) ou l'adoption de tout autre projet analogue aurait évité ces inconvénients. Nous comprenons la difficulté de la matière, mais il nous est permis d'être étonnés qu'aucun système n'ait été discuté par le législateur.

3° *Obligations des parties contractantes.*

Nous devons nous occuper, maintenant, des obligations du domestique et de celles du maître. Le domestique ou l'ouvrier doivent exécuter par eux-mêmes le service promis ; si cependant l'ouvrage ou le service peuvent être faits sans aucun dommage pour le maître, par toute autre personne, on les admettra parfaitement à fournir un remplaçant. Le contrat de louage d'ouvrage est fait quelquefois à cause de la personne de l'ouvrier : par exemple, s'il s'agit d'un travail à faire exécuter qui exige, de la part de l'ouvrier, une certaine habileté (la

réparation d'un vieux meuble); de même, on loue un domestique à cause des bons renseignements qui ont pu être fournis sur son compte, de la connaisance parfaite qu'on avait de ses habitudes; d'où la conséquence facile à tirer que, dans notre matière, l'erreur sur la personne peut devenir une cause de nullité de la convention (art. 1110, C. N. *in fine*).

Le domestique supporte les conséquences de son dol et de sa faute; il doit apporter aux choses du maître les soins d'un bon père de famille (1137 C. N.); nous le traiterons à ce point de vue, avec plus de rigueur que le dépositaire; mais moins rigoureusement que le mandataire.

La principale obligation du maître consiste à payer au domestique ou à l'ouvrier le prix qui a été fixé; il est tenu d'exécuter en outre toutes les conventions particulières intervenues entre les parties; on appliquera, en outre, les clauses d'usage admises dans le pays, sauf conventions contraires à cet égard.

4° *Extinction du contrat de louage.*

Le louage est un contrat temporaire, et la plupart du temps les parties en ont elles-mêmes fixé la durée dans ce cas, la convention fait loi et la seule arrivée du terme libère le domestique ou l'ouvrier. En outre, le domestique ou l'ouvrier peuvent, quand ils le voudront, faire cesser le contrat, mais s'il y a faute de leur part, ils devront des dommages-intérêts au maître. Et de

notre principe découlent les conséquences suivantes : la maladie a-t-elle forcé le domestique à quitter le service? il n'y a pas lieu à accorder au maître de dommages-intérêts; mais si le domestique ou l'ouvrier pouvaient se dispenser de quitter le maître, ils doivent toujours des dommages; quelque honorable, du reste, que soit la cause de leur détermination, par exemple un cas de mariage. (M. Duranton soutient l'opinion contraire.)

La loi a voulu que le louage de service ou d'industrie ne pût pas avoir une durée indéfinie ; mais qu'arriverait-il si en fait un tel contrat avait été stipulé? Evidemment les parties ne seraient pas liées par ce contrat fait en violation de la loi, et deux questions controversées se présentent sur notre question. Quelle est la nature de la nullité du contrat? Y a-t-il lieu à des dommages-intérêts?

Quelle est la nature de la nullité du contrat? Dans une première opinion, on soutient que la nullité est seulement relative, et, en effet, dit-on, le contrat est nul. Cette disposition n'a été admise que dans l'intérêt du domestique seul ; quant au maître il est parfaitement libre de se lier pour un temps indéfini ; et par suite on a admis que le domestique seul pourrait demander la nullité du contrat, et non le maître.

Dans l'autre opinion, on soutient qu'un pareil contrat est entaché d'une nullité absolue : sans doute la nullité d'un engagement à vie est prononcée surtout dans l'intérêt de celui qui loue ses services, mais il ne faut pas moins reconnaître que cette nullité a été édictée, pour empêcher le retour du droit de servage aboli par la révolution : or si tel est l'objet de la loi, le but que le

législateur a voulu atteindre, ne faut-il pas en faire résulter une nullité absolue, et ne faut-il pas permettre au maître aussi bien qu'au domestique, de demander la nullité d'une pareille convention? Est-il dû dans cette hypothèse des dommages-intérêts? Nous n'hésitons pas à répondre d'une manière négative, et en effet les parties ne peuvent pas violer la loi; or, ne serait-ce pas leur permettre une violation indirecte que d'autoriser la demande en dommages; et le maître ou le domestique ne seraient-ils pas arrêtés dans leur demande en nullité, par la demande reconventionnelle de dommages-intérêts qui leur serait opposée? Sans doute nous acceptons bien cette solution, comme vraie pour la plupart des hypothèses; mais nous devons reconnaître qu'en fait, les tribunaux auront souvent à examiner si une des parties n'a pas droit à des dommages-intérêts: nous pouvons à cet égard citer l'arrêt de la Cour de Cass. du 8 février 1859 (*journal du Palais*, 1859, p. 305). Il s'agissait dans l'espèce d'un maître de chant de l'Académie impériale de musique, renvoyé par le directeur; les juges reconnurent bien en principe, le droit du directeur, de rompre le marché fait avec le maître de chant pour un temps illimité, et cependant ils accordèrent des dommages-intérêts, non pas parce que le directeur avait demandé la nullité du contrat, mais parce qu'il ne s'était pas conformé aux usages en pareille matière, et que le renvoi du maître de chant sans congé préalable, étant contraire à tous les usages admis, ce dernier avait dû compter sur l'exécution du traité et que par suite il pouvait demander des dommages-intérêts. Aussi pour-

rions-nous poser la règle suivante : les dommages-intérêts ne sont pas dûs par la partie, qui demandera la nullité d'un engagement illimité, par cela seul que la nullité est demandée ; mais si cette demande n'est pas formulée dans un certain délai, et avec avis préalable, rompre le marché à contre-temps pourra entraîner une condamnation à des dommages-intérêts.

Les parties ne pourraient pas indirectement arriver à violer la prohibition du louage à vie ; et si le contrat était intervenu pour une affaire, dont la durée dût dépasser les limites de la vie humaine, il faudrait nécessairement permettre aux parties d'abandonner le bénéfice de leur contrat quand elles le voudraient, mais sans dommages-intérêts.

Le contrat de louage de services est un contrat de bonne foi, et les parties suivent, à moins de clauses contraires, les usages du pays dans lequel le contrat est passé. Le maître qui, à l'expiration du terme fixé, garde le domestique sans nouvelle convention, est censé le garder pour une période égale à la durée du premier contrat. De même si, dans le pays, il est d'usage de signifier un congé, les parties doivent s'y conformer.

Lorsque le maître, par sa faute, force le domestique à demander la résolution du contrat, le domestique peut demander des dommages-intérêts ; c'est aux tribunaux à apprécier leur quotité. A cet égard, nous poserions le principe suivant : le salaire n'est dû que pour le temps de durée du service. Le contrat de louage de services se présente à nous comme un contrat successif, le salaire n'est dû qu'à proportion des services rendus. Mais reste

la question de dommages ; ici le juge doit tenir compte du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*, et voir en fait quel préjudice a porté au domestique le renvoi du maître. Il est évident que si les parties avaient ajouté au contrat de louage une clause pénale, le juge n'aurait plus à apprécier le dommage ; il devrait seulement appliquer la clause pénale. On sait que la clause pénale est une convention accessoire, conditionnelle, qui détermine par avance les dommages-intérêts : d'où il suit que la clause pénale n'est valable que lorsque le contrat principal lui-même pouvait produire ses effets ; par suite si les parties avaient stipulé une clause pénale dans le cas de louage indéfini, la clause pénale serait non avenue.

Le contrat de louage est comme tout contrat synallagmatique, sujet à la rescision pour non exécution des obligations des parties (art. 1184 C. N.) La partie par la faute de laquelle la résolution est prononcée doit des dommages-intérêts ; mais notre contrat est soumis, à cet égard, à des règles spéciales. Le contrat de louage consiste en des obligations de faire, d'où la conséquence que la partie peut, quand elle le veut, faire cesser le contrat. Si elle ne motive pas sa résolution, elle doit des dommages-intérêts ; par exemple, l'industriel peut renvoyer un commis qu'il a à son service, mais s'il le renvoie intempestivement et si rien dans la conduite du commis, dans l'exécution de son contrat, ne motive la décision du maître, il devra payer des dommages-intérêts au commis. Le *quantum* sera fixé par les tribunaux qui tiendront compte des circonstances de fait qui ont pu amener cette décision (voir arrêts des 12 février et 16 mars 1858

cours de Paris, *journal du Palais* 59, 386, Lyon 26 août 1857, 58, p. 914).

Tels sont les principes généraux de notre droit sur le contrat de louage de services ; les rapports entre le domestique et le maître sont tellement intimes, que ce contrat produit quelques conséquences importantes ; nous avons à les étudier.

Le maître est responsable de tous les faits de ses ouvriers et domestiques, et il peut être poursuivi en dommages pour réparation du préjudice causé par ces derniers.

La loi a considéré avec faveur la créance des domestiques, et elle l'a garantie par un privilége spécial (Privilége sur la généralité des meubles, art. 2101, C. N.). La créance des domestiques est une créance qui est généralement payée à l'échéance, aussi le législateur a-t-il admis en cette matière une prescription très courte (2272, C. N.).

Nous avons mentionné la responsabilité qui pèse sur le maître relativement aux faits de ses domestiques et ouvriers : nous allons poser à cet égard les règles générales qui régissent cette matière.

Le maître doit réparer le préjudice causé par ses ouvriers ou domestiques, et il doit remplir cette obligation, non seulement à l'égard des tiers, mais aussi à l'égard de ses autres ouvriers ou domestiques ; par exemple, un directeur de verrerie est responsable vis-à-vis d'un ouvrier à raison d'une maladie contractée par ce dernier, lorsqu'elle provient de l'usage d'un instrument commun à plusieurs ouvriers. Le maître doit

s'enquérir, en effet, de l'état sanitaire des ouvriers qu'il emploie, et s'il a connu l'existence de la maladie contagieuse, ou ne s'est pas informé de l'état sanitaire des ouvriers, il y a faute de sa part, et l'ouvrier sera fondé à intenter contre lui une action en dommages (Arrêt, Dijon, 23 avril 1869).

Le maître est responsable des faits de son domestique ou ouvrier, mais à cet égard plusieurs distinctions sont nécessaires : s'agit-il d'un domestique, d'une personne qui a promis ses services à la personne du maître, ou qui est attaché à sa maison, qui demeure habituellement chez le maître? On décide, dans ce cas, que le domestique est censé agir sous la surveillance du maître, et que, « toujours placé sous l'autorité de celui-ci, il est réputé agir dans les fonctions auxquelles il est employé, » et que, par suite, le maître est toujours responsable des faits commis par ses domestiques, tant qu'ils sont dans la maison ou les dépendances de la maison du maître, ou dans l'exercice d'actes exécutés sur l'ordre du maître (Cass., 30 août 1860, *Journal du Palais*, 61, 172). Cependant, si les faits reprochés au domestique étaient complètement étrangers aux fonctions de ce dernier, et commis en dehors de la surveillance du maître (loin de la maison), il n'y aurait pas lieu à demander au maître des dommages-intérêts. Les tribunaux sont souverains sur le point de savoir, si le dommage causé se rattache ou non aux fonctions du domestique ou de l'ouvrier qui travaille sous les yeux du maître; on peut consulter à cet égard une espèce singulière visée dans un arrêt de la cour de Paris, du 8 octobre 1856; on a considéré le maître

comme civilement responsable du délit d'excitation à la débauche commis par sa portière, au préjudice d'une fille de la maison louée; les juges ont décidé, en fait, que c'était en qualité de portière que le délit avait été commis.

Le maître est-il responsable des ouvriers qu'il emploie ? Voici la distinction qui paraît ressortir des décisions de la jurisprudence. Un premier point est en dehors de toute controverse : le maître ne répond jamais du fait d'un ouvrier qui a entrepris l'accomplissement d'un travail déterminé ; mais seulement de celui qui travaille sous ses yeux, sur lequel il exerce ou peut exercer une surveillance active et presque continuelle. De ce principe découlent les conséquences suivantes : un propriétaire n'est pas responsable de l'incendie occasionné par son ouvrier, lorsque cet ouvrier a entrepris la moisson à tant la mesure. La cour de Cassation, chambre criminelle, a bien décidé le contraire le 13 décembre 1856 (*Journal du Palais*, 57, pag. 1187); mais il résultait des faits de la cause que « l'ouvrier avait été choisi par le » maître et commis à un travail qu'il exécutait pour » celui-ci et sous sa direction, et qu'il avait en l'accom- » plissant dans de mauvaises conditions et en d'autres » termes, en fumant pendant qu'il sciait le blé, commis » une imprudence qui se rattachait directement à l'ac- » tion principale et causé un dommage à autrui. » De même le maître ne serait pas responsable des faits commis par des ouvriers à l'entreprise, qui ne sont pas sous sa surveillance directe (voir arrêts du 25 mars 1824, 3 novembre 1826, 25 juin 1841). Si, au contraire, le maître

surveille l'ouvrier et si ce dernier cause un préjudice, le maître est responsable, le dommage lui est imputable ; car il y a faute de sa part. Le maître ne pourrait pas bénéficier de la fin de l'art. 1384, il ne serait pas admis à prouver qu'il lui a été impossible d'empêcher le fait ; la loi se montre vis-à-vis de lui plus sévère que vis-à-vis du père de l'enfant ; elle suppose le maître en faute, et, en vertu des principes généraux, on ne peut pas admettre la preuve contraire, la loi ne la reçoit pas (art. 1352 C. N.).

Nous avons dit tout à l'heure que la loi voyait avec faveur la créance des domestiques, de là la disposition de l'art. 2101, § 4, du C. N., et la création d'un privilége sur la généralité des meubles du propriétaire en faveur des domestiques non payés de leur salaire : d'un autre côté, la loi ne devait pas laisser trop longtemps le maître sous le coup de l'action en payement des gages ; c'est ce qui motive la courte prescription de l'art. 2272.

L'art. 2101 qui organise ce privilége du domestique s'exprime ainsi : « les salaires des gens de service, pour » l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante » sont privilégiés sur la généralité des meubles. Pendant fort longtemps la controverse fut vive, sur le point de savoir le sens des expressions gens de service : les uns voulaient appliquer cette expression seulement à ceux qui louaient leurs services à la personne, se soumettaient à une subordination habituelle et employaient leurs soins à la personne, à la maison ou à la chose du maître.

Les autres, au contraire, soutenaient que par gens de service la loi avait voulu entendre toute personne qui

promettait ses services d'une manière quelconque, et par là on déclarait privilégiée la créance des secrétaires, bibliothécaires, commis, ouvriers de toute sorte. Cette dernière opinion n'a pas été admise et elle ne pouvait pas l'être. Notre article appartient à la matière des priviléges et il est de principe que l'on doit, autant que possible, restreindre la portée des dispositions qui les consacrent. En outre, le sens des mots « gens de service » était clairement indiqué par l'historique de notre disposition. Les rédacteurs du Code Napoléon l'avaient prise dans la loi du 11 brumaire an VII, et, d'après le texte de cette loi, le privilége n'existait qu'en faveur des domestiques, conformément à ce qui était admis dans l'ancienne jurisprudence française. Le législateur de 1804 n'avait donc fait que remplacer les mots domestiques de la loi de brumaire an VII par ceux de gens de service; les travaux préparatoires du code prouvent qu'ils n'avaient pas voulu modifier la théorie ancienne. Sera donc privilégiée sur la généralité des meubles la créance du domestique seul, mais la créance de toutes autres personnes qui louent leurs services sans être attachés aux soins de la personne ou de la chose du maître, ne jouiront d'aucun privilége.

Cette interprétation admise par la plupart des auteurs et par la jurisprudence a été confirmée par la loi du 28 mai 1838; à cette époque, on a déclaré que les créances des ouvriers et des commis du failli jouiraient d'un privilége qui garantirait le paiement de leur créance. (Ce privilége ne s'étend qu'au mois antérieur à la faillite.)

Il nous paraît résulter de cela que le privilége admis

par l'art. 2101, § 4, est un privilége particulier, non seulement aux domestiques attachés à la personne, mais encore aux domestiques chargés d'un travail habituel, comme les domestiques des exploitations rurales. Mais ce privilége ne s'étendait pas à certaines fonctions qui n'impliquent pas, par elles-mêmes, subordination continuelle et habituelle à la personne du maître.

La créance des ouvriers et domestiques est une de celles que l'on acquitte avec le plus d'empressement et il arrive très rarement que le maître ne paie pas régulièrement les dettes de ce genre. Le législateur n'a pas voulu qu'on appliquât en cette matière les règles ordinaires de prescription ; aussi les art. 2271 et 2272 édictent-ils, que ces créances sont présumées payées si l'ouvrier est resté six mois ou le domestique un an sans réclamer le paiement. Ces prescriptions de un an et de six mois présentent ce caractère particulier : qu'elles reposent sur une présomption de paiement ; d'où la conséquence que pour pouvoir les opposer le maître doit prouver le paiement, et même dans cette hypothèse l'ouvrier ou le domestique à qui ces prescriptions sont opposées peuvent déférer au maître le serment (article 2275 C. N.).

La combinaison des art. 2101, § 4, de la loi du 21 mai 1838 avec les art. 2271-2272, peut présenter quelques difficultés. L'art. 2101, § 4, accorde le privilége pour l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante et la prescription (2272) s'accomplit par un an. De là certains auteurs ont conclu que l'art. 2272 restreignait nécessairement la portée de l'art. 2101 ; nous nous

bornerons sur ce point à rappeler les principes : il peut se faire que l'art. 2272 ne puisse pas s'appliquer (2274), et dans ce cas l'art. 2101 s'appliquera d'une manière absolue, complète.

D'un autre côté pour que la prescription des art. 2272 et 2271 soit appliquée, le créancier peut déférer le serment au débiteur. Les créanciers d'une personne ne peuvent pas avoir plus de droits que le débiteur dont elles exercent le droit; d'où la conséquence que l'article 2225 ne permettra aux créanciers du débiteur d'opposer la prescription dans les termes de 2272 que tout autant que le débiteur l'aura lui-même opposée et aura prêté serment, et alors le privilége sera réduit aux proportions de la créance elle-même, 2180 C. N. Mais si les créanciers veulent opposer la prescription comme exerçant les droits du débiteur, l'ouvrier ou domestique pourra toujours demander l'application de l'art. 2275 et demander le serment au débiteur lui-même.

SECTION DEUXIÈME.

DES VOITURIERS PAR TERRE ET PAR EAU.

On peut définir le louage de transport : un contrat par lequel une personne, appelée voiturier, s'oblige envers une autre nommée expéditeur, à transporter des personnes ou des choses dans un lieu déterminé, moyennant un prix fixé entre elles.

Comme nous l'avons fait remarquer au début de notre travail, nous ne voulons étudier le contrat de louage qu'au point de vue des conséquences juridiques qui en découlent ; aussi laisserons-nous de côté tout ce qui touche à l'historique et à l'organisation de l'industrie particulière des voituriers, et nous essayerons seulement d'analyser le contrat de louage de transport et à en indiquer les conséquences juridiques.

Le mot voiturier a plusieurs acceptions, ou bien il distingue toute personne qui se charge d'un transport et comprend dans cette acception très large, non-seulement les voituriers qui font habituellement des transports, qui ont des services réguliers, mais encore les personnes qui s'obligent accidentellement à opérer un transport.

Dans la première classe des voituriers, nous avons plusieurs distinctions à faire ; ou bien l'entreprise de transport, bien qu'organisée sur une grande échelle, ayant des heures fixes de départ et faisant un service régulier, entre deux ou plusieurs points déterminés du territoire, n'est qu'une entreprise commerciale et l'Etat n'intervient que pour la surveillance et la régularité du service ; ou bien l'entreprise a demandé à l'Etat une concession et a un monopole à son profit : l'exploitation de la ligne doit alors se faire à certaines conditions imposées par l'Etat. Et en effet, la concession intervenue n'est réellement qu'un contrat synallagmatique, entre l'Etat représentant les intérêts généraux du pays, qui confie à une compagnie déterminée l'exploitation d'une ligne qui constitue un monopole en faveur de cette compagnie et qui

en retour stipule d'elle des avantages pour les expéditeurs.

Toutes les entreprises de transports par messageries ou roulage se trouvent dans la première catégorie ; les chemins de fer, les lignes transatlantiques dans la seconde.

Au début de l'établissement des messageries on constitua à leur profit un véritable monopole, mais bientôt on fit retour aux vrais principes, et tout individu, moyennant une déclaration, put installer un service de transport entre les divers points du territoire. La concurrence ne fit qu'exciter les entrepreneurs ; les prix des places et des transports baissèrent d'une manière sensible, et ils se firent dans de meilleures conditions. (Voir sur l'*Histoire des messageries*, Duvergier ; *du louage*, Troplong, id.)

Bientôt un nouveau mode de transport plus puissant et plus rapide fit son apparition dans le monde. En présence des chemins de fer, quelle détermination devait prendre le pouvoir ? Fallait-il laisser libre l'initiative privée, fallait-il la diriger ? L'Etat laissa des Compagnies se former pour la construction et l'exploitation des lignes de fer ; mais ces Compagnies ne voulaient pas se charger de ces entreprises colossales, sans être assurées d'une exploitation longue et paisible. L'Etat fit des concessions de ligne, créa au profit des Compagnies concessionnaires un monopole : nulle autre Compagnie rivale ne pourra venir installer dans le même pays et la même direction une nouvelle ligne ferrée, et, en retour de cette concession, la Compagnie est soumise par son cahier des char-

ges à certaines obligations. Etait-il nécessaire de créer ce monopole (1)? On pourrait bien soutenir que sans lui les chemins de fer se seraient établis; mais, peut-être, sur bien des points, serions-nous à attendre encore leur création : aussi devons-nous reconnaître que le monopole contre lequel, en principe, on peut protester, n'a pas ici présenté de grands inconvénients. Restaient, en effet, en dehors des lignes ferrées, d'autres moyens de transport, qui pouvaient très efficacement encore lutter avec les voies ferrées (transports par les fleuves, les canaux), et on était ainsi presque certain de ne pas voir la Compagnie élever ses tarifs d'une façon trop considérable; mais nous devons reconnaître que, dans bien des cas, on a aggravé la situation, en donnant à la Compagnie concessionnaire du chemin de fer, la concession du Canal destiné à faire la concurrence. (Chemin de fer du Midi et Canal latéral à la Garonne.)

Quoi qu'il en soit, les Compagnies, grâce au monopole, ont pu construire dans presque toutes les parties de la France des voies de communication rapides; ces lignes ferrées ont été construites par les Compagnies. L'Etat ne faisait qu'indiquer certains points intermédiaires où la ligne devait passer, et la Compagnie pouvait dans le reste du parcours modifier le tracé; l'Etat a contribué, dans une certaine mesure, à la construction de la ligne, tantôt en payant le terrain et les travaux d'art, quelquefois, encore, l'Etat a garanti à certaines Compagnies con-

(1) Voir sur ce point les discussions à la chambre des Députés, année 1847.

cessionnaires un certain bénéfice; et moyennant ces concessions, l'Etat impose à la Compagnie certaines conditions d'exploitation : ce sont ces conditions qui font l'objet du cahier des charges.

Nous ne pouvons pas indiquer toutes les clauses des cahiers des charges ; autant de concessions, autant de clauses particulières, mais nous devons indiquer au moins certaines clauses qui se rencontrent dans presque tous les cahiers. L'Etat a imposé aux Compagnies un tarif, et, dans aucun cas, les Compagnies ne pourront dépasser le *maximum* de ce tarif, mais elles conservent le droit de l'abaisser, de le modifier dans telle mesure qui leur paraît convenable. Ces tarifs spéciaux devront, avant d'être mis en vigueur, être homologués par le ministre des travaux publics, et la plupart du temps avec l'approbation du préfet ; en outre, ils ne seront exécutoires qu'après qu'ils auront été affichés pendant le délai d'un mois.

Dans des cas exceptionnels on permet cependant à la compagnie de modifier ses tarifs, sans suivre ces formalités, lorsqu'il s'agit de matières de transit ou d'exportation.

La compagnie a, en outre en général, deux sortes de tarifs : les tarifs généraux d'une application journalière, et des tarifs d'exception (1). Cela dit sur les compagnies

(1) Les tarifs généraux sont ceux qui sont d'une application journalière, et dont tout le monde peut demander l'application : en général, le tarif varie suivant le poids des marchandises, leur

de chemin de fer nous ferons remarquer que, vis-à-vis des expéditeurs, elles sont des entrepreneurs de transports et que le contrat intervenu entre l'expéditeur et la compagnie est soumis aux règles ordinaires du louage d'industrie.

Quelquefois l'expéditeur ne s'adresse ni à un individu ni à une compagnie de transport, mais à un tiers qui se

nature (encombrante ou non), et le prix du transport est calculé sur la longueur du trajet.

Les tarifs d'exception sont de plusieurs sortes : les uns sont appliqués pour des marchandises de peu de valeur, et expédiées sous un petit volume, les autres sont faits en faveur de certaines matières ou de certaines personnes. Voici la base de ces tarifs : La compagnie a des services réguliers, l'Etat les lui a imposés, d'où la conséquence que l'augmentation des frais pour le transport n'augmente pas en proportion du trajet ; d'où le tarif différentiel suivant :

1° Plus les marchandises auront un long trajet à faire, plus le tarif sera abaissé (exemple) : d'après les tarifs différentiels des compagnies de Paris, Lyon-Méditerranée et Orléans, les blés transportés de Marseille au Hâvre paient un droit moins fort que les blés transportés de Marseille dans le centre de la France.

2° Le transport d'une marchandise revient à la Compagnie à une somme de..... ; mais le transport de trois fois plus de marchandises, n'occasionnera pas à la Compagnie des frais trois fois plus considérables ; d'où un tarif spécial : la marchandise payera d'autant moins qu'elle sera chargée en plus grande quantité ; le chargement complet d'un wagon coûte moins cher que le transport des marchandises ne le remplissant pas.

3° La Compagnie traite avec des négociants : elle a intérêt à transporter le plus possible et le plus souvent possible : d'où un nouveau tarif exceptionnel : toute personne qui s'engage à faire des expéditions nombreuses, des envois successifs, profitera du tarif spécial : les maîtres de forges, de mines, etc... En matière de tarifs exceptionnels la règle est : que toute personne qui remplit les conditions du tarif peut demander à en profiter.

charge de faire exécuter le transport ; dans ce cas, nous avons un premier contrat entre l'expéditeur et le commissionnaire de transports, contrat de louage d'industrie ; puis le commissionnaire de transport, ou bien fera parvenir lui-même par ses gens ou voitures la chose à destination, et à la qualité de commissionnaire il joindra celle de voiturier, ou bien il chargera un voiturier du transport et alors interviendra entre le commissionnaire et le voiturier, un nouveau contrat de louage d'industrie.

Quelle utilité présente au commerce le commissionnaire de transport? Il faut reconnaître qu'à deux points de vue, il peut rendre de grands services : il rend les transports plus rapides, l'expéditeur n'a qu'à lui remettre le paquet à expédier ; et le commissionnaire se charge de toutes les formalité de l'envoi, de traiter avec les voituriers ; à un autre point de vue, ses services sont encore plus considérables : dans les compagnies de chemin de fer et dans les messageries, il est d'usage d'appliquer pour de petits paquets un tarif très élevé ; ainsi cinq paquets séparés paient un droit plus élevé que le paquet formé de cinq colis. Le commissionnaire de transport chargé de plusieurs colis les groupera sous un même nom et évitera ainsi l'application du tarif exceptionnel : or ce but l'expéditeur n'eût pas pu l'atteindre seul, puisqu'il n'a qu'un paquet à expédier et qu'il ne connaît, en outre, aucun autre expéditeur.

Cette opération s'appelle groupage : on en connaît deux espèces ; le groupage couvert ou réel et le groupage à découvert ou moral. Dans le premier cas, tous les paquets

colis sont mis sous un même emballage et adressés à une seule personne ; cette dernière correspondant du commissionnaire expéditeur se chargera de faire distribuer les colis. Le groupage à découvert se fait lorsqu'une personne expédie à une autre divers colis et demande à ce que ces colis ne constituent qu'une seule expédition. Dans le cas de groupage à couvert, on ne peut pas contester le droit du commissionnaire ; il expédie et pour son compte ; il traite seul avec la compagnie ; cette dernière doit accepter l'envoi tel qu'il est fait ; nous en dirons autant du groupage à découvert : la compagnie traite directement avec le commissionnaire, ne connaît que lui, le commissionnaire seul (102 C. C.) est expéditeur. Pourquoi ne pas lui permettre de profiter du groupage à découvert et d'expédier, d'après le tarif ordinaire, à une personne déterminée, son correspondant, divers paquets que celui-ci remettra à destination. Cette pratique nous paraît parfaitement légale et nous ne pouvons que lui donner notre approbation ; mais en fait nous devons reconnaître que cette manière de procéder sera souvent impossible ; les compagnies ayant par un article spécial de leurs statuts fait proscrire le groupage à découvert, art. 20, cahier des charges annexé au décret du 7 avril 1855 : « le bénéfice de la disposition » énoncé dans le paragraphe précédent (groupage à découvert) ne peut être invoqué par les entrepreneurs » de messageries et de roulage et autres intermédiaires » de transports, à moins que les articles de transport par » eux envoyés ne soient remis en un seul colis. » Et maintenant, laissant de côté les voituriers, nous étudie-

rons les effets du contrat de louage de transport. Nous étudierons :

1° la formation du contrat de louage ;

2° les obligations des parties ;

3° la sanction du contrat.

1° *Formation du contrat.*

Le contrat de louage de transport obéit aux règles générales des contrats ; il se forme par le consentement des parties ; nous devons même faire remarquer à cet égard que le consentement tacite des parties suffit. Le simple fait d'avoir remis un colis, un paquet à une personne préposée au transport, suffit parfaitement pour faire produire le contrat.

En cas de contestation, comment se prouve le contrat ? Nous avons à faire une distinction : s'agit-il de personnes qui se chargent accidentellement d'un transport, c'est un contrat du droit commun, et la preuve testimoniale suffira pour prouver l'existence du contrat, dans le cas où il ne dépassera pas 150 francs ; dans le cas contraire, il faudra un écrit constatant les conventions des parties, ou un commencement de preuve par écrit. Dans le cas où l'on a fait un louage de transport avec une personne qui fait habituellement des actes de cette nature, nous appliquerons des règles différentes : la preuve testimoniale suffira seule à établir le contrat de louage, car l'habitude de se livrer à des actes de spéculation constitue à elle seule le titre de commerçant : or, en matière commerciale, la

preuve testimoniale est admise *in infinitum* (102, 101, 109, C. Com).

Ces principes avaient été contestés : on avait soutenu en argumentant de l'art. 101 C. Com. « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, » qu'en matière commerciale, le contrat de louage de transport n'existerait que lorsqu'il y aurait un écrit entre les parties. C'était exagérer la portée de l'art. 101; ce texte ne fait que rappeler la pratique constante en matière de commerce, à savoir qu'aucun transport ne se fait sans lettre de voiture et voit dans la lettre de voiture la preuve du contrat et non pas le contrat lui-même; du reste, il est certain qu'en matière civile ordinaire, le contrat de louage de transport se fait entre les parties par le simple consentement. Comment admettre qu'en matière commerciale la loi se soit montrée plus rigoureuse.

Le louage de transport est un contrat synallagmatique ; les parties ont chacune des obligations : le voiturier doit apporter à la chose les soins les plus minutieux, et il s'oblige de plus à la faire parvenir à destination ; l'expéditeur de son côté s'oblige vis-à-vis du voiturier à lui payer les frais du transport, et à lui rembourser, en outre, les frais que la chose aura pu occasionner; d'où la conséquence que, lorsque le contrat est intervenu entre deux personnes non commerçantes, l'écrit sous seing-privé qui constatera le contrat devra avoir été fait en double original (1325 C. N.). Mais que décider lorsque le contrat est intervenu entre un particulier et un entrepreneur de transport commerçant? L'acte sous seing-privé n'aura pas besoin d'être fait en double ori-

ginal ; on s'accorde, en effet, à étendre la portée de l'art. 109 et à l'appliquer à tous les cas où il s'agit d'actes de commerce, la preuve testimoniale est toujours admise, et l'écrit qui constate la convention, suffit même en unique exemplaire. (Voir note 44 § 756, Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI).

Le contrat de louage de transport est donc un contrat du droit commun et presque toujours les parties constatent, au moyen d'une lettre de voiture, les conditions du contrat : dans ce cas les parties peuvent faire constater toutes les conventions intervenues ; leur consentement suffira. Par exemple, on peut parfaitement insérer dans la lettre de voiture, que le voiturier, en cas de retard dans le transport, paiera une indemnité déjà déterminée entre les parties, ou une indemnité qui augmentera avec le nombre des jours de retard.

Mais que faut-il décider en matière de chemins de fer? Peut-on demander une lettre de voiture? D'après les termes de l'ordonnance de 1846, la question avait présenté quelques doutes, mais bientôt tout le monde admit que l'expéditeur pourrait à son choix, ou bien se contenter du récépissé délivré par la compagnie, ou demander une lettre de voiture. Nous venons de dire que l'expéditeur et le voiturier pouvaient fixer, au moyen d'une clause pénale, les dommages-intérêts dus en cas de retard; nous admettrions encore cette solution en matière de transport par chemin de fer. Tout expéditeur peut, en effet, proposer à la compagnie telle convention qui lui paraît avantageuse, et si la compagnie accepte la proposition (1134, C. N.), la convention est la loi des parties

et les dommages-intérêts seront dus dans la mesure prévue par la lettre de voiture.

Faut-il aller plus loin? Et faut-il décider que l'on peut imposer à la compagnie la clause pénale suivante? Un expéditeur, par exemple, peut-il stipuler, en sa faveur, une retenue du tiers des frais de transport en cas de retard, et la compagnie est-elle obligée d'accepter cette lettre de voiture? On a essayé de faire triompher l'affirmative, et des auteurs ainsi que plusieurs tribunaux ont accepté cette opinion. Voici quel était le raisonnement : les compagnies ont un monopole, en conséquence elles doivent transporter les marchandises qui leur sont confiées et ne peuvent pas se refuser au transport ; par la force même des choses, le commerçant doit s'adresser aux compagnies pour les transports qu'il a à faire exécuter et ne peut faire exécuter par d'autres les transports de ses marchandises. En tenant compte de cette situation, il faut reconnaître qu'entre la compagnie et le négociant, ce n'est plus un contrat véritable qui est formé, mais un contrat forcé, d'où le droit pour l'expéditeur de pouvoir prémunir ses intérêts par telles clauses qui lui paraissent convenables et, par exemple, stipuler une retenue du tiers en cas de retard; cette clause n'a rien d'illicite, de contraire aux bonnes mœurs, elle est au contraire conforme à la pratique générale (voir dans ce sens Bravard-Veyrières et arrêts des cours de Besançon 16 janvier 1860 et Paris, 20 mars 1860. Sirey 60. 2. 378 et Colmar, 6 décembre 1859.

Cette opinion n'a cependant pas prévalu et nous pensons qu'elle devait être repoussée. Sans doute le mono-

pole a bien été créé en faveur des compagnies, d'où l'on peut tirer la conséquence qu'elles sont obligées d'effectuer les transports dans les termes et conditions prévus par les cahiers des charges ; par exemple, dans les 24 heures ou dans les 5 jours de la demande, la compagnie doit fournir le matériel nécessaire au transport de certaines marchandises, elle ne pourrait pas encore, par exemple, dépasser en fixant le prix du transport, la somme *maxima* indiquée par son cahier des charges ; mais en dehors de ces hypothèses le droit commun reprend son empire; or, d'après les règles du droit commun on ne peut demander un dommage pour cause de retard que lorsqu'il est possible d'apprécier les causes du retard et du dommage qu'il a pu occasionner. Quant à imposer une clause pénale aux compagnies qui n'en sont nullement tenues d'après leur cahier des charges, nous pensons que c'est dépasser le but de la loi, les compagnies ne doivent pas subir une décision aussi rigoureuse (voir dans le sens de notre opinion, Cassat. 27 janvier 1862, arrêt qui a cassé les arrêts sus-visés et Dijon sur renvoi, 5 décembre 1862. Sirey, 63-2-114). Demangeat, sur Bravard-Veyrières, *droit commercial*.

Le prix du transport, en général, se débat entre les parties, entre le voiturier et l'expéditeur : en matière de compagnies de chemins de fer, ce débat sur le prix ne peut pas s'effectuer, les compagnies perçoivent le prix fixé par les règlements. L'art. 101 du Code de commerce ne s'applique pas vis-à-vis des compagnies pour la détermination du prix ; cette détermination est faite à

priori par l'Etat représentant les intérêts généraux (voir ce que nous avons dit des tarifs).

2° *Obligations des parties.*

Le louage de transport est un contrat synallagmatique, et fait naître entre les parties des obligations importantes. Le voiturier prend l'engagement de faire parvenir la chose au lieu de destination, et de veiller à sa conservation.

L'expéditeur paie le voiturier, les frais principaux et accessoires du transport effectué. Nous allons étudier en détail chacune de ces obligations.

Le voiturier s'oblige à faire parvenir la marchandise au destinataire, dans un délai fixé ; d'où la conséquence que le voiturier n'a pris à sa charge qu'une obligation de faire, et qu'il est libre de pas exécuter son engagement ; il ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts. D'après les règles générales, en matière de contrats, des clauses pénales ont pu fixer les dommages, dans ce cas on devra les appliquer purement et simplement ; en dehors de cette hypothèse, c'est au juge qu'il appartiendra d'arbitrer le dommage, et pour cela, il devra apprécier, eu égard aux circonstances de la cause, la perte occasionnée par le retard, et le gain dont le destinataire a été privé.

Le voiturier doit tous ses soins à la chose voiturée, et partant, il répond de la perte ou de l'avarie. L'avarie est

toute détérioration matérielle de l'objet, et ainsi elle se distingue de la dépréciation que l'on peut définir : toute diminution de valeur, diminution qu'il serait souvent très difficile de rattacher à un fait déterminé.

L'art. 1782 du Code Napoléon fait allusion à la responsabilité du voiturier, il est conçu dans les termes suivants : « Les voituriers par terre et par eau sont » assujettis, pour la garde et la conservation des choses » qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les » aubergistes, dont il est parlé au titre du *dépôt* et du » *sequestre*. » De cette disposition de la loi, nous devons rapprocher les art. 1952 et 1954 relatifs aux hôteliers, et nous arriverons aux conséquences suivantes : la responsabilité des voituriers est la même que celle des aubergistes, et le principe générateur de cette responsabilité est que les voituriers, sont : 1° des agents salariés, et nous savons que lorsqu'une personne se charge de quelque chose moyennant salaire, sa responsabilité est plus grande que lorsque le service qu'elle rend est gratuit. (Arg. anal. 1992, C. N.); 2° en outre, les voituriers qui promettent leurs services et qui ont en général l'habitude d'effectuer des transports, sont présumés avoir une connaissance parfaite du voyage à faire, de ses difficultés; s'il arrive un accident, ils sont réputés en faute, en vertu de ce principe de justice que : *imperitia culpæ adnumeratur*.

Faut-il assimiler complètement le voiturier et l'aubergiste, et faut-il leur appliquer exactement les mêmes règles ? La solution affirmative paraît résulter de l'art. 1782, mais en réfléchissant à la différence des

situations, on voit que la solution ne doit pas être identiquement la même dans les deux cas. Un voyageur apporte ses bagages dans l'auberge, l'hôtelier est considéré comme ayant reçu un dépôt nécessaire, et de là découlent deux conséquences importantes : 1° on peut prouver contre l'aubergiste et par témoins, la remise des objets et bagages, et 2° leur valeur. On peut prouver la remise, et cela se comprend, on n'a pas pu se procurer un titre de cette remise, il y a eu dépôt nécessaire (1348-2°, C. N.) ; la preuve testimoniale suffit à prouver la remise et *à fortiori* la valeur. L'expéditeur n'est pas vis-à-vis du voiturier dans la même situation : il prétend qu'une remise de marchandises a été faite au voiturier, qu'un contrat est intervenu entre le voiturier et lui. Qu'il prouve d'abord en se conformant au droit commun, le contrat intervenu et la remise des marchandises, et cette preuve faite, l'assimilation sera complète entre le voiturier et l'aubergiste, et la preuve testimoniale suffira à établir contre le voiturier la valeur de la chose voiturée, et les dommages-intérêts qui sont dus.

Il peut arriver que l'on se soit adressé pour le transport d'une marchandise à un commissionnaire, et que ce dernier ait fait parvenir la marchandise au moyen d'un autre entrepreneur ; dans ce cas, le voiturier (commissionnaire ou entrepreneur de transports) est responsable vis-à-vis de l'expéditeur, non seulement des faits et fautes à lui imputables, mais encore de tous faits ou fautes commises par les agents intermédiaires de transport. Dans cette hypothèse, l'expéditeur peut actionner en dommages tous les voituriers, mais a-t-il contre eux une

action solidaire ? Nous pensons qu'il faut répondre négativement à la question ; dans l'ancienne jurisprudence on avait bien admis la solidarité par interprétation de la loi 59, § 3, Dig. *Nau. caup.* et *stab.* (V. Bourjon, *Droit commun de la France* ; C. I. XI, I. 3, *des actions qui naissent sans contrat*). Cette opinion de l'ancienne jurisprudence ne nous paraît pas devoir être admise : aujourd'hui, en effet, la solidarité ne peut résulter que de deux causes : ou de la loi, ou bien de la convention. La solidarité légale résulte d'une disposition formelle de la loi, et dans le cas seulement où la loi l'a établie. Quant à la solidarité conventionnelle, elle ne se présume pas, il faut une convention expresse pour l'établir ; d'où il est facile de conclure, qu'en notre matière, nous ne pouvons pas trouver la solidarité ; nous supposons, à cet égard, l'absence de convention, et nous n'avons pas de texte qui reconnaisse la solidarité.

Le voiturier doit rendre la chose qu'il a reçue : « C'est raison écrite et adoptée, » nous dit Bourjon (*Droit commun de la France*). En cas de perte de l'objet transporté, voici les distinctions admises par l'ancien droit.

Le maître de l'objet perdu voyageait-il avec sa chose, on décidait que le voiturier devait rendre la valeur intégrale de la chose, suivant la déclaration qui lui avait été faite. Il y a, en effet, dans cette hypothèse une espèce de convention synallagmatique, le voiturier doit l'exécuter dans toutes ses parties ; mais *quid* dans la même hypothèse, lorsque le propriétaire n'avait pas fait de déclaration ? Dans ce cas, on voyait une faute à la charge

de chacune des parties : le voiturier avait commis une faute, l'expéditeur une autre ; le premier en laissant perdre la chose transportée, le second en ne la déclarant pas ; et en conséquence on ne déclarait jamais le voiturier responsable que jusqu'à concurrence de 150 livres : « L'incertitude de sa valeur (du paquet perdu), qu'on » peut plus raisonnablement imputer au maître qu'au » voiturier, a conduit à cette judicieuse fixation, à cette « estimation, sur ce qu'un voyageur porte avec lui pour » son usage pendant le cours de son voyage » (Bourjon, *Droit commun de la France*). Cet usage avait été admis en jurisprudence au Chatelet de Paris, et devint général dans la pratique, malgré l'opposition du Parlement de Paris. Mais que faut-il décider en cas de perte, si le propriétaire ne voyage pas avec sa marchandise ?

Le voiturier était tenu de restituer la chose suivant la déclaration qui en avait été faite, la déclaration liait les parties ; ou s'il n'y avait pas déclaration, c'était au propriétaire de la chose à établir la valeur qu'elle pouvait avoir, et le voiturier était condamné à la restituer. Cependant on avait admis que, pour certaines choses très précieuses, le voiturier n'en serait responsable que tout autant qu'il y aurait eu déclaration ; par exemple, pour l'argent transporté, le défaut de déclaration est imputable au propriétaire et le voiturier est déchargé de sa responsabilité (arrêt du 5 janvier 1627, 1, vol *Journal des Audiences*, liv. I, C. 119 cité par Bourjon). Telle était la théorie suivie dans l'ancienne jurisprudence : quels sont les principes qui doivent nous guider aujourd'hui ?

L'art. 1785 C. N. impose aux voituriers par terre et par

eau l'obligation de « tenir registre de l'argent, des effets » et des paquets dont ils se chargent. » Il est hors de doute que cet article n'a été inspiré qu'à l'encontre des voituriers seuls, mais ne doit en rien servir à établir les rapports des parties, de l'expéditeur et du voiturier.

Les principes généraux nous suffiront seuls pour régler les difficultés de notre matière : le voiturier est dépositaire d'un objet, et il s'est chargé de le transporter ; l'objet est perdu, il est en faute, et doit des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts, a-t-on dit, d'après la règle générale de l'art. 1150, ne doivent être accordés que suivant la prévision des parties, cette argumentation est exacte, lorsque le voiturier n'a pas exécuté le contrat dans les conditions voulues, ou qu'il y a eu retard dans l'exécution ; et à ce point de vue nous voyons qu'il sera très important, pour les parties, d'avoir fait la déclaration de la nature de la chose transportée, et de n'avoir pas trompé le voiturier. Plus la valeur déclarée eût été considérable, plus de soins le voiturier aurait apportés à la conservation de la chose (Voir arrêt Cassat. 16 mars 1859. Sirey, 59-1-453, et 7 août 1867, 67-1-398).

La fixation des dommages-intérêts présente souvent de grandes difficultés ; si la marchandise n'a pas changé de valeur, le voiturier devra en rendre le prix ; si elle a augmenté de valeur, le voiturier doit nécessairement la totalité de la perte éprouvée par l'expéditeur (1149, C. N.), et il doit par suite restituer la valeur intégrale de la chose au jour de l'arrivée. L'hypothèse inverse présente plus de difficultés : la marchandise a diminué de valeur, le voiturier sera-t-il obligé de restituer la valeur de la

chose au jour de l'expédition, ou pourrait-il se borner à restituer la valeur qu'elle a au jour de l'arrivée? Quelque favorable que cette opinion puisse paraître, nous ne la suivrons pas. Le voiturier a pris l'engagement de faire arriver la marchandise à destination ; il ne l'a pas fait, il est en faute et, partant, il doit restituer la valeur de la marchandise au jour de l'expédition. Nous modifierons ces solutions d'après la volonté des parties, si des clauses pénales ont été ajoutées à la convention. Mais que décider lorsque le bulletin remis au voyageur porte : qu'en cas de perte de la malle, il ne sera donné qu'une somme fixe (ordinairement 50 francs). Nous pensons que, dans cette hypothèse, l'expéditeur peut, en prouvant une valeur plus grande, demander une somme plus élevée, pourvu toutefois qu'il ne se soit pas soustrait pour le transport, à certaines règles particulières, qu'il n'ait pas dans son expédition, par exemple, violé des tarifs spéciaux. Et en effet, les compagnies ont un monopole, on n'est pas libre de prendre une autre voie de communication ; le voyageur ne peut donc pas refuser le bulletin qui lui est remis, et l'acceptation qu'il en fait ne peut être considérée comme une convention tacite.

Le voiturier, en règle générale, est responsable de la chose voiturée, mais cette responsabilité n'est pas tellement absolue que, dans quelques cas particuliers, elle ne puisse cesser d'exister. L'art. 1784 établit leur responsabilité, « à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées (les marchandises) par cas fortuit ou force majeure. »

Par perte, on entend toute disparition de la chose, de

quelque cause qu'elle provienne; l'avarie, au contraire, est toute dégradation matérielle, toute altération de la chose.

Le voiturier est dépositaire de la chose et il doit la restitution ; ce sera donc à lui à prouver que la restitution n'est pas due, suivant la règle générale admise en matière de preuve (1315 C. N.). Le voiturier sera déchargé de toute responsabilité, s'il prouve la force majeure ou le cas fortuit. La force majeure est tout événement imprévu, et qu'il n'est pas au pouvoir de l'homme d'empêcher, comme par exemple la foudre, les inondations ; le cas fortuit est un événement qui peut être empêché, mais qui se produit avec une telle rapidité, qu'il met en déroute l'expérience la plus consommée. Lorsque le voiturier a fait la preuve du cas fortuit ou de la force majeure, il est déchargé de sa responsabilité ; qu'il s'agisse de perte, avarie ou retard dans l'exécution du contrat ; l'expéditeur peut cependant, dans cette hypothèse, faire la preuve d'une faute imputable au voiturier ; et s'il existe une relation quelconque entre la faute et la perte ou avarie de la chose, le voiturier sera responsable ; par exemple, Bourjon nous apprend que les voituriers ne sont pas responsables du vol à main armée : « c'est violence à laquelle ils n'ont pu résister ; » si cependant ils avaient voyagé la nuit, s'ils n'avaient pas pris les précautions d'usage, ils seraient responsables. Un voiturier perd son chargement par suite de la chute d'un pont ; s'il prouve l'accident, il n'est plus responsable à moins qu'il n'y ait eu faute de sa part ; si par exemple il avait été prévenu de ne pas s'en-

gager sur le pont, ou si malgré le danger il avait laissé stationner sa voiture.

Dans toutes ces hypothèses, c'est au voiturier à faire la preuve du cas fortuit ou de la force majeure ; à l'expéditeur à prouver la faute du voiturier (1315 C. N.).

Le voiturier est encore déchargé de sa responsabilité, lorsqu'il prouve que la perte ne lui est pas imputable, mais au contraire est imputable à l'expéditeur ; lorsque par exemple la perte ou la détérioration résulte d'un défaut d'emballage ou dérive de la nature même de la chose (Coulage, déchet).

Lorsque l'on ne peut pas indiquer la cause de la perte, à qui doit incomber la responsabilité ? Les principes généraux nous font décider la question contre le voiturier. La chose lui a été confiée et il s'est obligé à la restituer ; il y a contre lui une présomption de faute, et la perte ou l'avarie étant survenues, il faut qu'il apporte la preuve du cas fortuit ou de la force majeure (1147 C. N., 1302), et tant que cette preuve n'est pas fournie, la perte lui est imputable.

Relativement au cas fortuit et à la force majeure, une jurisprudence s'était établie au Châtelet de Paris, d'après laquelle les sinistres devaient être constatés par procès-verbal « dans le lieu le plus prochain de l'endroit du » naufrage, ou de celui où l'accident de force majeure » est arrivé » (Bourjon). Rien dans la loi ne prescrit une mesure de cette nature, mais, en pratique, les voituriers suivent toujours cet usage.

3° *Sanction du contrat.*

Le contrat de louage de transport a été vu très favorablement par le législateur, qui y a attaché des garanties spéciales, 2102, § 6. Les créances privilégiées sur certains meubles sont : « les frais de voiture et les dépenses accessoires sur la chose voiturée. » Ce privilége garantit l'action du voiturier en paiement du prix de transport. Il appartient à tout voiturier, qu'il le soit accidentellement ou non, qu'il soit commerçant ou qu'il ne le soit pas.

Le privilége est un droit réel accessoire que la loi attache à la qualité de la créance. Nous devons rechercher ici quel motif a pu pousser le législateur à créer une pareille garantie. Ou bien le législateur pouvait supposer une convention tacite de gage entre les parties : le voiturier ne se charge du transport que tout autant que le prix lui a été payé ; cependant il consent quelquefois à l'effectuer sans être payé d'avance ; mais alors il veut conserver le droit de ne livrer la chose qu'après paiement, et la loi interprétant la volonté des parties, déclare que, dans le doute, on supposera toujours cette convention. Le législateur pouvait encore partir d'un autre point pour accorder le privilége. Le transport est une des opérations les plus utiles au commerce, et souvent la chose voiturée acquiert une grande valeur par la seule cause du transport ; tout le monde sait, en effet, que la valeur d'une chose est le rapport entre l'offre et

a demande : on exporte ce que l'on a en trop, et la marchandise sortie d'un point où il y a abondance et peu de valeur est arrivée, par suite du transport, à un autre point où il y a disette et valeur plus considérable. Qu'a donc fait le voiturier? il a augmenté la valeur de la chose ; voilà la cause de son privilége.

Pour établir le privilége du voiturier, le législateur pouvait à son choix se rattacher à l'une ou à l'autre de ces idées. Recherchons la théorie du Code Napoléon à cet égard : notre privilége a pris naissance dans l'ancienne jurisprudence française et on ne peut pas soutenir que là on se soit attaché à la conservation de la chose : il résulte, au contraire, d'un passage de Bourjon que le privilége n'a pour base que le gage tacite (Bourjon : *Droit commun de la France*, tom. VIII, n° XLI, des-3) : « les » messagers et voituriers ont le même privilége sur » les paquets, ballots et marchandises qu'ils ont voitu- » rés, *c'est leur gage, leur fait le leur rend tel*, et sans » cela ce juste privilége pourrait leur devenir inutile ; « ils peuvent donc les retenir jusqu'à ce qu'ils soient » payés de ce qui leur est dû... »

Dans l'ancienne jurisprudence, le caractère de ce privilége est donc clairement établi : c'est un gage tacite pour le voiturier : il exerce le droit de rétention ; c'est le mode d'exercice du gage. Les rédacteurs du Code Napoléon ont conservé l'ancienne tradition, et dans notre législation comme dans l'ancienne jurisprudence, nous trouvons la base du privilége dans le gage tacite ; aussi admettrons-nous les conséquences suivantes. Le voiturier ne conserve son privilége qu'autant qu'il est nanti

de la chose, et la délivrance faite, son privilége est perdu d'une manière absolue. On a contesté cette solution ; on a fait remarquer que le privilége avait pour base la conservation de la chose et que la délivrance de la marchandise ne pouvait, par suite, l'éteindre. A cela nous répondrons que l'idée de conservation de la chose n'a pas donné naissance à ce privilége, mais que c'est au contraire l'idée de gage tacite ; qu'en outre le législateur donne toujours le privilége au voiturier par cela seul qu'il y a eu voyage et non pas seulement dans les cas d'augmentation de valeur. En outre, tout le monde reconnaît que l'aubergiste qui se dessaisit de la chose, perd son privilége et la loi ne le dit pas ; il faut donc en dire autant du privilége du voiturier, bien que la loi soit muette. Le voiturier retiendra donc la chose voiturée jusqu'au paiement. S'il livre la chose, le privilége est perdu et il ne lui restera qu'une action personnelle contre l'expéditeur, action qui durera 30 ans. Le capitaine, lui, conserve son privilége sur la marchandise pour le payement du fret, pendant quinzaine après la délivrance.

Le privilége sur la chose voiturée, en règle générale, se perd donc par la livraison de la chose : cette solution est celle de la loi, mais nous devons reconnaître que la révision du régime hypothécaire devrait amener en ce point des modifications et nous nous rattacherions à la proposition de la cour d'Angers (v. t. 3 *Documents* de la rév. du régime hypoth.) Ajouter au 6° de l'art. 2102 : « pendant que le voiturier en est saisi et pendant la quin- » zaine qui suit la remise au propriétaire ou au destina- » taire, lequel en a conservé la possession. » Au moyen

de cette modification, on déterminerait législativement la nature du privilége et l'on en permettrait la conservation malgré la perte de possession.

Malgré la perte du privilége, le voiturier n'en conserve pas moins son action en payement du prix de transport et frais accessoires ; et cette action obéit aux règles générales en matière de prescription.

Les voituriers sont responsables, et nous avons vu la gravité de cette responsabilité qui comprend toute la valeur de la chose, s'étend aux agents intermédiaires, et résulte de la plus légère négligence. Les destinataires ou expéditeurs (puisque l'expéditeur répond au destinataire du choix du voiturier) ont une action en dommages-intérêts : à quelle règle cette action obéit-elle?

Une distinction importante doit être faite entre les voituriers commerçants et les non-commerçants. Pour les voituriers non-commerçants, nous n'avons pas de règles spéciales ; nous appliquerons les principes généraux, et le destinataire aura 30 ans du jour que la livraison lui aura été faite sans qu'on puisse lui opposer aucune fin de non-recevoir.

Le voiturier est commerçant ; dans ce cas il jouit d'immunités considérables (105 C. C.) : il est libéré de toute action en responsabilité par la remise de la chose et paiement du prix de transport sans réserve : cependant la jurisprudence a admis avec raison, que les voituriers ne seraient pas, dans ce cas, déchargés de la responsabilité des délits ordinaires. L'art. 108 ajoute que toutes actions résultant d'avaries ou de perte, se prescrivent par six mois ou un an, suivant que l'expédition est faite en

France ou hors de France. On a considéré l'art. 108 comme un article d'exception, tout en faveur du voiturier, et on ne l'applique pas en conséquence aux cas de retard.

Ces principes sont nécessairement appliqués, lorsque les voituriers et destinataires sont commerçants, mais que décider lorsque le voiturier seul est commerçant, et que l'expéditeur et le destinataire sont non-commerçants? Faut-il appliquer les art. 105 et 108 ou revenir au droit commun? Nous admettons l'application de ces articles même a notre hypothèse; le législateur ne s'est préoccupé en édictant ces dispositions que de la position du voiturier lui-même, et c'est en sa faveur, pour atténuer la gravité de sa responsabilité, que ces articles ont établi les fins de non recevoir.

Il ne faudrait pas, dans le sens de l'autre opinion, argumenter des mots marchandises, qui sont dans la loi, et prétendre que ces mots ne peuvent s'appliquer qu'à des commerçants. A cela nous répondrions que, pour le commissionnaire de transport, tout paquet qui lui est confié constitue pour lui une marchandise, et que, vis-à-vis de tout expéditeur, il doit se trouver dans la même situation.

SECTION III.

DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

Nous avons vu, dans les précédentes sections, l'homme consacrer ses soins, son intelligence à un de ses sembla-

bles, ou bien promettre en sa faveur, un travail déterminé, le transport d'une chose : ici, il s'agit de l'obligation contractée par une personne, d'exécuter un ouvrage moyennant un prix : l'objet du contrat est donc l'obligation de fournir le travail promis; et la chose est le résultat du contrat.

La loi appelle ce contrat un marché, restreignant ainsi la portée ordinaire de ce mot, qui dans le langage ordinaire s'entend de toute convention. La loi ajoute devis. En général par devis on entend, tout écrit indicatif du travail à faire, des matériaux à employer dans la construction, et la manière dont le travail doit être exécuté. Sans doute, dans les marchés les plus importants, on trouvera bien un devis, mais le plus souvent le devis ne se rencontrera pas.

La première difficulté de notre matière est de déterminer les hypothèses dans lesquelles il y a marché. En Droit romain, nous l'avons vu, on distinguait les cas où l'ouvrier fournissait la matière et l'industrie, et l'hypothèse où il travaillait sur la matière du maître ; dans ce dernier cas, il y avait louage ; mais les jurisconsultes se demandaient si, dans la première hypothèse, il y avait vente ou louage, et l'on avait admis que l'opération devait être considérée comme une vente véritable.

Dans notre législation, la même difficulté se présente. D'après l'article 1711 du Code Napoléon : « Les devis, » marché ou prix fait pour l'entreprise d'un ouvrage » moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, » lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ou- » vrage se fait ; » et, par suite, il semble bien résulter

de là que le législateur du Code Napoléon a admis la théorie romaine, et n'a pas voulu voir un louage dans l'hypothèse où un ouvrier travaille sa propre chose. Des auteurs ont cependant soutenu que les rédacteurs du Code Napoléon avaient abandonné la théorie du droit romain et de l'ancienne jurisprudence, et avaient voulu voir un louage dans les deux hypothèses. Dans le sens de cette opinion, ils ont invoqué le texte de l'art. 1787, le premier de notre section : « Lorsqu'on charge quel-» qu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il » fournira son travail ou son industrie, ou bien qu'il » fournira aussi la matière. » Donc, disent-ils, le législateur ne distingue pas et met sur la même ligne les deux hypothèses ; en outre, font-ils remarquer, le Tribunat a demandé la suppression d'un autre paragraphe de l'art. 1787, maintenant l'ancienne distinction. Nous pouvons répondre à cela que raisonner ainsi, c'est méconnaître d'une manière absolue la portée de l'art. 1787 : il se borne à énumérer les différentes hypothèses qui peuvent se présenter, sans assigner le caractère juridique qui peut convenir à chacune d'elles ; il ne dit pas qu'il y a louage lorsque..... mais qu'il y a entreprise, et il indique les deux manières ordinaires dans lesquelles l'entreprise se produit. Dire que dans les deux hypothèses prévues par la loi il y a louage, c'est dénaturer l'art. 1787 et violer manifestement l'art. 1711. Faut-il rappeler la suppression du § 2 de l'art. 1787 ? Mais, loin d'être favorable à l'autre opinion, l'histoire de notre disposition la contredit formellement : « Dans le premier » cas c'est un pur louage, dans le second c'est une

» vente d'une chose une fois faite. » Le Tribunat demanda la suppression de ce texte, non pas qu'il critiquât l'article en lui-même, mais parce qu'il ne voyait dans une telle disposition que l'énonciation et l'affirmation d'un principe de théorie pure ; or tel n'est pas le rôle du législateur : il donne des prescriptions, ordonne ou défend, mais ne doit jamais faire de la doctrine pure. Sans doute, on pourrait très énergiquement critiquer la théorie du Tribunat et faire remarquer, au contraire, que si souvent les textes sont difficiles à expliquer, cela tient à ce que le législateur n'a pas pris parti sur un point de doctrine.

Nous maintenons donc la distinction romaine : et nous ne trouvons un louage que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1711 du Code Napoléon. Quel est donc le caractère juridique de l'opération qui consiste à faire faire un objet par un ouvrier qui s'engage de plus à fournir la matière nécessaire? Ce n'est pas un louage ; est-ce une vente véritable ? Nous ne saurions pas admettre ce principe d'une manière absolue ; il y a vente, mais il y a autre chose, et nous pensons que l'opération constitue un louage d'industrie jusqu'à la livraison de la chose, et une vente le jour de la livraison. C'est ainsi que l'on doit interpréter les termes de l'art. 1787, tel qu'il était au projet du Code : « c'est une vente d'une chose une fois faite. » (Voir note 2, § 374, Zachariæ, Aubry et Rau). Cette théorie produit dans la pratique des effets très importants ; nous aurons à les étudier dans le courant de ce travail.

Les marchés ont souvent pour objet des entreprises considérables et quelquefois il arrive que l'Etat, dans un

but d'utilité publique, fait faire des marchés du genre de ceux que nous etudions. Ces marchés présentent quelques règles particulières, dont le développement appartient surtout au droit administratif: nous ne nous occuperons ici que d'examiner les règles générales qui régissent le contrat d'entreprise et les conséquences qu'il produit au point de vue du droit civil.

Nous adopterons la division suivante : 1° Sujet du contrat ; 2° Formation du contrat, comment il se prouve ; 3° Obligations qu'il fait naître ; 4° A la charge de qui sont les risques ; 5° Extinction du contrat.

1° *Sujets du contrat.*

Dans le contrat d'entreprise d'ouvrage, nous avons deux personnes : le propriétaire de la matière et l'entrepreneur. L'entrepreneur est toute personne qui se charge moyennant un prix fixé, en argent, de l'exécution d'un *opus perfectum*, et à cet égard nous avons posé dans les prolégomènes de notre section les principes : l'ouvrier ne doit pas fournir la matière. Cependant, il a été admis que ce principe ne s'appliquait qu'à la matière principale objet du contrat ; par exemple, on fournit à un entrepreneur de bâtiments l'emplacement nécessaire à la construction, il y aura louage d'ouvrage, bien que l'entrepreneur fournisse au propriétaire quelques matériaux nécessaires à la construction. Un travail peut se décomposer en une série de travaux distincts les uns des autres et dont l'ensemble constituera un tout, une indi-

vidualité, par exemple, la construction d'une voie ferrée comprend plusieurs opérations distinctes les unes des autres, dont la réunion formera l'entreprise générale. Les terrassements, les remblais, la pose du ballast, la construction des gares, la pose des rails, autant d'entreprises spéciales qui peuvent être faites. La construction d'une maison peut se décomposer aussi en plusieurs opérations : la construction proprement dite, les travaux de menuiserie, de serrurerie, etc... Il pourra arriver que la même personne se charge en même temps de toutes ces entreprises, mais il peut arriver aussi que le propriétaire traite avec plusieurs ouvriers, qui font chacun des entreprises spéciales soumises à des règles particulières. L'art. 1799 contient une solution formelle : « Les ma-» çons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui » font directement des marchés à prix fait, sont astreints » aux règles prescrites dans la présente section : ils sont » entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent. » Cet article est dû à l'initiative de la cour de Lyon (v. Troplong, *louage*, t. 3, n° 1053) qui le proposa en faveur des départements pauvres. Dans l'ancienne jurisprudence, on réservait le mot entrepreneur pour les ouvriers qui se chargeaient d'un travail d'une grande importance ; aujourd'hui, ce mot s'applique à toute personne qui s'oblige à effectuer un *opus perfectum*, considéré en lui-même.

Qui est ouvrier ? Qui peut être entrepreneur ? Toute personne capable de s'obliger ; sans doute, l'entrepreneur devra présenter certaines garanties particulières, c'est au locataire de services à voir si l'entrepreneur présente l'aptitude nécessaire au contrat.

La liberté de l'industrie est aujourd'hui un principe sûr et constant : dans l'ancien droit, au contraire, la règle n'était pas la même : pour pouvoir exercer une industrie, il fallait avoir la maîtrise ; en dehors de là, l'ouvrier était forcé, ou bien de vivre dans l'indigence, sous la puissance d'un maître, ou bien il était obligé de porter hors de la patrie une industrie que l'on aurait pu rendre utile à l'Etat. (Turgot, préambule de l'édit du roi portant suppression des jurandes : février 1776, enregistré au parlement le 12 mars).

Sans entrer dans de longs détails, il nous semble utile de retracer, en quelques mots, l'histoire des jurandes : nous suivrons pas à pas le récit de Turgot, auquel revient l'honneur de leur suppression.

« Lorsque les Communes se formèrent, on fonda des confréries religieuses liées entre elles par des statuts ; ces règlements furent très utiles, en établissant entre ces associations un lien très-puissant et en leur permettant de soutenir la lutte contre le pouvoir féodal : ces statuts, approuvés par l'Etat, eurent pour objet d'empêcher toute personne étrangère à la communauté d'exercer l'industrie à laquelle elle appartenait.

Bientôt la maîtrise fut créée, et bien que le titre fût acquis au concours, l'admission en fut rendue à peu près impossible aux étrangers à cause de la nécessité imposée aux concurrents d'exécuter un chef-d'œuvre ; les fils de maître seuls y arrivaient facilement. Cette obligation imposée aux ouvriers avait encore un autre inconvénient : la longueur exagérée de l'apprentissage. Les confréries firent des règlements par lesquels elles excluaient du

marché, les marchands forains, et les ouvriers étrangers à la confrérie, sous prétexte d'inspection des matières employées Le pouvoir royal approuva sans difficulté ces dispositions, et il s'accoutuma à se faire une ressource de finance « des taxes imposées sur ces communautés et de la multiplicité de leurs priviléges. » Turgot sans s'arrêter aux objections que l'on faisait contre la liberté de l'industrie, n'hésita pas à faire disparaître ces réglements; et, voici le jugement qu'il porte sur eux : « Ce sont des » dispositions bizarres et tyranniques, contraires à l'hu- » manité et aux bonnes mœurs, dont sont remplis ces » espèces de codes obscurs rédigés par l'avidité, adoptés » sans examen, dans des temps d'ignorance, et auxquels » il n'a manqué pour être l'objet de l'indignation publi- » que que d'être connus. » Cette suppression ordonnée, le droit de travailler librement devient le partage de tous; le travail ne sera pas plus mauvais, les propriétaires ayant intérêt à n'employer que les bons ouvriers, et les ouvriers ne s'accumuleront pas sur certains points, mais seulement dans la proportion des besoins de la place.

Turgot laissa cependant subsister quelques confréries particulières, et la révolution acheva de proclamer les principes de Turgot.

Toute personne capable de s'obliger peut aujourd'hui, à ses risques et périls, entreprendre un ouvrage déterminé.

2° Formation du contrat-preuve.

Pour le contrat de louage d'entreprise, comme pour

les autres contrats de louage que nous venons d'étudier, nous avons seulement à appliquer les principes généraux : le contrat se forme par le seul consentement et se prouve par la preuve testimoniale s'il ne dépasse pas 150 francs, ou par des actes écrits si sa valeur est supérieure.

Cependant, nous trouvons une disposition particulière ; l'art. 1793 contient la règle suivante : « Lorsqu'un archi- » tecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construc- » tion à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et » convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut deman- » der aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte » de l'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, » ni sous celui de changements ou d'augmentations faits » sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont » pas été autorisés par écrit et le prix convenu avec le » propriétaire. » Cette disposition ne donne lieu à aucune difficulté : le but en a été clairement indiqué dans les travaux préparatoires du code et très bien exprimé par Marcadé (sur l'art. 1793), « cette disposition prescrit les » petites supercheries de métier par lesquelles on a tou- » jours rançonné les propriétaires qui font bâtir. »

En effet, un marché étant conclu avec un entrepreneur et à forfait pour la construction d'un édifice : l'entrepreneur persuadait au propriétaire qu'il fallait apporter une modification au devis, et cette modification accordée, l'entrepreneur déclarait le premier marché rompu, et en conséquence, demandait au propriétaire un prix de beaucoup supérieur à celui qui avait été fixé par le premier contrat. Le législateur n'a pas voulu de cette pratique : de là notre article 1793. Dans

sa première partie, il stipule que l'entrepreneur ou architecte ne pourra demander aucune augmentation de prix, sous prétexte de l'augmentation de la main d'œuvre et des matériaux. Cette solution se comprend très bien : le louage d'entreprise est un contrat à titre onéreux et synallagmatique par lequel une personne s'oblige à payer un prix et l'autre à fournir un *opus perfectum* : le prix est déterminé à l'avance d'une manière absolue, rien ne peut le faire changer, et le propriétaire aura rempli toutes ses obligations en payant à l'entrepreneur la somme convenue. L'entrepreneur doit fournir un *opus perfectum* et fournir des matériaux ; à lui à prévoir le prix de la main d'œuvre, le prix des matériaux et à établir sur ces bases le prix de son marché ; mais, une fois le marché conclu, il doit être tenu dans toutes ses parties.

Si pendant le cours des travaux, le propriétaire modifie le plan, la convention n'est plus entière, et le prix dû à l'entrepreneur doit augmenter avec les modifications nouvelles. Le législateur n'a pas voulu proscrire ces modifications qui constituent entre les parties des conventions nouvelles, mais il n'a pas voulu non plus que le propriétaire se trouvât à la merci de l'entrepreneur ; et ce dernier ne pourra réclamer une augmentation de prix à suite de modifications, que tout autant que la modification au plan sera établie par écrit. L'entrepreneur, dans ce cas, en rapportant la preuve écrite des modifications, pourra prouver par tous les moyens la convention accessoire d'augmentation du prix : c'est ce qui résulte de la fin de notre article 1793 qui n'astreint à la production

de l'écrit que pour la preuve des modifications et laisse la preuve de la convention du prix sous l'empire des règles ordinaires. De là tous les auteurs concluent que l'entrepreneur ne pourra pas arriver à prouver la modification au plan, par l'interrogatoire sur faits et articles, par le serment : il faut une modification constatée par écrit (voir sur tous ces points : Troplong, *du louage*; Marcadé, Aubry et Rau, sur Zachariæ, tom. 3, § 374, texte et notes 22 et 23.)

Le législateur suppose, dans notre article, une entreprise de construction de maison. Tout le monde reconnaît que le législateur n'a eu en vue dans cet article que le cas le plus fréquent : aussi, appliquerons-nous les mêmes principes à toutes les entreprises de travaux à forfait.

En sens inverse, nous n'appliquerons pas ces dispositions, au cas du marché à tant la mesure, ou dont le prix serait laissé à l'estimation d'un tiers, parce que, dans toutes ces hypothèses, il résulte de la nature même de la convention, que si les parties n'ont pas déterminé le prix, c'est qu'elles ne pouvaient pas se rendre un compte exact des travaux à exécuter : elles n'ont pas voulu courir trop de chances aléatoires, et ont voulu, au contraire, que le prix fût payé en proportion des travaux exécutés.

De même, nous n'admettrions pas l'application de notre art. 1793, au cas où l'architecte s'oblige, moyennant un prix, à la construction d'un bâtiment, sur son propre terrain. M. Troplong dit, pour soutenir cette opinion, que l'opération est alors une vente. Nous ne

voudrions pas trop nous appuyer sur cet argument, puisque nous avons admis, que cette opération participait de la nature des contrats de louage et de vente ; nous préférons dire que l'art. 1793, article d'exception, doit être restreint à l'hypothèse qu'il a prévue, et cet article suppose que le locataire d'entreprise est propriétaire du terrain ; il ne s'applique donc pas à l'hypothèse où l'entrepreneur est propriétaire du terrain où la construction doit être faite. En outre, dans cette dernière hypothèse, les inconvénients qui ont fait admettre la disposition exceptionnelle de l'art. 1793 ne se présentent plus, et par suite, nous tombons sous l'application du droit commun. (Cassat. req. 6 mars 1860 ; Sirey 60, 1, 401.)

3° *Obligations des parties.*

Le contrat d'entreprise est un contrat synallagmatique : l'entrepreneur s'oblige à exécuter l'ouvrage, dans les termes et conditions prévues par la convention ; le maître, de son côté, s'oblige à payer le prix.

L'entrepreneur s'oblige à la confection de l'*opus perfectum*. Ses obligations ne seront accomplies que lorsque le travail promis aura été exécuté dans le temps voulu, et aux conditions imposées par le contrat. Si l'entrepreneur n'exécutait pas le travail, il y aurait lieu à donner au locateur de service des dommages-intérêts, ou à lui permettre de faire exécuter par un autre, et au compte du premier entrepreneur, le travail convenu. Le simple

retard donnerait lieu aussi à des dommages-intérêts en faveur du locataire, et ces dommages seraient fixés d'après les règles générales (C. N., 1149).

L'entrepreneur s'oblige, par le contrat, à confectionner un ouvrage, et à apporter à cette confection les soins les plus minutieux; d'où, la conséquence, que tout dommage causé au propriétaire par l'ouvrier, oblige ce dernier à le réparer. Le législateur, dans notre section, s'est préoccupé particulièrement de l'entreprise de construction d'édifice, aussi devons-nous étudier quelques règles particulières à ce contrat.

Art. 1792. « Si l'édifice construit à prix fait périt, en » tout ou en partie, par le vice de la construction, même » par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en » sont responsables pendant dix ans. »

Art. 2270. « Après dix ans, l'architecte et les entre- » preneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvra- » ges qu'ils ont faits ou dirigés. »

La combinaison de ces dispositions a donné lieu à quelques difficultés; le principe sur lequel elles reposent est évident; l'entrepreneur s'est obligé à faire une maison, apte à l'usage auquel elle était destinée et construite dans de bonnes conditions, d'où l'obligation pour l'entrepreneur, de garantir la solidité de la construction, pendant un certain temps, qui sera pour l'édifice comme un temps d'épreuve. Alors seulement le propriétaire sera certain de l'exécution parfaite du travail, alors seulement il aura à sa disposition un édifice commode et remplissant les conditions nécessaires à sa destination.

Les termes de l'art. 1792 semblaient ne devoir faire

appliquer notre principe qu'à l'entreprise d'un édifice ; mais les termes de l'art. 2270 permettent d'en étendre la disposition à toute entreprise considérable. Les ouvrages qui ne constitueraient que de simples réparations n'entraîneraient pas cette garantie.

Notre article est une innovation de l'ancienne jurisprudence française. D'apres Pithou, on ne pouvait attaquer un architecte par l'action en garantie que pendant trois ans dès la réception de l'ouvrage, s'il s'agissait d'ouvrages de peu d'importance ou de simples réparations, et pendant quinze ans s'il s'agissait de gros ouvrages. Ferrières nous rapporte cette opinion de Pithou, et nous indique qu'un usage contraire s'était établi au Châtelet de Paris. « Néanmoins, on observa au » Châtelet que les maçons ne sont tenus et responsables » de leurs ouvrages que pendant dix ans. » (V. Ferrières, *Coutume de Paris*, art. 113 ; *Glose* 6, nº 20).

Il résulte des travaux préparatoires que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont voulu que consacrer législativement cet usage ; de là nos articles 1792-2270. Le délai de dix ans dont parlent nos deux articles ne constitue pas, à proprement parler, une prescription véritable, mais au contraire un délai d'épreuve pour la construction, passé lequel délai le propriétaire n'a plus aucun recours à exercer. Il est très important de préciser le caractère de cette prescription spéciale pour résoudre plusieurs questions controversées de notre matière.

Si l'édifice, la construction n'a montré aucun vice pendant les dix ans qui ont suivi la réception des travaux, il n'y a pas de difficultés : l'entrepreneur est libéré

de toute responsabilité. Mais que décider si un vice de construction s'est manifesté dans les dix ans ?

Trois opinions se sont produites : d'après un premier système, les articles 1792 et 2270 viseraient la même hypothèse et s'appliqueraient seulement à déterminer la durée de la garantie. L'accident arrivant pendant le délai de dix ans, le droit à l'indemnité prendrait naissance, et la loi n'ayant pas indiqué un délai spécial, cette action serait soumise aux règles générales de la prescription et durerait trente ans. Un second système concilie nos articles, en appliquant le premier à la garantie et le second à la durée de l'action en réparation du dommage. D'où la conséquence que l'édifice étant détruit, ou ayant subi une grave détérioration, l'action en indemnité contre l'entrepreneur durerait dix ans, du jour de la perte.

Ces deux systèmes sont admis par la très grande majorité des auteurs : et cependant nous préférons en adopter un autre présenté par M. Valette et admis par la jurisprudence : il consiste à dire que le délai de dix ans s'applique en même temps à l'action en garantie et à la garantie elle-même : de façon que si le vice de construction ne se manifeste que pendant la dixième année, on n'a, pour intenter l'action en indemnité, que le temps qui reste à courir de cette dernière année. Cette opinion paraît rigoureuse au premier abord, cependant elle est conforme à la nature même des choses : la loi a voulu que, pendant dix ans, les entrepreneurs fussent responsables de tout accident provenant du vice de construction, ou du vice du sol ; c'est, comme nous l'avons dit, un temps d'épreuve pour le bâtiment : or,

ne sait-on pas que, plus l'accident se rapproche de la limite de dix années, plus il sera difficile d'en déterminer la cause, et aussi a-t-on voulu que la prescription de dix ans éteignit tout recours en indemnité : cette solution est confirmée par la jurisprudence, et elle est conforme aux anciens usages du droit français. (Voir arrêt de la Cour de Paris du 15 novembre 1836 ; Sirey, 37, 2, 257, et note de Devilleneuve ; arrêt du 17 février 1853, Paris ; Sirey, 53, 2, 157).

Ce délai de dix ans court-il contre les mineurs ? Il faudrait admettre l'affirmative, si on acceptait les théories admises par les partisans du premier ou du second système. Mais nous n'avons vu dans ce délai qu'un temps d'épreuve pour la construction, passé lequel l'entrepreneur était déchargé de toute espèce de responsabilité. Par suite, nous devons admettre que nous ne nous trouvons pas ici en présence d'une prescription véritable, et que naturellement la minorité du propriétaire n'empêche pas la prescription de courir (arrêt de la cour de Paris du 20 juin 1857, Sirey, 58-2-49). Mais dans cette hypothèse, le mineur peut avoir un recours contre son tuteur, si l'action était éteinte par la faute de ce dernier, avant la majorité du pupille. Dans le cas contraire, les dix ans n'étant pas encore expirés au moment de la majorité, le pupille n'a pas de recours à exercer contre son tuteur : à lui seul incombera désormais la responsabilité de la perte de l'action.

L'accident survient dans les dix ans de la réception des travaux, et l'action est intentée ; le droit du propriétaire à demander des dommages-intérêts existe. Mais devra-t-il prouver que la perte dont il se plaint résulte

d'un vice de construction ou du sol, ou bien ne sera-ce pas au contraire à l'entrepreneur à établir que la perte a été occasionnée par toute autre cause? En un mot, l'entrepreneur est-il présumé en faute? Nous ne pouvons pas admettre cette opinion, et aggraver ainsi la responsabilité de l'entrepreneur, qu'une personne débitrice d'un corps certain, en demeure de le livrer, soit présumée en faute : nous n'y voyons pas d'obstacle; car elle n'a pas rempli ses engagements. Mais ici, au contraire, l'entrepreneur a complètement exécuté son obligation, il a livré l'*opus perfectum* qu'il avait promis : il est responsable des vices de construction et du sol. Au propriétaire de prouver que la perte est arrivée par l'une de ces deux causes : *onus probandi actori incumbit.* Cette preuve faite, l'entrepreneur est condamné à des dommages-intérêts vis-à-vis du propriétaire.

Pour en déterminer le *quantum*, on suivra les principes généraux : on tiendra compte de la perte subie par le propriétaire, par exemple, l'entrepreneur connaissait l'usage pour lequel la maison était bâtie ; elle est détruite par un vice de construction, il doit des dommages-intérêts représentant la valeur de la maison, et la valeur des meubles qui la garnissaient (Pothier, n° 163, *in fine*, *traité des obligat.*) Quant à l'appréciation des meubles, il faut se montrer assez favorable à l'entrepreneur et ne le condamner à restituer que la valeur des meubles ordinaires : « S'il s'était perdu des pierreries « ou des manuscrits d'un prix immense, l'entrepreneur « ne devrait pas être chargé en entier de cette perte; il « est tenu seulement jusqu'à concurrence du prix auquel

« peuvent ordinairement monter les meubles d'une « personne de mon état. » (Pothier, nº 165, *in fine*, *traité des obligat.*)

Nous avons cherché à établir, au début de notre section, qu'il n'y avait louage d'entreprise d'ouvrage, que lorsque le locataire de service fournissait la matière ; et nous avons décidé, en conséquence, que le fait d'avoir chargé un entrepreneur de construire une maison, sur le terrain qui lui appartient, ne constituait pas un louage véritable, mais une vente et un louage.

Faudrait-il appliquer à cette dernière hypothèse l'art. 1792? On a soutenu le contraire, on a prétendu que l'entrepreneur d'une construction qui fournissait en même temps le terrain, était un vendeur, et par suite avait rempli toutes ses obligations dès la livraison et que l'article 1792 ne pouvait pas s'appliquer. Nous ne pouvons pas admettre cette conséquence, bien qu'elle soit conforme au principe posé : et cela parce que nous trouvons à côté de la vente un autre élément, le louage. Et, en effet, en analysant l'opération faite, on doit y voir, l'achat du terrain et le louage d'entreprise : dans ce cas, l'article 1792 s'appliquerait évidemment. Or, ne faudra-t-il pas l'appliquer parce que les parties auront divisé leurs opérations, et qu'elles auront stipulé en bloc la construction d'une maison? Nous ne trouvons aucun motif raisonnable de ne pas appliquer notre article ; sans distinguer par suite entre le cas d'entreprise véritable, et le cas de vente du terrain à charge d'y construire, nous donnerions les mêmes solutions.

Le locataire d'entreprise a deux obligations importan-

tes : 1° recevoir les travaux exécutés ; 2° payer l'entrepreneur.

Le maître doit recevoir les travaux : nous verrons la conséquence de cette obligation, en étudiant la question des risques dans notre contrat. En outre, le maître doit payer l'entrepreneur : le prix dû est le prix convenu entre les parties, ou bien le prix arbitré par un tiers, lorsque les parties ne l'avaient pas fixé à l'avance, ou bien le prix proportionnellement à la mesure du travail.

Relativement à cette créance de l'entrepreneur, nous avons à étudier les règles relatives à la prescription, et au privilége de l'art. 2103, § 4.

Par quel laps de temps se prescrit la créance de l'entrepreneur? Par trente ans, puisque nous ne trouvons pas de règles spéciales au titre de la prescription ; mais nous savons que l'art. 2271 a admis une prescription de un an pour les ouvriers ; et que l'art. 2272 a admis une prescription de six mois pour les marchands. De là, plusieurs questions que nous devons examiner : 1° Lorsqu'un entrepreneur fournit quelques matériaux pour son entreprise, faut-il relativement à ces matériaux appliquer l'art. 2272?

Comment pourrons-nous distinguer l'ouvrier de l'entrepreneur?

La première question ne nous arrêtera pas longtemps. Evidemment, l'entrepreneur qui a fourni des matériaux pour son entreprise, n'a pas fait une véritable vente de ces matériaux, et, par suite, nous n'appliquerons pas la prescription relative au marchand ; nous considérons le contrat de vente, comme l'accessoire du louage d'en-

treprise et la prescription pour l'un et pour l'autre sera acquise par trente ans.

2° Comment distinguer l'entrepreneur et l'ouvrier? Nous adopterions sur cette question particulière la solution professée par M. Marcadé (*De la prescription* sur l'art. 2272, *in fine*) : « C'est par l'appréciation des cir- » constances de fait, plutôt que par des règles écrites » dans le Code, qu'on devra décider si le créancier est » à considérer comme ouvrier, comme marchand, ou » comme entrepreneur. »

Cette opinion a été récemment consacrée par la jurisprudence (arrêts des cours de Bourges, 8 août 1865; Paris, 24 août et 16 novembre 1866; Sirey, 66, 2, 349). Aussi croyons-nous que l'on ne peut pas ici donner des règles absolues, et pour savoir s'il y a simple louage d'ouvrage ou bien entreprise, il faudra rechercher la manière dont les travaux ont été exécutés, le mode d'opérer habituel de celui qui s'en est chargé, et les conditions ordinaires de sa profession. On avait soutenu une opinion contraire, d'après laquelle le contrat d'entreprise aurait présenté pour caractère distinctif la convention d'un prix fait (art. 1779). Sans doute, nous reconnaissons que souvent on devra tenir compte de cet élément, mais pas d'une manière absolue; par exemple, dans les deux cas suivants empruntés à Marcadé, nous admettrions des solutions différentes, bien que le prix fût un forfait. Un ouvrier s'oblige à me faire un vêtement moyennant un certain prix déterminé, et je lui fournis l'étoffe; il y a bien entreprise, mais dans ce cas, nous admettrions la prescription de l'art. 2272. Le même ouvrier se charge

de confectionner une très-grande quantité de vêtements, pour une somme très-considérable ; nous admettrions le véritable louage d'entreprise et la prescription de trente ans.

Quant au privilége de l'art. 2103, § 4, il appartient aux entrepreneurs, architectes, pour garantir la créance de leur salaire. Ce privilége se conserve de la manière indiquée par la loi, au moyen de deux procès-verbaux, l'un fait avant le commencement des travaux, et indiquant l'état des lieux à cette époque, l'autre déterminant la plus value, donnée à l'édifice, par les travaux opérés. Ce privilége a pour base cette idée que les entrepreneurs et architectes ont augmenté par leur travail, la valeur de l'édifice, et que, par suite, ils doivent sur cette valeur être préférés à tous autres créanciers.

Les priviléges ne peuvent pas être étendus d'un cas à un autre, aussi le nôtre ne s'appliquera-t-il pas à toute espèce de travaux : pour certains travaux de défrichement, de dessèchement, les lois nouvelles ont accordé des priviléges spéciaux. Nous avons dit que le privilége n'existait que sur la plus value de l'immeuble. Ce principe a donné lieu à une question controversée : les entrepreneurs sont créanciers de 10,000 ; et privilégiés pour 5,000 montant de la plus value, ils reçoivent 5,000 du propriétaire, perdent-ils leur privilége ? On l'avait soutenu, et voici le raisonnement que l'on avait présenté à l'appui de cette opinion. Les entrepreneurs, dès la réception du second procès-verbal et son inscription, sont créanciers du propriétaire à un double titre, ils sont créanciers chirographaires pour 5,000. Il faut appliquer ici la règle

relative à l'imputation des paiements, et reconnaître que des deux créances, celle-là a été payée qui portait un plus grave préjudice au débiteur; que, par suite la dette priviligée est éteinte, et que le privilége a disparu.

Nous devons reconnaître que le principe admis comme point de départ étant vrai, les déductions sont exactes, mais nous avons peine à croire à ces créances distinctes. Les entrepreneurs sont créanciers, au même titre, de tout ce qui leur est dû ; seulement ils ne pourront opposer ces créances aux créanciers hypothécaires du propriétaire, que dans la mesure de la plus value. Dans ces termes les créanciers hypothécaires n'auront pas à se plaindre, puisque les entrepreneurs ne prendront qu'une valeur égale à la plus value qu'ils ont donnée à l'immeuble. Faut-il appliquer les principes de l'imputation des paiements? Nous ne le pensons pas : ces règles ont été créées pour l'hypothèse de plusieurs dettes distinctes : ici, au contraire, il s'agit d'une seule et même dette ; donc les règles de l'imputation des paiements ne sont pas applicables.

Les entrepreneurs emploient souvent à la confection de leurs travaux des ouvriers, vis-à-vis desquels ils sont obligés en vertu du contrat de louage de services ; et ces ouvriers, créanciers des entrepreneurs, peuvent parfaitement, en cas de négligence ou inaction de ces derniers, exercer les droits qui leur appartiennent, poursuivre le locataire de services, invoquer le privilége de l'article 2103, § 4. En outre, d'après l'article 1798 : « les maçons, » charpentiers et autres ouvriers, qui ont été employés à » la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits

» à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel » les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de » ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au » moment où leur action est intentée. » Cette disposition ne fait-elle que consacrer au profit des ouvriers le droit que leur conférait l'article 1166, ou bien ne devons-nous pas admettre qu'un droit nouveau est reconnu à leur profit ? Nous admettrons sans hésiter cette seconde opinion : les principes généraux suffisaient pour donner aux ouvriers les actions des entrepreneurs, le législateur n'avait pas besoin d'édicter notre article 1798 : c'est donc un droit spécial que la loi a accordé aux ouvriers. Plusieurs questions controversées se posent sur notre article, nous ne les examinerons pas toutes ; nous nous contenterons de poser les principes généraux de la matière.

Toutes les questions soulevées par cet article peuvent se ramener à deux : 1° à qui appartient le bénéfice de l'article 1798 ? 2° quelle est la nature de l'action accordée par la loi ?

A qui appartient le bénéfice de l'article 1798 ? Plaçons-nous dans l'hypothèse d'une entreprise de construction (hypothèse spécialement prévue par la loi). Dans toute entreprise, nous trouvons en présence : 1° le propriétaire, pour le compte duquel l'entreprise est faite ; 2° les entrepreneurs, soit qu'ils se soient chargés de la totalité des travaux à exécuter, ou de quelque portion déterminée (1799). Si les entrepreneurs ont fait faire les travaux sous leur direction par des ouvriers, et qu'ils leur aient fourni les matériaux nécessaires, l'art. 1798 s'applique à toutes les personnes qui ont travaillé sous les ordres

de l'entrepreneur. Mais la question se complique, si nous supposons que l'entrepreneur a donné lui-même à l'entreprise certaines portions de l'entreprise principale ; ou bien, dans cette hypothèse, le sous-entrepreneur fera exécuter les travaux par des ouvriers, ou bien, travaillant lui-même, il ne fera que s'adjoindre d'autres ouvriers. Nous aurons, dans le premier cas, un sous-entrepreneur ; dans le second, un tâcheron. En outre, l'ouvrier qui a traité avec l'entrepreneur peut avoir fourni seulement son industrie, ou encore son industrie et certains matériaux nécessaires à son industrie. Faudra-t-il, dans toutes ces hypothèses, appliquer l'art. 1798, ou en restreindre la portée ? La solution de toutes ces questions et de toutes celles que notre matière peut soulever, dépend de la base que l'on donne à l'article 1798. Par exemple, admet-on que notre article a donné aux ouvriers le droit dont il est question, parce que ces derniers ont augmenté la fortune du propriétaire, ont fait entrer dans le patrimoine de ce dernier une valeur déterminée ? Il s'ensuit que notre article est applicable à toutes les hypothèses que nous avons parcourues : au sous-entrepreneur, au tâcheron, à l'ouvrier qui a fourni des matériaux. Au contraire, voit-on dans l'art. 1798 une mesure de faveur et d'humanité, par laquelle le législateur a voulu garantir à l'homme qui gagne sa vie par son travail le pain de tous les jours et ne pas lui faire perdre le bénéfice de ses labeurs, il faut restreindre la portée des mots *ouvriers* de notre article, et ne l'appliquer qu'aux personnes qui n'ont fait que fournir leur industrie sans idée de spéculation. La question s'est très souvent

présentée dans la jurisprudence, et c'est cette dernière opinion qui a triomphé d'une manière presque générale. (Voir arrêt de la Cour de Cassation, 12 février 1866, Dalloz, 66, 1, 59 ; arrêt 31 juillet 1867, Cassation, ch. req., Dalloz, 68, 1, 25).

Aussi admet-on généralement que l'art. 1798 est un article tout de faveur, qu'il faut restreindre sa solution à la seule hypothèse où il s'agit de protéger le travail manuel, d'assurer le salaire à l'ouvrier proprement dit ; par suite, si l'ouvrier a fourni quelques matériaux, il ne doit plus être considéré comme un ouvrier véritable, et il faut décider, avec la cour de Grenoble, 24 décembre 1868 (Sirey 69, 2, 78) : « que quelque modestes que » soient les proportions, suivant lesquelles l'ouvrier a » choisi la voie de la spéculation, au lieu de ne recher- » cher que le simple salaire de l'ouvrier pour la main- » d'œuvre, il doit être traité selon les règles de la situa- » tion dans laquelle il s'est placé. » (Voir dans le même sens : Dijon, 3 décembre 1868, Sirey 69, 2, 52 : Paris, 27 juillet, 22 août 1867 ; Sirey 68, 2, 280 et 2, 175 ; Cassat. 11 novembre 1867 ; Sirey 67, 1, 429.)

L'action de l'art. 1798 n'appartient donc qu'aux ouvriers proprement dits, et non à ceux qui ont fourni les matériaux, sous-entrepreneurs ou tâcherons.

Les sous-entrepreneurs ont cherché à se faire accorder cette action, en prétendant que leurs ouvriers auraient pu dûment l'exercer, qu'ils les ont désintéressés, et que par suite, ils sont subrogés aux droits et actions qui pouvaient leur appartenir (C. N., 1251-3°). Cette prétention ne pouvait pas être sanctionnée par la justice. L'art.

1251 donne la subrogation, lorsque l'on a payé une dette à laquelle l'on était tenu avec d'autres ou pour d'autres; mais dans le cas qui nous occupe, l'entrepreneur qui a payé ses ouvriers n'a fait qu'exécuter une dette à lui personnelle, et ses ouvriers payés ne peuvent plus invoquer l'art. 1798, leur action est éteinte, ou plutôt n'a jamais existé; comment les sous-entrepreneurs pourraient-ils en demander l'exercice?

Nature de l'action accordée par l'art. 1798.

Deux systèmes sont en présence, sur le point de savoir quelle est la nature de l'action conférée par l'art. 1798. Le premier considère ce droit comme constitutif de privilége au profit des ouvriers: nous ne pouvons adopter cette opinion. La loi ne mentionne pas ce droit au nombre des priviléges; or, les dispositions relatives au privilége devant être restreintes dans leur application, il faut reconnaître que ce n'est pas là un privilége. Nous ne pourrions pas déterminer, du reste, quels biens il frapperait; nous pensons donc, avec presque tous les auteurs, que l'art. 1798 ne confère aux ouvriers qu'une action directe contre le propriétaire, en paiement du salaire qui leur est dû, et le droit des ouvriers contre le propriétaire ne se réalise qu'au moment même où l'action est exercée. De là, plusieurs conséquences très importantes. L'action n'est donnée aux ouvriers contre le propriétaire, que jusqu'à concurrence de ce que ce dernier doit à l'entrepreneur; d'où il suit que les ouvriers ne pourront plus

exercer l'action si l'entrepreneur a été payé (C. N., 1798). Nous devons assimiler au paiement de l'entrepreneur, la cession par lui faite à des tiers, pourvu que la signification de cession soit antérieure à l'exercice de l'action (1690, C. N.). On avait prétendu que la cession faite par l'entrepreneur n'était pas valable et des arrêts l'ont jugé. On disait, en effet, que la créance de l'entrepreneur ne naîtrait qu'après qu'il aurait exécuté ses obligations, et que l'entrepreneur, jusque là, ne peut pas faire de cession valable. (Voir *Revue critique*, t. 5, Mimerel.) Cette solution nous paraît contraire aux principes généraux en matière de cession; l'entrepreneur est créancier en vertu de l'entreprise, il peut parfaitement céder sa créance éventuelle contre le propriétaire. La cession fait disparaître le droit des ouvriers, mais nous avons vu que ces derniers n'ont pas de privilége, et par suite, tant qu'ils n'ont pas intenté l'action, leur droit n'est pas né. Leur droit ne pourrait plus s'exercer au préjudice d'autres créanciers de l'entrepreneur, et des saisies-arrêts faites par ces derniers entre les mains du propriétaire; mais à cet égard, nous devons faire remarquer que les ouvriers sont eux aussi créanciers de l'entrepreneur, qu'ils pourront faire des saisies-arrêts entre les mains du propriétaire et venir en concours avec ses autres créanciers. S'ils profitent de l'art. 1798, ils passent avant les créanciers de l'entrepreneur, autres que ceux qui ont procédé à la saisie-arrêt.

Si l'entrepreneur fait des travaux publics, les ouvriers qu'il emploie jouissent d'un privilége spécial, à eux concédé par la loi du 28 pluviôse an II sur les fonds dus

par l'Etat à l'entrepreneur ; mais ce privilége n'existerait pas sur les fonds dus par les communes, les établissements publics et les départements. (Voir arrêts, Grenoble, 7 février 1868. Sirey 68, 2, 80; Cassat. 12 août 1862; Sirey 62, 1, 958).

4° *Risques de la chose.*

La question des risques dans le louage d'entreprise, fait l'objet des articles 1788, 1789, 1790, 1791. Nous allons présenter le commentaire de ces articles.

Nous allons retrouver dans notre droit les solutions du Droit romain. Nous avons fait remarquer que dans cette législation, il n'y avait pas uniformité de règles quant aux risques, dans la vente et le louage. En Droit français les règles des risques sont les mêmes dans la vente et le louage, cela tient à la règle générale : *res perit domino,* qui a remplacé la règle *res perit creditori* du Droit romain.

Nous pouvons rattacher toutes nos solutions à ce principe général : la loi française a voulu que les risques d'une chose ne fussent à la charge d'une personne, que lorsqu'elle avait eu la chose à sa disposition ; d'où dans notre contrat, les applications suivantes : l'entrepreneur n'aura rempli ses obligations qu'à la perfection complète du travail. L'ouvrage terminé, le maître doit le recevoir ; et toute perte survenue avant la réception du travail par le maître, sera à la charge de l'ouvrier ; il perdra son travail et la matière, ou bien son travail seul ; pourquoi lui permettre de réclamer le salaire ? Il ne lui est dû que

lorsque l'ouvrage sera terminé; or, cet ouvrage le maître ne l'a pas reçu. Cependant si la perte résultait du vice de la chose, l'ouvrier pourrait le réclamer (C. N., 1790). Dans le cas où l'ouvrier ne fournit que son travail, il doit prendre soin de la chose fournie par le maître, et sa faute l'oblige à des dommages-intérêts: (C. N., 1789). Le maître ne peut pas, en refusant la réception de l'ouvrage, maintenir indéfiniment cette situation ; aussi la mise en demeure du maître, d'après les principes généraux (1139-1302, C. N.), fera passer les risques à sa charge. Si l'ouvrage est fait à tant la mesure, nous appliquerons l'art. 1791 ; et à proportion de la réception de certaines portions de l'ouvrage, l'ouvrier sera libéré des risques ; et même le simple paiement du salaire fera supposer la vérification.

5° *Extinction du contrat.*

Les règles relatives aux modes d'extinction du contrat sont les règles générales en matière d'extinction des obligations : cependant, on a admis certaines règles particulières. Le contrat d'entreprise, étant la plupart du temps fait en vue de l'entrepreneur, de l'architecte, on a admis que la mort de ces personnes mettrait fin au contrat (1795, C. N.). Le locataire de services ne peut pas cependant s'enrichir aux dépens de l'entrepreneur ; de là, la disposition de l'article 1796, qui oblige le propriétaire à rembourser aux héritiers de l'entrepreneur, la somme dont les travaux déjà faits pourraient l'enrichir.

L'article 1794 contient une règle particulière à notre contrat, et contraire aux principes généraux du droit. Cet article autorise le locataire d'industrie à résilier le contrat ; or, il est de principe en Droit français, que la convention fait la loi des parties (C. N. 1134) ; cependant cette solution n'a rien d'exorbitant, puisque le maître doit rembourser à l'entrepreneur « ses dépenses, et ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise, » en un mot le *lucrum cessans*, et le *damnum emergens*. L'entrepreneur ne peut pas se plaindre, il aura les bénéfices de l'opération, et n'en aura pas les charges. Cette solution est aussi nécessaire pour le maître, qui a peut-être fait une mauvaise spéculation, et qui pourra ainsi toujours s'arrêter.

Par ces mêmes motifs, nous appliquerions notre article et au cas où l'ouvrier ne fournit pas la matière, et au cas où il la fournit ; il n'a pas à se plaindre et cette solution est encore nécessaire pour le maître.

Pothier donnait les mêmes droits aux héritiers du maître ; nous accepterons cette solution. L'utilité pratique la justifie complètement, et les droits de l'entrepreneur étant sauvegardés, nous devons admettre la solution de notre ancienne jurisprudence, malgré le silence du Code : *Eadem ratio, idem jus.*

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La seule échéance du terme n'emporte pas mise en demeure.

II. N'est pas valable la clause pénale qui est jointe à une promesse de mariage.

Cette promesse ne vaut pas même comme obligation naturelle.

III. Un legs ne peut être fait sous la condition « qu'un tiers le voudra. »

IV. *L'actio præscriptis verbis* est une action de bonne foi.

DROIT COUTUMIER.

I. Le retrait successoral a son origine dans le retrait litigieux.

II. La saisine était donnée à tous les héritiers collectivement et *in solidum*.

CODE NAPOLÉON.

I. La séparation des patrimoines est un privilége.

II. L'article 883 du Code Napoléon ne s'applique qu'entre copartageants et non vis-à-vis des tiers; par exemple, le mari qui, dans une succession partie immobilière et partie mobilière, ne s'est fait attribuer que des immeubles doit récompense à la communauté.

III. Lorsque l'un des époux vient à décéder, durant l'instance en séparation de corps, ses héritiers ne peuvent pas la continuer, et elle ne peut pas être continuée contre eux.

IV. L'héritier renonçant ne compte pas pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve.

PROCÉDURE.

I. Le saisi qui détourne quelques-uns des objets saisis, se rend coupable du délit prévu et puni par l'art. 400 C. P., alors même que la saisie serait nulle.

II. La péremption d'instance laisse subsister l'aveu précis émané de l'une des parties.

III. La demande en séparation de corps formée reconventionnellement par l'époux défendeur à une demande de la même nature introduite par l'autre époux, n'est pas soumise aux préliminaires de la conciliation.

DROIT COMMERCIAL.

I. La femme du commerçant failli ne peut exercer son hypothèque légale, que sur l'immeuble du mari dans l'état où il était au jour du mariage, déduction faite des constructions et améliorations.

II. La commandite a pour origine la prohibition du prêt à intérêt.

III. Dans le cas de faillite du fils débiteur de son père, le fils ne doit rapporter à la succession de son père que le montant du dividende fixé par le concordat et non la somme entière.

DROIT CRIMINEL.

I. L'avocat peut lire aux jurés le texte de la loi pénale et baser sur la gravité de la peine, la demande des circonstances atténuantes.

II. L'étude d'un avoué, d'un notaire, n'est pas un lieu public.

III. La prescription de la peine encourue pour un premier crime, ne met pas obstacle à l'application des peines de la récidive au cas d'un second crime.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Le Maire ne peut engager une instance qui concerne la commune, malgré la délibération du Conseil municipal.

II. Dans le cas même où la commune serait défenderesse, le Maire ne pourrait plaider, lorsque le Conseil municipal délibère qu'il n'y a pas lieu.

III. Le lit des rivières non navigables ni flottables appartient aux riverains.

Vu par le président de la thèse,

MASSOL (de M.).

Vu par le doyen,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

ROUSTAN.

Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des » principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre » public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, arti- » cle 41), mais non pas des opinions purement juridiques, » dont la responsabilité est laissée aux candidats.

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

TABLE DES MATIÈRES.

Droit romain.

Pages.

Du contrat de louage. 1

CHAPITRE Ier. — Éléments nécessaires à la formation du contrat de louage. 3

Sect. 1. — Un objet. 3

Sect. 2. — Un prix. 8

Sect. 3. — Consentement. 21

CHAPITRE II. — Formation du contrat de louage. 24

CHAPITRE III. — Effets du contrat de louage. 26

Sect. 1. — Obligations du bailleur. 27

Sect. 2. — Obligations du preneur. 40

Appendice. — Sanction du contrat de louage. . . 50

Sect. 3. — Sous-location. 59

CHAPITRE IV. — Extinction du contrat de louage. 62

Sect. 1. — Cause d'extinction du contrat de louage dérivant des principes généraux. 62

Sect. 2. — Causes d'extinction particulières au contrat de louage. 67

CHAPITRE V. — Du louage d'industrie. 74

Sect. 1. — Locatio operis faciendi. 80

Sect. 2. — Locatio operarum. 90

Droit français.

Pages.

CHAPITRE Ier. — Du louage d'industrie. 93
SECT. 1. — Du louage des domestiques et ouvriers. . . . 103
§ 1. Personnes qui peuvent faire ce contrat. 106
§ 2. Formation du contrat de louage des domestiques ou ouvriers. 108
§ 3. Obligations des parties contractantes. . . 110
§ 4. Extinction du contrat de louage. 111
SECT. 2. — Des voituriers par terre et par eau. 122
§ 1. Formation du contrat. 130
§ 2. Obligation des parties. 135
§ 3. Sanction du contrat. 144
SECT. 3. — Des devis et des marchés. 148
§ 1. Sujet du contrat. 152
§ 2. Formation du contrat-preuve. 155
§ 3. Obligations des parties. 159
§ 4. Risques de la chose. 175
§ 5. Extinction du contrat. 176

Toulouse, — Imprimerie de BONNAL et GIBRAC, rue St Rome.