

61. Il y avait et il y a encore en Bretagne une tenure fort célèbre sous le nom de domaine congéable. C'est un contrat par lequel le propriétaire sépare le fonds de la superficie, et aliène celle-ci sous la faculté perpétuelle de rachat, au profit du preneur qui s'oblige à lui payer une redevance annuelle (1). Ce genre de bail, particulier à la Bretagne, peut y avoir été introduit par suite des longs voyages et des émigrations de ses marins. Le propriétaire qui s'absentait pour un temps indéterminé devait avoir à cœur de s'épargner les embarras de l'administration et de se dispenser des réparations des bâtiments, tout en s'assurant pendant son absence un revenu raisonnable. Or, ce but était atteint par le bail à domaine congéable, combinaison ingénieuse et qui atteste l'originalité du peuple qui en est l'inventeur.

Il y a trois choses dans ce contrat : 1° rétention du fonds par le propriétaire ; 2° vente et translation de la superficie au preneur, moyennant un canon annuel, appelé *rente convenancière* ; 3° faculté perpétuelle et imprescriptible du propriétaire foncier de congédier le colon, en lui remboursant la valeur de la superficie.

Ces sortes de baux, respectés par la loi des 7 juin et 6 août 1791, puis un moment ébranlés par une loi spoliatrice du 27 août 1792, ont été relevés et consolidés par une loi postérieure du 9 brumaire an 6, et on doit respecter toutes les clauses qu'ils renferment et qui ne sont pas contraires aux dispositions générales du Code sur le *louage*. Ils sont encore pratiqués fréquemment en Bretagne. Le preneur peut aliéner son droit, il peut aussi l'hypothéquer ; mais les hypothèques et aliénations qu'il concède sont subordonnées à la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (2).

(1) Répert., v^o *Bail à domaine congéable et congément*. MM. Toullier, t. 3, n^o 103 ; Duranton, t. 4, n^o 89 ; Championnière et Rigaud, t. 4, n^o 3063 ; Paul Pont, des *Priv. et hyp.*, n^o 392.

(2) Sic M. Paul Pont, des *Priv. et hyp.*, n^o 634. — V. pour le surplus un travail de M. Carré sur le *domaine congéable*, travail analysé par M. Duvergier, t. 1, n^o 212 et suiv., et le *Traité du domaine congéable*, par Aulanier.

62. Nous venons de passer en revue les différentes tenures qui présentent de l'analogie avec le bail à ferme, ou qui s'en écartent d'une manière fondamentale. La comparaison de ces relations si variées a fait toucher au doigt l'utilité de ce genre de contrat et le rôle qu'il joue dans la classe des dispositions relatives à la propriété. Nous verrons par l'art. 1711 en quelles catégories il se subdivise suivant les objets auxquels il s'applique. Arrivons maintenant à une autre espèce de louage, dont s'occupe l'art. 1710. C'est celui qui a pour but d'utiliser non plus une chose, mais une industrie.

ARTICLE 1710.

Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des deux parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

SOMMAIRE.

63. Définition du louage d'ouvrage.
64. Quel est le locateur ou le locataire dans ce genre de contrat ? Opinion de Pothier condamnée par le Code Napoléon.
65. Renvoi pour les développements du contrat de louage d'ouvrage.

COMMENTAIRE.

63. L'industrie de l'homme est un bien qu'il peut mettre à la disposition de quelqu'un pour en tirer un profit légitime. Il se forme alors un contrat de louage appelé par notre article *louage d'ouvrage* (1). Le louage d'ouvrage, nerf de l'industrie, considère le travail comme un capital susceptible de négoce et productif d'un revenu. C'est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyen-

(1) D'après Pothier, *Louage*, n^o 392.

nant un prix convenu entre elles. Telle est la définition donnée par notre article (1).

64. En suivant cette idée que le travail est un capital productif, on doit appeler locateur, l'ouvrier qui le fournit à autrui en recevant un salaire; et la partie adverse qui le paye, preneur ou conducteur (2). Cependant il arrive quelquefois que c'est celui qui est chargé de l'ouvrage qui prend le nom de conducteur, tandis que celui qui le paye s'appelle locateur (3). Pothier voulait même que la règle fût d'appeler locateur celui qui s'oblige à payer, et conducteur celui qui reçoit le prix du louage (4). Mais cette règle était beaucoup trop absolue. Car s'il est vrai que louer soit donner une chose à faire ou une chose pour en jouir, *aliquid dare utendum vel faciendum* (5), on sera obligé de convenir que dans le louage d'ouvrage, chaque contractant est tout à la fois locateur et conducteur. Cette idée, émise par la plupart des anciens auteurs (6), a été complétée avec tant de clarté par Cujas (7), que je crois devoir lui en emprunter le développement.

Il y a, dit-il, des jurisconsultes qui pensent que le locateur est celui qui reçoit le prix, et que le conducteur est celui qui le paye, mais ce point de vue n'est pas toujours vrai; car très-souvent celui là est locateur qui paye le prix, tandis que le conducteur le reçoit; par exemple, la personne qui charge un architecte de lui faire une maison est tout à la fois locateur et partie payante, et l'architecte est tout à la fois aussi conducteur et partie prenante. De même, l'individu qui prend un troupeau à garder, un vêtement ou un meuble à

(1) La rédaction primitive portait : *donne quelque chose à faire à l'autre* (Fenet. t. 14, p. 217). Le tribunal proposa de substituer : *à faire quelque chose pour l'autre* (Id., p. 279).

(2) Paul, l. 22 § 2 D. *Loc. cond.*, « *Locat artifex operam suam.* » M. Ducauroy. *Inst. exp'iq.*, n° 1049.

(3) Ulpien, l. 11, § 3, et l. 13, §§ 1, 2, 3, D. *Loc. cond.*

(4) *Louage*, n° 392.

(5) Cujas, sur les *Inst.*, T. *Loc. cond.*

(6) Huberus, sur les *Inst.*, *Loc. cond.* Vinnius, p. 621, n° 2.

(7) *Observat.*, lib. 2, c. 28.

nettoyer, un enfant à élever, est conducteur, quoiqu'il reçoive un salaire (1). Donc, pour savoir qui est locateur ou conducteur, il ne faut pas rechercher qui paye le prix et qui en fait son profit. On ne doit s'attacher qu'à un seul point : c'est que le locateur est celui qui donne une chose à faire ou une chose pour en jouir, et que le conducteur est celui qui la reçoit. Voyons, en effet, quelques exemples propres à démontrer cette vérité. Celui qui me *donne* ses services pour soigner mes vêtements est locateur, et je suis conducteur. Mais il est évident aussi que celui qui *reçoit* mes vêtements pour les soigner, est conducteur, et que je suis locateur. Car s'il me fait jouir de son industrie, ce qui me constitue conducteur, je lui donne une chose à faire, ce qui me constitue locateur. De même, un professeur de droit qui *donne* ses soins pour l'enseignement de la jeunesse, est locateur; il fait profiter ses élèves de sa science et de ses leçons; *dat aliquid fruendum*. Mais aussi le professeur qui *reçoit* des élèves pour les former aux lettres ou au droit, est conducteur, et ses élèves sont locateurs; car ce sont eux qui lui donnent à faire leur éducation. *Dant aliquid faciendum*.

Mais, au milieu de cette double position, quelle est celle qui devra prévaloir? Car il faut fixer les rôles pour déterminer la nature de l'action. La réponse est simple. On examinera comment l'affaire s'est engagée : on recherchera laquelle des deux parties en a pris l'initiative; et celle qui aura donné l'impulsion, celle qui aura sollicité l'autre (2), celle-là prendra le nom de locateur et aura l'action *locati*; l'autre sera plutôt conducteur, et aura l'action *conducti*. Que si on ignore à qui appartient l'idée originaire du contrat (*quemadmodum inter contrahentes res INITA FUERIT*), on aura recours à l'action *præscriptis verbis*. Mais toujours il sera certain que louer, c'est *aliquid faciendum vel fruendum dare*, et que cette règle est invariable.

Cette doctrine de Cujas me paraît extrêmement plau-

(1) V. en effet Ulpien, l. 11, § 5, et l. 13, §§ 1, 2, 3, D. *Loc. cond.*

(2) Si tu me *rogas* et *ultro mihi tuam operam desers*, dit Cujas.

sible; et, dans le silence de la loi, elle était seule de nature à régler les situations respectives, et à donner la raison de préférence entre deux éléments si faciles à confondre.

La question s'est trouvée en face des rédacteurs du Code. Mais leur mission était différente de celle de l'interprète; ils devaient décider législativement ce que le commentateur ne pouvait trancher qu'en pesant des circonstances variables. Voici ce qui eut lieu. Le conseil d'Etat avait défini le louage d'ouvrage, « un contrat par lequel l'une des parties DONNE quelque chose à faire à l'autre » (1). Ici la pensée était évidente. La personne qui paye était le locateur, puisque c'est elle qui donne la chose à faire; le *dare aliquid faciendum* l'emportant sur le *dare aliquid fruendum*, l'ouvrier était seul le conducteur.

Le tribunal proposa de modifier cette rédaction, et sa proposition fut adoptée. Au lieu de DONNER quelque chose à faire, on mit dans la loi : s'ENGAGE à faire quelque chose pour l'autre (2). Par là, les rôles tels que le conseil d'Etat les avait envisagés, se trouvèrent intervertis. L'ouvrier devint locateur. La première obligation, l'obligation dominante, fut celle de celui qui s'engage à faire, et l'obligation de payer le prix ne fut que le corollaire de ce point de départ. Le *dare aliquid fruendum* l'emporta sur le *dare aliquid faciendum*. L'industrie de l'ouvrier fut le point capital, la base de la convention. En faisant jouir la partie adverse de cette industrie, il satisfait à la règle de Cujas, que louer, c'est *aliquid fruendum dare*.

Ainsi, d'après la saine intelligence de notre article, on doit tenir pour certain que désormais c'est l'ouvrier qui est vraiment locateur, et que celui qui le paye est le véritable locataire ou conducteur. M. Mouricault en fit très-justement l'observation dans son rapport à

(1) *Supr.*, n° 63, à la note.

(2) Expressions du tribunal (V. les observ. de la section, Fenet, t. 14, p. 279). Il semblait qu'on eût sous les yeux la théorie de Cujas.

l'assemblée générale du tribunal (1). On ne s'arrêtera donc plus aux dissidences de l'ancienne jurisprudence, à la contrariété des lois romaines et aux définitions de Pothier. Le Code a posé une règle fixe, tirée de la matière même du contrat de louage d'ouvrage (2).

65. Comme le louage d'ouvrage est réglé dans le chapitre 3 de ce titre, nous renvoyons aux articles 1779 et suiv. les observations que nous avons à faire sur sa nature, ses éléments, ses variétés.

ARTICLE 1711.

Ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières :

On appelle *bail à loyer*, le louage des maisons et celui des meubles;

Bail à ferme, celui des héritages ruraux;

Loyer, le louage du travail ou du service (3);

Bail à cheptel, celui des animaux dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qui il les confie.

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'ouvrage se fait (4).

(1) Fenet, t. 14, p. 38.

(2) *Junge* M. Duvergier, t. 1, n° 6. Le Code bavarois (du Louage, art. 1) décide que, soit dans le louage des choses, soit dans le louage d'ouvrage, celui qui reçoit le prix s'appelle *locateur*, et que celui qui use de la chose est *locataire*. (Confér. de M. Ant. de Saint-Joseph, p. 90). Ainsi il y a harmonie dans les résultats entre ce Code et le C. Nap. — D'après M. Marcadé, art. 1708 et suiv., n° 3, il n'y a plus sous le Code Napoléon aucune différence théorique à faire : dans tous les louages, quels qu'en soient l'objet et la nature, le *locateur* est celui qui reçoit le prix, et le *locataire* celui qui le paye.

(3) Le projet primitif du conseil d'Etat ne contenait pas ces mots *du service*. Fenet, t. 14, p. 217.

(4) Ce dernier membre de phrase ne se trouvait pas dans le projet primitif (Fenet, *loc. cit.*). Il fut ajouté sur l'observation de M. Regnaud, qui re-

Ces trois dernières espèces ont des règles particulières (1).

SOMMAIRE.

66. Divisions et subdivisions données par notre article. Lacune dans les articles suivants, quant au louage des meubles et immeubles incorporels.
67. Ordre de ce commentaire d'après l'art. 1711, et renvoi.
68. Origine et signification du mot BAIL.

COMMENTAIRE.

66. Notre article donne les subdivisions du louage des choses et du louage d'industrie. Ces subdivisions feront l'objet des développements qu'on lira dans notre travail. Comme le disait M. Galfi, orateur du gouvernement (2), elles sont de toute évidence, et nous avons peu de chose à y ajouter ici, d'autant que nous serons forcé d'y revenir plus tard pour en exposer le sens et l'application.

Nous remarquerons cependant que, quoique l'art. 1711 parle du louage des meubles à côté du louage des maisons et des héritages ruraux, cependant on ne trouve sous les rubriques qui vont suivre que deux dispositions qui s'appliquent à cette nature de propriété; ce sont les art. 1713 et 1737, et encore l'art. 1743 ne pose-t-il qu'une règle générale d'après laquelle il est permis de louer toutes sortes de biens meubles et immeubles.

présenta que le devis est une convention qui *passé les bornes du louage* lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main-d'œuvre, la fourniture des matériaux (Fenet, t. 14, p. 235). Ce n'est pas ce que pensait Paul, car il disait : « *Quum insulam ædificandam loco, ut sua impensâ conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, id est, faciendi necessitatem . . .* » L. 22, § 2, D. *Loc. cond.*; mais voy. *infr.*, sur l'art. 1787.

(1) Dans l'art. 4 du projet primitif du conseil d'Etat, ce dernier paragraphe était ainsi conçu : « Ces trois dernières espèces ne sont comprises dans le louage que dans un sens très-étendu; elles ont des règles particulières » (Fenet, t. 14, p. 217). Le tribunal demanda que la rédaction fût changée et réduite à ce qu'elle est aujourd'hui, *le surplus ayant paru trop vague et absolument inutile* (Fenet, t. 14, p. 279).

(2) Fenet, t. 14, p. 312.

Le Code n'est pas plus riche de préceptes non plus en ce qui concerne les baux des immeubles autres que les maisons et les biens ruraux. L'art. 1747 est à peu près le seul qui s'en occupe, et encore est-il placé sous une fausse rubrique (1). Cependant ces sortes de baux acquièrent de jour en jour plus d'importance; l'industrie couvre notre sol d'usines, de manufactures, de machines incorporées aux fabriques; elle creuse dans le sein de la terre, des mines, des houillères, des carrières; elle ouvre des chantiers pour ses dépôts et pour ses constructions; elle prend à bail des chutes d'eau pour servir de puissance motrice. Il serait donc d'une mauvaise logique d'argumenter de ce silence du Code contre l'application des principes dans lesquels nous entrerons tout à l'heure, au louage des choses mobilières, par exemple, au louage des bâtiments de mer (2), des instruments de musique, des livres, etc., ou bien au louage des immeubles autres que les maisons et les biens ruraux. J'ai donc vu avec surprise des esprits, fort judicieux d'ailleurs (3), attacher de l'importance à ce silence et en tirer de dangereux arguments. On doit reconnaître que les règles données par le Code Napoléon pour le bail des maisons et des biens ruraux s'appliquent par analogie, et en tant que la nature des choses le permet, au louage des autres immeubles et à celui des meubles. Cette observation a été faite par le tribun Mouricault (4), et elle n'a pas échappé à l'esprit méthodique de M. Zachariæ (5).

67. Au surplus, en nous conformant aux divisions adoptées par notre article, nous traiterons, aux n^{os} 112 et suivants, des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux;

Aux n^{os} 526 et suivants, de celles qui s'appliquent spécialement aux baux à loyer;

(1) *Infr.*, n^{os} 514, 515.

(2) C'est du reste un sujet traité dans le C. de commerce.

(3) Par exemple, M. Duvergier, t. 1, n^o 280, p. 233.

(4) Fenet, t. 14, p. 321, § *Du louage des choses.*

(5) T. 3, p. 2.

Aux n^{os} 630 et suivants, de celles qui sont particulières aux baux à ferme.

Le louage d'industrie fera la matière du commentaire des art. 1780 et suivants.

C'est alors que nous nous occuperons du louage des domestiques, des ouvriers, des voituriers, des devis et marchés, etc., etc.

Enfin, nous verrons sous les art. 1800 et suiv. ce qui concerne le cheptel, qui n'est à vrai dire qu'une espèce de louage d'industrie mélangé de société, quoique M. Mouricault ait voulu en faire un louage de chose (1).

Mais, avant d'aborder ces divisions, nous parlerons sous l'art. 1712 du louage des biens appartenant à d'autres qu'à des particuliers, et, sous l'art. 1713, des choses, soit meubles ou immeubles, qui peuvent faire le sujet du contrat de louage.

68. On aperçoit, du reste, par les catégories faites par notre article, que le contrat de louage prend plus spécialement le nom de *bail*, quand il s'applique aux maisons, aux biens ruraux, aux cheptels. On l'appelle alors *bail à loyer*, *bail à ferme*, *bail à cheptel*.

Ce mot *bail* appartient au plus ancien vocabulaire de la langue française. Il signifie, à proprement parler, le gouvernement ou l'administration d'une chose (2); c'est pourquoi on appelait jadis le tuteur du nom de *bajulus* ou *bail*. Baudoïn, comte de Flandres, qui était tuteur de Philippe I^{er}, roi de France, est qualifié dans les anciens actes ainsi qu'il suit : *Philippi Francorum regis ejusque regi procurator et BAJULUS* (3); en général, l'administration du tuteur se nommait *bail* ou *baillie* (4); et comme le mari avait, dans ces temps de dureté aristocratique, un grand pouvoir sur la personne de sa femme, il est appelé *mari* et *BAIL* de son épouse : *bajulus uxoris* (5).

(1) Fenet. t. 14, p. 321, *in fine*.

(2) Ducange, v^o *Balia* : quævis rerum administratio, et v^o *Bajulia* : protectio tutela Junge Coquille, *Introd. à la cout. du Nivernais*, p. 7, et Pasquier, *Rech.*, l. 2, ch. 14, p. 118 (B).

(3) Id., v^o *Bajulus*.

(4) Id., *BALLIA*, *BAILLIA*, *BALIUM*, *voces*. dit-il, *deductæ à BAJULUS*.

(5) Ducange, v^o *Bajulus*, § 3.

Dans un sens analogue, on appelait *bailli*, le syndic des corporations, parce qu'il administrait les choses de la communauté : *Bajulus artificum* (1); et ce mot prenait une acception plus relevée, mais toujours la même, quand on l'appliquait aux baillis des seigneurs, aux magistrats qui étaient chargés par eux de rendre la justice en leur nom. Mais le mot redescendait dans une sphère plus humble quand il servait à désigner le préposé d'un domaine rural, *baillivus domesticus*, celui que les Romains appelaient *villicus* (2).

C'est de cette source qu'est sorti le mot *bail*, *bajulatus*, synonyme de location (3). C'était l'application d'un terme générique à une position particulière. Car (on vient de le voir), dans tous les cas où le vieux langage français voyait la livraison d'un objet à une personne pour le soumettre à son gouvernement, à son administration, à sa protection, il voyait là un *bail*, une *baillée*.

Du reste, il ne faudrait pas s'étonner de trouver ce mot appliqué à des concessions de terres aboutissant à l'aliénation de la chose, comme par exemple, aux *baux à cens*, aux *baux à rente*. D'une part, si l'on remonte à l'origine, on aperçoit par tous les témoignages historiques que sous l'empire des idées féodales, le droit que se réservait le propriétaire paraissait tellement supérieur, et pour ainsi dire, tellement majestatif (4), que le concessionnaire placé sur la ligne d'un vice-propriétaire subalterne, entraînait tout naturellement dans la classe des baillistes et préposés du dernier étage; d'autre part, le mot *bailler* prit par la suite de l'extension. Il n'impliqua plus nécessairement la pensée d'une garde, d'une administration pour autrui; il signifia aussi donner ou livrer une chose à un titre quelconque, même à titre de propriétaire, et c'est en ce sens qu'il était vulgairement employé avant la révolution.

(1) Ducange, v^o *Bajulus*, § 3

(2) V. Ducange.

(3) Id.

(4) Vieux mot français.

C'est donc à tort que M. Duvergier a cru que la dénomination de bail, réservée pour le contrat de louage, n'a été étendue que par un abus de mots à d'autres tenures plus voisines de l'aliénation (1). Le contrat de louage ne peut pas plus réclamer le mot *bail* comme sien, que tous les autres contrats dans lesquels le propriétaire transfère sa chose en y retenant un droit. En soi, le mot bail est générique, et, pour fixer la nature de la livraison, de la concession qu'il rappelle à l'esprit, il faut un régime qui le complète. De là, *bail à cens*, *bail à rente*, *bail à complant*, *bail à emphytéose*, *bail à domaine congéable*, *bail à nourriture*, *bail à cheptel*, etc., etc. Si quelquefois nous disons un bail tout court, pour désigner un contrat de louage, c'est que les autres espèces de baux sont devenues très-rares dans notre droit moderne, tandis que le bail-louage est d'un usage très-fréquent.

Quant aux mots *ferme* et *cheptel*, nous en donnerons l'étymologie au n° 631, et sous l'art. 1800.

ARTICLE 1712.

Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers.

SOMMAIRE.

69. Transition. Règles spéciales pour les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics.
70. Règles relatives aux baux des biens nationaux. Ne sont plus passés judiciairement. Devant quelle autorité ils ont lieu.
71. Conditions qu'ils doivent contenir.
72. Si les baux passés administrativement emportent hypothèque de plein droit. Si l'hypothèque spéciale ne peut résulter que d'un contrat notarié. Exécution des baux administratifs.
73. Baux des bacs et eaux minérales appartenant à l'Etat.
74. Baux des biens dépendants du domaine de la Couronne.

(1) T. 1, n° 140.

75. Baux des biens des communes.
76. Baux des biens des établissements publics et hospices. — Législation primitive.
77. Décret du 12 août 1807, relatif aux hospices.
78. Combinaison de ce décret avec les lois antérieures. A-t-il abrogé la peine de nullité pour le cas où les baux auraient été faits sans publications et affiches?
Loi du 23 mai 1835, qui proroge à dix-huit ans la durée ordinaire des baux.
Formalités pour les baux excédant dix-huit ans.
79. Baux des maisons et biens ruraux des fabriques, séminaires, écoles ecclésiastiques, chapitres, cures, etc.
80. Location des chaises et concessions de baux dans les églises.

COMMENTAIRE.

69. Quoique les principes généraux qui gouvernent le contrat de louage soient, quant au fond du droit, la règle des baux qui intéressent l'Etat, les communes et les établissements publics; cependant des règlements particuliers ont créé à leur égard certaines mesures de surveillance et de protection dont notre article veut qu'il soit tenu compte. Passons en revue ces garanties spéciales.

§ I. — Des baux de biens nationaux.

70. D'après les lois romaines et dans l'ancienne jurisprudence, les biens et droits appartenant à l'Etat ne pouvaient être affermés qu'en justice (1) et les adjudications qui en étaient passées s'appelaient *baux judiciaires*. Ces baux ne différaient des baux ordinaires, qu'en ce que la justice intervenait pour les adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur, et pour corroborer par son autorité le consentement des parties. Aujourd'hui, ces baux se font à la diligence des receveurs de la régie des domaines, devant le sous-préfet de l'arron-

(1) *Matthæus, de Auctionibus*, liv. 1, ch. 3. Despeisses, *du Louage*, sect. 2, p. 50, n° 3; n° 6. M. Merlin, Répertoire, v° *Bail*, § 17, n° 2, 1. 3. *C. De locat. prædior. civil.* Boitard, *Louage*, n° 376 et suiv. M. Duvergier, t. 1, n° 232 et 121 et suiv.