

aucun droit réel sur la chose, il contracte seulement une obligation personnelle, celle de faire jouir le sous-preneur; ce sous-bail ne porte aucune atteinte aux droits du bailleur.

33. Du principe que le droit du preneur est personnel, tandis que le droit de l'usufruitier est réel, découlent de nombreuses conséquences; nous nous bornons à signaler les plus importantes. L'article 1719 dit que le bailleur est obligé de faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail; il contracte donc une obligation de faire. En est-il de même du nu propriétaire à l'égard de l'usufruitier? Non, il est seulement tenu de le laisser jouir. De là suit que le bailleur doit délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720); tandis que l'usufruitier reçoit la chose dans l'état où elle se trouve, parce que son droit est dans la chose, tandis que le preneur a un droit contre la personne de son débiteur. Cette obligation du bailleur dure pendant toute la durée du bail. Le nu propriétaire n'a, en vertu de l'usufruit, aucune obligation envers l'usufruitier, il n'est pas son débiteur, c'est sa chose qui est tenue, il doit souffrir que l'usufruitier en jouisse. De là cette conséquence remarquable, consacrée par l'article 1773, qui donne au fermier le droit de réclamer une indemnité pour non-jouissance occasionnée par cas fortuit ou force majeure. Dans l'usufruit, la perte est pour l'usufruitier. Le preneur, n'ayant qu'un droit de créance, n'a d'action que contre le bailleur (n° 1); l'usufruitier a une action réelle contre les tiers détenteurs des choses grevées d'usufruit; son droit est réel, et il peut le faire valoir contre tous.

34. Il y a un cas dans lequel l'analogie entre l'usufruit et le louage est telle, qu'elle a trompé un de nos grands jurisconsultes. On suppose un bail fait à vie; cette jouissance viagère paraît en tout semblable à celle de l'usufruitier; Merlin dit que les deux droits se confondent. C'est une erreur condamnée par la cour de cassation et répudiée par la doctrine. Qu'importe la durée du droit quand il s'agit de déterminer sa nature? L'usufruit est d'ordinaire viager, il peut néanmoins être limité à neuf

ans, terme ordinaire des baux : cessera-t-il pour cela d'être un droit réel? De même, le bail ne laisse pas d'être un droit personnel, quoiqu'il soit stipulé à vie. Donc la différence essentielle entre le bail et l'usufruit subsiste. La cour de cassation dit très-bien que le bail à vie et l'usufruit diffèrent dans leur *nature* et leurs *effets*; elle signale un de ces effets. Il suffisait de dire que le bail à vie est un droit de créance, tandis que l'usufruit est un droit réel. Cela est élémentaire, et l'on a de la peine à comprendre que Merlin ait méconnu cette différence capitale⁽¹⁾. C'est que dans l'ancienne jurisprudence on admettait que le bail de plus de neuf ans transférait le domaine utile. C'était une confusion entre le bail et l'emphytéose et une autre confusion entre l'emphytéose et le bail à cens. Il n'y a jamais de transmission de la propriété dans le bail; l'emphytéose qualifiée de bail ne transfère pas non plus la propriété à l'emphytéote, mais elle lui donne un droit dans la chose, droit réel et immobilier; tandis que le fermier n'a qu'un droit de créance. Nous croyons inutile de poursuivre cette discussion; il y a chose jugée.

SECTION II. — Des conditions requises pour l'existence ou pour la validité du bail.

35. Il y a trois choses essentielles dans le louage : le consentement des parties, sans lequel il n'y a pas de contrat; une chose dont la jouissance est promise par le bailleur au preneur et qui est la cause de l'obligation contractée par celui-ci de payer un loyer ou un fermage, et sans cause le contrat est inexistant : un prix, que l'on appelle loyer ou fermage et qui est la cause de l'obligation contractée par le bailleur de faire jouir le preneur de la chose louée; et la cause, pour le bailleur comme pour le preneur, est une condition requise pour l'existence même du contrat. Il y a, sous le rapport des éléments essentiels du contrat, analogie complète entre la vente et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Usufruit*, § 1, n° 3. En sens contraire, cassation, 18 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3143). Proudhon, *De l'usufruit*, t. 1, p. 113 et suiv., n°s 103 et suiv. Duvergier, t. V, p. 25 n°s 28-30. Comparez mon tome VIII, p. 413, n° 342.

le louage; il s'ensuit que l'on peut argumenter, par analogie, de la vente au bail; le rapporteur du Tribunal en fait la remarque (1).

Il y a une condition que le code semble placer sur la même ligne que le consentement et l'objet, c'est la capacité. Les parties contractantes, dans le louage, doivent sans doute être capables de s'obliger, puisque le louage est un contrat. Mais la capacité n'est pas requise pour l'existence du contrat, elle l'est seulement pour sa validité. Nous renvoyons au titre des *Obligations* pour ce qui concerne la distinction entre les conditions exigées pour qu'un contrat existe et celles qui sont prescrites pour qu'un contrat soit valable.

36. Les parties contractantes peuvent, en général, déroger aux règles que le code établit sur le bail. Dans la matière des contrats, la loi ne fait que prévoir ce que les parties veulent faire, elles sont libres de vouloir autre chose; et quand elles ont manifesté leur volonté, le juge doit interpréter leurs conventions, non pas d'après les dispositions du code civil, mais d'après les clauses du contrat, lesquelles sont une loi pour les parties contractantes et pour les tribunaux (art. 1134) (2).

Toutefois la liberté des parties contractantes n'est pas illimitée. Elles ne peuvent pas déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs et l'ordre public: c'est le droit commun (art. 6). Il faut ajouter que les parties ne peuvent pas déroger aux règles qui tiennent à l'essence du contrat de bail; elles ne peuvent pas l'impossible, et ce serait vouloir l'impossible que de vouloir changer l'essence des choses. Un acte de bail porte que « le preneur renonce à former, pendant tout le cours du bail, aucune action en dommages-intérêts contre le bailleur et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux que ce soit et pour quelque cause que ce soit. » Cette clause a été annulée par le premier juge en vertu du principe que toute stipulation contraire à l'essence du

(1) Mouricault, Rapport, n° 3 (Loché, t. VII, p. 198). Aubry et Rau, t. IV, p. 464, note 3. § 363.

(2) Bruxelles, 4 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 262).

contrat entache ce contrat d'un vice radical qui permet toujours d'en demander la nullité. Pourvoi en cassation. On soutient qu'il est bien de l'essence du louage qu'il soit livré au preneur une chose dont il ait la jouissance, mais que rien n'empêche les parties de déroger aux autres obligations du bailleur: ne pourraient-elles pas stipuler que le bailleur ne sera pas tenu de défendre le preneur contre telle ou telle action qui serait exercée par un tiers? ou que le preneur sera tenu des réparations qui, de droit commun, sont à la charge du bailleur? Sans doute, dit la cour de cassation, les parties peuvent modifier ou restreindre les obligations imposées par la loi au bailleur; mais la clause litigieuse allait plus loin, elle affranchissait d'avance le bailleur de tout engagement, de toute responsabilité, même de la responsabilité de ses faits personnels. Une semblable stipulation est en opposition avec les règles essentielles du contrat de louage, et même avec le principe de tout contrat; car stipuler qu'on ne sera soumis à aucune action, c'est stipuler qu'on pourra manquer à tous ses engagements (1).

§ 1^{er}. Du consentement.

37. Sur quoi doit porter le consentement? En matière de vente, on dit qu'il doit y avoir concours de volontés sur la chose et sur le prix. Dans le louage, cela ne suffit pas; la chose n'est pas livrée au preneur pour toujours, comme dans la vente; le bailleur s'oblige seulement à faire jouir le preneur de la chose louée pendant un certain temps. Ce temps est de l'essence du contrat; il faut qu'il soit déterminé pour que le bail existe. Ce n'est pas que les parties doivent elles-mêmes fixer la durée de la jouissance, elles peuvent s'en rapporter aux dispositions du code qui régissent les baux faits sans écrit; mais si elles ne s'y réfèrent pas et si elles ne parviennent pas à s'accorder sur la durée du bail, il n'y aura pas de louage.

(1) Rejet, 19 janvier 1863 (*Dalloz*, 1863, 1, 248).

C'est ce que la cour de Douai a très-bien jugé dans une espèce où les parties étaient restées en dissidence sur la durée du bail, l'une prétendant que cette durée ne devait être que d'une année, l'autre voulant, au contraire, qu'elle fût de trois, six ou neuf années. Vainement l'une des parties demandait-elle que l'on appliquât les usages locaux, cela supposait que les parties avaient entendu s'en rapporter aux usages; or, leur dissentiment prouvait le contraire; il en résultait qu'il n'y avait pas concours de volontés sur la durée du bail, donc il n'y avait pas de bail (1).

38. Les parties peuvent-elles faire un bail perpétuel? Dans l'ancien droit, on admettait la perpétuité des baux emphytéotiques. Nous avons dit ailleurs que les lois portées pendant la révolution avaient limité la durée de l'emphytéose à 99 ans, et la loi belge de 1824 a maintenu cette limite. On applique cette règle restrictive aux baux ordinaires. La définition même que le code donne du louage exclut les baux perpétuels; l'article 1719 porte que le bailleur s'oblige à faire jouir le preneur pendant un *certain temps*; il est vrai que la loi ne dit pas quel est ce temps, toujours est-il que le bail perpétuel n'est pas un bail à temps. Quant à la limite de temps, celle de la loi de 1790 peut être appliquée, par analogie, au bail ordinaire. Il y a un argument *a fortiori* pour le décider ainsi; le bail emphytéotique était considéré jadis comme transmettant le domaine utile, donc comme translatif de propriété; or, la propriété est perpétuelle de sa nature; mais il suffit qu'il reste au bailleur un droit sur sa chose pour que la perpétuité ne puisse être admise, car son droit serait anéanti par la jouissance trop prolongée du preneur (2). Logiquement on aurait dû admettre pour le bail la même durée que pour l'usufruit, la vie du preneur.

L'emphytéose et le bail pouvant avoir la même durée, il en résulte une analogie apparente entre les deux contrats : il y a toujours cette différence radicale que l'em-

(1) Douai, 5 août 1852 (Daloz, 1853, 2, 176).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 469, et note 22. § 364. Comparez le tome VIII de mes *Principes*, p. 419, n° 345, et p. 421, n° 346.

phytéote a un droit réel, tandis que le droit du preneur est personnel. Mais, en fait, il est très-difficile de décider si les parties ont voulu faire un bail emphytéotique ou un bail ordinaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'emphytéose (t. VIII, n°s 353-360).

39. Un bail est consenti, avec cette clause que le preneur pourra rester dans les lieux tant qu'il lui plaira. Demande en nullité du bail, fondée sur ce que le contrat est vicié par une condition potestative. La cour de Paris répond que cela n'est pas exact; dire que le preneur restera dans les lieux loués tant qu'il lui plaira, c'est dire qu'il pourra y rester toute sa vie; or, le bail à vie n'est pas un contrat sous condition potestative; le preneur est obligé, seulement il peut mettre fin au contrat quand il le voudra. Du reste, tant que le preneur occupe les lieux, il est obligé de payer le loyer, il y a donc lien de droit; ce qui exclut l'idée d'une condition potestative (1).

40. Le code ne contient aucune disposition sur la promesse de bail. De là la question de savoir s'il faut appliquer à la promesse de bail les principes qui régissent la promesse de vente. L'affirmative est admise par tous les auteurs, et elle n'est pas douteuse. Quant à la promesse unilatérale, elle reste sous l'empire du droit commun, puisqu'il n'y a aucune disposition particulière au titre de la *Vente* : on applique les règles sur la pollicitation et sur les contrats unilatéraux. Une promesse de bail unilatérale non acceptée est une pollicitation qui n'engendre aucun lien obligatoire; si elle est acceptée sans que la partie qui l'accepte s'oblige, de son côté, à donner ou à prendre à bail, il y a contrat unilatéral, lequel deviendra un contrat bilatéral de bail quand la partie non obligée aura donné son consentement. Quant à la promesse bilatérale de vente, l'article 1589 dit qu'elle vaut vente. Il en est de même de la promesse bilatérale de bail, puisqu'il y a même motif de décider. La promesse synallagmatique renferme toutes les conditions du bail, on le suppose : une chose louée, le prix de la location, la

(1) Paris, 20 juillet 1840 (Daloz, au mot *Louage*, n° 89).

durée du bail et le consentement des parties ; qu'importe que ce consentement soit donné sous forme de promesse ou sous toute autre forme (1) ?

La jurisprudence est en ce sens. Nous rapporterons les décisions, parce qu'elles ont donné lieu à des difficultés qui concernent les principes. Dans l'espèce jugée par la cour de Paris, les locataires, c'étaient les citoyens Maret et Roederer, prétendaient qu'une promesse de bail n'était pas un bail, qu'elle se résolvait en dommages-intérêts, et ils offraient de dédommager le promettant. C'est une erreur évidente. Le contrat de bail, dans sa forme ordinaire, contient aussi une obligation de faire, puisque le bailleur s'oblige à délivrer et à faire jouir ; mais l'obligation de délivrer peut s'exécuter sans l'intervention personnelle du bailleur, donc malgré lui, de même que l'obligation du vendeur ; et dès que l'exécution forcée de l'obligation est possible sans porter atteinte à la liberté personnelle du débiteur, le créancier a le droit de la poursuivre contre le débiteur, dans les obligations de faire aussi bien que dans les obligations de donner : l'obligation du bailleur ou du promettant n'est d'ailleurs pas une simple obligation de faire ; il s'oblige à délivrer la chose louée, donc à donner, dans le sens large de cette expression (2).

Dans un arrêt plus récent, la cour de Paris s'y est trompée. « Considérant, dit-elle, que l'obligation imposée au bailleur (dans une promesse de bail) constitue une obligation de faire qui doit, en cas d'inexécution de la part du débiteur, se résoudre en dommages-intérêts, » elle condamna le promettant à des dommages-intérêts de 750 fr. C'était une double erreur : l'obligation du promettant n'est pas une simple obligation de faire, et quand ce serait une obligation de faire, elle ne se résoudrait en dommages-intérêts que s'il y avait impossibilité d'en obtenir l'exécution forcée. L'arrêt a été cassé. Le tribunal de première instance avait mieux jugé, en autorisant la partie au profit

(1) Duvergier. *Du louage*, t. I, p. 44, n° 43. et tous les auteurs

(2) Paris, 7 nivôse an x (Daloz, au mot *Louage*, n° 80, 1°).

de laquelle la promesse avait été faite, le locataire, à prendre possession de la maison (1).

41. Le code ne parle pas des arrhes qui peuvent accompagner, soit une promesse de bail, soit le louage fait dans la forme ordinaire. Faut-il appliquer l'article 1590, qui présume que, dans les promesses de vente, les arrhes donnent aux parties contractantes le droit de se dédire ? Il faudrait, nous semble-t-il, une disposition expresse pour que l'on pût présumer que les arrhes, dans les promesses de bail, donnent aux parties la faculté de se dédire ; car les arrhes peuvent aussi être un à-compte, elles peuvent encore avoir pour objet de constater que le contrat est parfait. Dans le silence de la loi, ces trois interprétations sont admissibles ; c'est au juge à décider laquelle doit être admise (2).

Les promesses de bail sont très-rares. Quant aux baux faits dans la forme ordinaire, la question n'est pas douteuse ; l'article 1590 ne peut plus être invoqué, puisqu'il ne parle que des promesses de vente. C'est donc une pure question de fait, que le juge décide d'après l'intention des parties contractantes et les circonstances de la cause. Il y a sur ce point un arrêt très-bien motivé de la cour de Dijon. La cour pose en principe que la difficulté est absolument subordonnée à l'appréciation des faits. Dans l'espèce, il s'agissait du renouvellement d'un bail à ferme, à l'occasion duquel le fermier avait donné 25 francs d'arrhes. On comprend que, dans un premier bail, le preneur se réserve la faculté de se dédire, parce qu'il ne connaît pas encore les avantages et les inconvénients qui pourront résulter du contrat ; mais quand il est en possession depuis longues années et qu'il prend la précaution de stipuler la prolongation du contrat, on doit croire qu'il tient à continuer une exploitation dont il a l'habitude et qu'il est intéressé à la continuer. De son côté, le bailleur avait stipulé, lors du renouvellement du contrat, des conditions plus onéreuses, notamment une augmentation de fermage, ce

(1) Cassation, 3 avril 1838 (Daloz, n° 80, 2°).

(2) Comparez Duranton, t. XVII, p. 31, n° 49.

qui manifestait bien l'intention de faire un contrat irrévocable. De plus, le chiffre des arrhes était si modique, en comparaison des charges du bail, qui s'élevaient à plus de 2,300 francs, qu'il était impossible d'admettre que chacune d'elles se fût exposée à la rupture du contrat, en gagnant 25 francs. La cour en conclut que les arrhes avaient été données comme témoignage de la perfection du contrat et de son irrévocabilité; cela était d'autant plus probable que la réconduction avait eu lieu verbalement⁽¹⁾.

La cour de Douai, dans l'arrêt que nous avons cité (n° 37), a jugé que les arrhes ne témoignaient pas de la perfection du contrat, et qu'elles n'avaient pas été données comme impliquant le droit de se dédire. C'était un à-compte sur le premier terme du loyer, à-compte qui constituait un paiement indû, puisque les parties n'étant pas tombées d'accord sur la durée du bail, le contrat n'avait pu se former.

§ II. De la capacité.

42. L'article 1594 dit que tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. Il n'y a pas de disposition analogue au titre du *Louage*, mais le principe est identique; c'est l'application de la règle qui régit tous les contrats: « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » (art. 1123). Les incapacités sont générales ou spéciales. Nous renvoyons aux titres qui sont le siège de la matière, en ce qui concerne l'incapacité des mineurs, des interdits et des femmes mariées. L'article 1124 prévoit encore des incapacités spéciales; le code en établit plusieurs au titre de la *Vente*; il n'y en a pas au titre du *Louage*; c'est pour cette raison que la loi ne s'occupe pas de la capacité en matière de bail. Il y a cependant une incapacité de prendre à bail: aux termes de l'article 450, le tuteur ne peut prendre à ferme les biens du mineur, à moins que le con-

(1) Dijon, 15 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 2, 109).

seil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail. Nous avons dit ailleurs que le conflit d'intérêts qui existe entre le tuteur et son pupille justifie cette incapacité.

L'article 450 défend aussi au tuteur d'acheter les biens du mineur, et l'article 1596 étend cette prohibition aux mandataires quant aux biens qu'ils sont chargés de vendre, aux administrateurs quant aux biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins, enfin aux officiers publics quant aux biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère. Doit-on appliquer ces prohibitions au bail? On enseigne que « les personnes auxquelles l'article 1596 défend de se rendre adjudicataires de certains biens ne peuvent pas non plus, *en général*, s'en rendre locataires (1). » Cela nous paraît très-douteux. La capacité est la règle, l'incapacité l'exception; et n'est-il pas de principe que les exceptions sont de stricte interprétation? Il en doit être ainsi surtout des dispositions exceptionnelles qui établissent des incapacités, la capacité de contracter étant un principe de droit naturel. Donc les incapacités de l'article 1596 doivent être strictement limitées au cas qu'elles prévoient; dès que l'on n'est pas dans les limites de l'exception, on rentre dans la règle, qui est la capacité. Zachariæ objecte l'article 450, qui déclare le tuteur incapable d'acheter les biens du mineur et incapable de les prendre à bail; il en conclut que la loi met sur la même ligne le fait de louer et celui d'acheter, quand il s'agit de personnes dont les intérêts seraient en conflit avec leurs devoirs si on leur permettait soit d'acheter, soit de prendre à bail des biens qu'elles sont chargées d'administrer. Il nous semble que l'article 450 témoigne contre ceux qui l'invoquent. En effet, la loi interdit d'une manière absolue au tuteur d'acheter les biens de son pupille; tandis qu'elle lui permet, au contraire, de les prendre à bail avec l'autorisation du conseil de famille. Donc, dans l'esprit de la loi, l'incapacité d'acheter n'entraîne pas l'incapacité de prendre à bail. Cela se comprend d'ailleurs.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 467, note 8. § 364, d'après Zachariæ.