

intérêt. Je ne fais que reproduire ici les observations très-justes de M. Zachariæ et de ses annotateurs MM. Aubry et Rau (1).

## SECTION III.

## DES DEVIS ET DES MARCHÉS.

## ARTICLE 1787.

Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.

## SOMMAIRE.

959. Différence qui existe entre la section troisième et la section première.  
 960. Du prix fait *per aversionem* et du prix fait à tant la mesure ou la pièce.  
 961. Du prix réglé par l'usage ou par des experts.  
 962. Distinction entre le cas où l'ouvrier ne fournit que son industrie, et celui où il fournit la matière sur laquelle il travaille.  
 963. Dans le premier cas, il y a louage; dans le second, il y a vente. Utilité de cette distinction et ses preuves.  
 964. Cas où il n'y a pas vente, quoique l'ouvrier fournisse les matériaux.  
 965. Discussion pour prouver qu'il ne faut pas donner le nom de louage au cas où l'ouvrier travaille sur sa chose pour le compte d'autrui.  
 966. Réfutation de l'opinion contraire de MM. Duranton et Duvergier.  
 967. Cette opinion est nouvelle et a toujours été repoussée jusqu'à ce jour.  
 968. Opinion particulière à M. Zachariæ, qui reproduit celle de Cassius, condamnée par la jurisprudence romaine.  
 969. Transition.

## COMMENTAIRE.

959. La troisième section du chapitre III, quoique ayant beaucoup d'analogie avec la première, ne se confond pas avec elle. Ce sont deux espèces du même

(1) T. 3. p. 380 et note 21 (3<sup>e</sup> édit.). V. décret du 14 fructidor an 12; du 28 août 1808; 13 août 1810. Loi du 25 mars 1817, art. 115. Ordonn. des 14 février 1820, 27 sept 1827, 16 juillet 1828. Loi du 28 juin 1829.

genre (art. 1779), mais deux espèces ayant chacune leur physionomie et leurs traits particuliers.

La première section, en effet, n'a en vue que des services, ouvrages ou travaux, distribués suivant une certaine mesure de temps, et employés comme moyens d'obtenir tel ou tel résultat général qui demeure au compte du maître. Dans la troisième section au contraire, ce qui fait l'objet du contrat, c'est un résultat préfix, défini, convenu, dont le maître a remis l'issue à l'ouvrier, et que celui-ci a promis de réaliser par son industrie; moyennant un prix fait, et abstraction faite du temps qu'il y emploiera. Quand, par exemple, un fermier loue des journaliers pour l'aider à la moisson, le contrat de louage qu'il passe avec eux ne fait pas passer à leur compte l'opération de la moisson; c'est toujours lui qui reste maître de l'entreprise; c'est lui qui supporte les lenteurs imprévues qu'elle peut entraîner. Les journaliers ont gagné jour par jour le prix de leur travail, et ils en sont créanciers avant même que la moisson ne soit finie. Pourvu qu'ils emploient leur temps loyalement et convenablement, ils sont quittes envers le maître, indépendamment de la fin de l'entreprise. Mais si j'emploie un charpentier pour faire une toiture à ma maison de ferme, moyennant un prix fait, je ne dois le prix qu'autant que l'ouvrage est consommé, et le charpentier ne sera libéré envers moi de son obligation qu'autant que l'ouvrage m'aura été livré par lui en bon état de réception (1). Nous verrons plus tard l'utilité de ces distinctions admises déjà dans l'ancienne jurisprudence, mais dont le Code Napoléon a tiré des conséquences plus précises (2).

960. Le marché à prix fait se présente sous deux aspects.

Quelquefois le prix consiste en une somme unique

(1) M. Duranton, t. 17, n° 218. M. Duvergier, t. 2, n° 333

(2) *Infr.*, n° 977 et 978.

pour la totalité de l'ouvrage. C'est ce que les Romains appelaient *per aversionem locatio conductio* (1).

Quelquefois il est réglé à tant la pièce ou à tant la mesure (art. 1791) (2). C'est ainsi que dans plusieurs de nos provinces, les vigneronns sont chargés de cultiver et de soigner les vignes d'un propriétaire à tant par hectare, pour chaque année (3).

961. Souvent le prix de l'ouvrage n'est pas déterminé d'avance. Mais il n'importe; on sous-entend qu'il sera réglé suivant l'usage, ou bien suivant l'estimation que les parties en feront amiablement, ou bien, enfin, d'après une expertise.

962. Mais voici une autre distinction non moins importante, que nous trouvons écrite dans l'art. 1787.

Ou il est convenu que l'ouvrier fournira seulement son travail ou son industrie, ou il est convenu qu'il fournira aussi la matière.

Dans ces deux hypothèses, le péril de la chose se règle diversement, comme nous le verrons par les art. 1788, 1789, 1790. Mais avant d'en venir à l'exposition de ces différences, il faut rechercher si dans l'un et l'autre cas, le contrat est toujours un louage d'ouvrage. Ce point a soulevé de nombreuses controverses dans le droit romain, et les disputes ne sont pas encore finies. Sachons donc à quoi nous en tenir; car ce point a de l'importance, ainsi que nous le verrons plus bas (4), et les annotateurs de M. Zachariæ ont eu tort de le considérer comme étant de pure curiosité (5).

(1) Florentinus, l. 36, D. *Loc. cond.*

(2) Id., *In pedes, mensurave*. V. *infr.*, n° 973.

(3) Dans le département de la Gironde, on les appelle *Prix-faiteurs*, parce qu'ils sont engagés à prix fait.

(4) V. par exemple, *infr.*, n°s 992, 1015, 1050 et 1044.

(5) T. 3, p. 45, note 2. — Du reste, leur appréciation est modifiée dans la dernière édition de leur œuvre. On y lit que notre système de procédure n'exigeant pas, comme celui du droit romain, la désignation du contrat en vertu duquel l'action est intentée, il n'est plus, à ce point de vue, nécessaire de rechercher si la convention dont il s'agit ici est plutôt une vente qu'un louage (V. 3<sup>e</sup> édit., t. 3, p. 380, note 2).

963. Et d'abord nul doute que l'on ne doive qualifier louage la convention par laquelle on charge un ouvrier de faire un travail en lui fournissant la matière. Ce n'est pas sur ce point que les esprits se sont divisés (1).

Mais en est-il de même quand la matière est fournie par l'ouvrier?

J'ai rappelé ci-dessus le système de Cassius sur cette question: soit une convention par laquelle un individu charge un joaillier de lui faire des bijoux avec de l'or que ce dernier lui fournira. Y a-t-il là un louage, ou une vente, ou un mélange de vente et de louage? On a vu que Gaius et, d'après lui, Justinien, repoussant l'amalgame des deux contrats admis par Cassius, s'étaient prononcés pour l'unité de la convention (*unum esse negotium*), et décidaient qu'il y avait vente et non louage (2). Tel était aussi le sentiment de Sabinus, de Pomponius et de Javolénus (3).

Cette solution était fort plausible; car enfin, quelle différence y a-t-il entre un tel marché et la convention par laquelle je vais chez un bijoutier lui acheter un bijou déjà façonné? Qu'importe que le travail soit fait ou qu'il soit à faire? Dans un cas comme dans l'autre, n'est-ce pas toujours une affaire de même nature? Et si la première est une vente, comme personne ne saurait le contester, pourquoi la seconde serait-elle une vente mêlée de louage (4)?

964. Toutefois ne nous hâtons pas trop de généraliser, et ne disons pas brusquement qu'il y a vente toutes les fois que la matière est fournie par celui qui fait l'ouvrage; nous nous tromperions.

En effet, quoique l'ouvrier soit chargé de faire certaines fournitures, ce ne sera cependant pas un contrat de vente, si le maître fournit de son côté la matière principale. Ce sera un contrat de louage pur et simple.

Pothier donne cet exemple: « Lorsque j'envoie chez

(1) V. Part. 1711.

(2) *Supr.*, n° 789.

(3) L. 20 et 65, D. *De col. em. l.*

(4) Vinnius, *Inst.*, lib. 3, t. 25.

« mon tailleur de l'étoffe pour faire un habit, quoique  
 « le tailleur, outre sa façon, fournisse les boutons, le  
 « fil, même la doublure et les galons, notre marché  
 « n'en sera pas moins un contrat de louage; parce que  
 « l'étoffe que je fournis est ce qu'il y a de principal  
 « dans un habit (1). »

Mais écoutons le jurisconsulte Paul. Il va nous offrir un exemple plus saillant encore (2).

Je fais marché avec un architecte pour qu'il me construise une maison sur un terrain dont je suis propriétaire, à la condition qu'il fournira tous les matériaux. Ici la fourniture est très-considérable, néanmoins notre convention n'est qu'un louage, *quia ædificium solo cedit* (3). Cette opinion était aussi celle de Pomponius et de Sabinus (4).

965. Admise sans contestation dans l'ancienne jurisprudence, cette doctrine est-elle passée dans le Code Napoléon? L'affirmative me paraît plus claire que le jour. Mais comme elle ne se montre pas à tous les esprits avec les mêmes caractères d'évidence, je crois nécessaire d'entrer ici dans quelques détails qui dissiperont, j'espère, tous les nuages.

Lors de la discussion de l'art. 1711 au conseil d'État, M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély fit observer que le devis, marché ou prix fait, est une convention qui *passé les bornes du louage* lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main-d'œuvre, la fourniture des matériaux. Cette observation, juste sous certains rapports, péchait par trop de généralité, ainsi que nous l'avons vu au n° 964 (5). Mais comme elle reposait sur un incontestable fond de vérité, elle produisit son effet. Car M. Regnaud ayant demandé que l'article fût rédigé dans le sens de sa distinction, cette proposition fut adoptée, et l'on ajouta à l'article primitif ces mots remarquables :

(1) Louage, n° 394.

(2) L. 22, § 11, D. *Loc. cond.*

(3) *Junge* Pothier, n° 394.

(4) L. 20, D. *De cont. empt.*

(5) V. aussi *supr.*, n° 66, note 1.

*lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait* (1).

Jusqu'ici, il est clair que la théorie des lois romaines a été sciemment importée dans l'art. 1711, mais elle apparaît plus évidente encore, cette théorie, quand on quitte les généralités de l'art. 1711 pour étudier les dispositions spéciales de la section 3 du chapitre III. On voit en effet que l'idée de M. Regnaud avait présidé à la rédaction originale de la section 3; car l'art. 1787 (art. 110) était ainsi conçu dans le travail proposé au conseil d'État :

« Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage,  
 « on peut convenir qu'il fournira seulement son travail  
 « ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la  
 « matière.

« Dans le premier cas, *c'est un pur louage.*

« Dans le second, *c'est une vente d'une chose une fois  
 « faite* (2). »

Rien de plus frappant que ce texte; il démontre que M. Regnaud n'avait voulu rien autre chose que mettre l'art. 1711 d'accord avec lui.

Mais bientôt voici ce qui arriva. Le Tribunal proposa de supprimer ces deux alinéas, *comme étant de pure doctrine et n'ayant nullement le caractère d'une disposition législative* (3). C'est à cet amendement que nous devons la rédaction actuelle de l'art. 1787.

Ainsi, ce n'est pas pour s'éloigner des lois romaines qu'on effaça de l'art. 1787 les deux paragraphes qui le terminaient; c'est pour ne pas faire de la doctrine, et pour conserver à la loi son langage impératif et dispositif.

Et d'ailleurs, comment le Tribunal aurait-il eu la pensée de faire du nouveau? N'avait-il pas devant les yeux l'art. 1711 déjà sanctionné par lui? Ne s'était-il pas associé à l'amendement de M. Regnaud (4)? N'avait-il pas cherché à le rendre plus clair et plus correct?

(1) Fenet, t. 14, p. 235 et 279. *Supr.*, n° 66, note 1. — (2) *Id.*, p. 233.  
 — (3) *Id.*, p. 289. — (4) *Id.*, p. 279.

Peut-on supposer que, faisant tout à coup volte-face, il voulût se mettre en contradiction avec lui-même ?

Mais continuons à suivre dans toutes ses phases la pensée du législateur.

« L'art. 1787, disait M. Mouricault, commence par « distinguer le cas où l'ouvrier ne doit fournir que son « travail, de celui où il s'est engagé à fournir aussi la « matière.

« Lorsque l'ouvrier fournit la matière, le contrat se « rapproche de la vente, puisque c'est la chose entière, « matière et travail réunis, que l'ouvrier s'est engagé « à fournir au prix convenu ; il demeure donc proprié- « taire jusqu'à la confection de l'ouvrage, jusqu'au « moment où il est en état, et offre d'en faire la livraison. « La chose reste donc à ses risques jusque-là.

« Si au contraire l'ouvrier n'a promis que son travail, « ou même des matériaux, si la chose principale est fournie « par le maître, comme lorsqu'un entrepreneur s'est « engagé à bâtir une maison sur le terrain du maître, « c'est un véritable bail d'ouvrage (1). »

Certes, il n'est pas possible de tenir un langage plus explicite ; on retrouve là tout le système des lois romaines avec ses principes, ses distinctions, ses limitations.

966. Comment se fait-il donc que MM. Duranton (2) et Duvergier (3) aient vu dans l'art. 1787 le renversement de tout cela ? Comment se sont-ils imaginé que le législateur, effaçant par l'art. 1787 ce qu'il avait écrit dans l'art. 1711, a imprimé le caractère d'un louage pur et simple au contrat en vertu duquel l'ouvrier donne tout à la fois son ouvrage et la matière ? C'est qu'ils ont négligé d'étudier les épreuves par lesquelles les art. 1711 et 1787 sont passés, et qu'ils ont ignoré l'unanimité d'efforts dont ces deux textes ont été environnés par les rédacteurs du Code Napoléon pour reproduire en eux la pensée des lois romaines. Sans quoi

(1) Fenet, p. 340.

(2) T. 17, n° 250.

(3) T. 2, n° 334 et 333.

ils n'auraient jamais pu avoir cette idée radicalement fausse, qu'en rédigeant l'art. 1787 on avait perdu de vue les principes posés dans l'art. 1711 (1)!!!

Mais, disent ces auteurs : Voyez donc l'art. 1787 !! ne dit-il pas d'une manière générale qu'on peut convenir que l'ouvrier fournira la matière ? Dès lors, n'est-ce pas déclarer qu'une telle convention n'est rien autre chose qu'un accident, une condition du contrat de louage ?

Je réponds que l'art. 1787 dit bien que l'on peut convenir que l'ouvrier fournira la matière, mais il n'ajoute pas que c'est là un contrat de louage. Ce sont MM. Duranton et Duvergier qui tirent cette conclusion arbitraire. Et cependant l'art. 1711 aurait dû les avertir, à lui tout seul, qu'elle n'est pas exacte, ou du moins les tenir en garde contre des inductions dont la conséquence est de porter le trouble dans l'économie de la loi : une antinomie est une chose si grave qu'il faut la certitude logique pour la proclamer.

Or, cette certitude existe-t-elle ici ?

Non ! évidemment non !

Je le répète, l'art. 1787 ne dit pas ce qu'on lui fait dire ; il n'est pas coupable de l'addition qu'on lui impute ; il n'aventure rien qui le mette en contradiction avec l'art. 1711. En reconnaissant que le contrat avec l'ouvrier peut porter que ce dernier fournira la matière, il ne qualifie pas cette convention.

Dès lors, la pensée la plus naturelle n'est-elle pas d'expliquer l'art. 1787 par l'art. 1711 ? Ne vaudrait-il pas mieux, dans le doute, concilier ces deux articles que les faire s'entre-choquer et se combattre ?

Voilà ce que les règles ordinaires de l'interprétation auraient pu conseiller à MM. Duranton et Duvergier, en l'absence de tout document officiel sur le sens de l'art. 1787.

Mais quand les discussions du conseil d'État existent, quand on a sous les yeux les observations du Tribunal et les discours de ses orateurs, l'intime confraternité

(1) M. Duranton, *loc. cit.*

des deux articles est encore bien plus éclatante ; et c'est alors surtout qu'on aperçoit combien est hasardée la déduction que MM. Duranton et Duvergier ont arrachée à l'art. 1787.

Et en effet !

La proposition écrite dans cet article est si peu le principe logique de la conclusion que je combats, que dans la rédaction primitive elle était suivie d'une conclusion tout opposée ; tandis que MM. Duranton et Duvergier concluent pour le louage, la fin de l'article primitif concluait pour la vente !!!

Cette fin a été retranchée, je l'avoue. Mais cette suppression affecte-t-elle l'article en lui-même ? Non, sans doute, et cela par deux raisons également considérables : la première, que tous ceux qui ont mis la main à l'art. 1787 se sont accordés à ne voir dans les deux paragraphes élagués que des déclarations de pure doctrine qui ne modifiaient en rien la première partie de la disposition ; la seconde, que les deux paragraphes éliminés sont virtuellement remplacés par l'art. 1714, qui fait leur office et reflète la pensée des lois romaines.

Maintenant, cherchera-t-on à s'émouvoir pour l'honneur de la rubrique ? Dira-t-on qu'il est fort singulier, et par cela même inadmissible, de voir le législateur traiter, dans le titre *du louage*, d'une convention qui n'est qu'une branche du contrat de vente ?

Mais d'abord il serait bien plus étrange et bien plus inadmissible de mettre le législateur en contradiction avec lui-même. Lequel vaut le mieux en effet d'une simple déféction de classement, ou d'une antinomie ?

Et puis, de quoi s'émerveille-t-on ?

Est-ce que dans le projet primitif, où il était écrit en toutes lettres que la convention qui met la fourniture de la matière à la charge de l'ouvrier est une vente, on avait été arrêté par ce respect de la rubrique ? Est-ce qu'on n'avait pas traité sous cette section : *des devis et marchés*, des effets de ce contrat de vente (1) ? Et dès lors faut-il s'étonner de trouver dans la rédaction défi-

(1) V. aussi l'art. 411, qui correspond mot pour mot à l'art. 1788.

nitive ce léger écart que personne, ni dans le sein du conseil d'État, ni dans le sein du Tribunat, n'a jamais songé à désapprouver ?

967. L'opinion que je viens de défendre est celle de M. Delvincourt (1) ; et, il faut le dire, depuis qu'on argumente sur cette question, M. Duranton est le premier, à ma connaissance, qui ait vu un louage pur et simple dans la convention dont il s'agit. On a pu y trouver un mélange de vente et de louage ; c'est ce que voulait Cassius. Mais écarter tout à fait l'élément de vente pour réduire la convention à un simple louage, c'est une prétention inouïe jusqu'à ce jour.

968. M. Zachariæ et ses annotateurs MM. Aubry et Rau l'ont bien senti ; aussi se sont-ils bornés à reproduire le sentiment de Cassius (2) ; ils veulent que la convention participe à la fois de la vente et du louage.

Il est certain, en effet, que l'élément du louage occupe en elle quelque place. On y trouve l'engagement de faire un travail.

Mais cet élément est tellement secondaire par rapport à l'obligation de livrer la matière et d'en rendre l'autre partie propriétaire, que j'aime mieux m'en tenir aux notions qui ont prévalu dans la jurisprudence romaine, et que les rédacteurs du Code Napoléon ont eues sans cesse devant les yeux. Quand on trouve dans une convention deux éléments divers, dont l'un absorbe ou domine l'autre, il est de règle de donner à cette convention le caractère et le nom déterminés par l'élément prépondérant.

969. Passons maintenant aux articles suivants, dont l'objet est de régler certains effets des deux conventions envisagées par l'art. 1787.

(1) T. 3, p. 117. — *Juge* MM. Demant, t. 3, p. 484 ; Marcadé, art. 1787 et suiv., n° 1.

(2) T. 3, p. 330, 381, note 2. (3<sup>e</sup> édit.)

## ARTICLE 1788.

Si, dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose.

## ARTICLE 1789.

Dans le cas où l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute.

## ARTICLE 1790.

Si, dans le cas de l'article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l'ouvrier, avant que l'ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l'ouvrier n'a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n'ait péri par le vice de la matière.

## ARTICLE 1791.

S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties : elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

## SOMMAIRE.

970. Exposé de l'ancienne jurisprudence sur la responsabilité de l'ouvrage avant sa fin ou sa réception.  
 971. 4° Du cas où l'ouvrier travaille sur la chose du maître.  
 972. Suite.

973. Suite.  
 974. Suite. Tout le fondement du droit romain et de l'ancienne jurisprudence française sur cette matière se rattachait à la règle *res perit domino*.  
 975. 2° Ouvrier travaillant sur sa propre chose. C'est encore la règle *res perit domino* qui sert de boussole aux jurisconsultes romains.  
 976. Sur ces deux cas, qu'a fait le Code Napoléon ?  
 977. Suite. Dissentiment entre le Code Napoléon et l'ancien droit. Conclusions différentes auxquelles les deux droits arrivent en partant du même point. Explication de cette divergence.  
 978. Elle n'a pas toujours été comprise. Supériorité du système adopté par le Code Napoléon sur l'ancien.  
 979. Son application et ses conséquences. Le risque est toujours du côté du maître quand il est en demeure de recevoir l'ouvrage.  
 980. Examen des causes qui, hors ce cas, peuvent amener des pertes.  
 981. De la perte de la chose *par la faute de l'ouvrier*. De quelle faute il est tenu.  
 982. De la perte de la chose *par force majeure*.  
 983. Suite.  
 984. Perte de la chose par *son vice intrinsèque*.  
 985. *Quid* s'il était apparent et que l'ouvrier eût dû l'apercevoir ?  
 986. *Quid* si l'ouvrier avait promis d'en répondre ?  
 987. Quand la cause de la perte est ignorée, on présume la faute, et c'est à l'ouvrier à prouver un événement qui l'exonère.  
 988. La réception de l'ouvrage décharge l'ouvrier. Quand elle peut avoir lieu dans les marchés *per aversionem*.  
 989. Et dans les marchés à la pièce ou à la mesure ?  
 990. Quand elle est censée avoir eu lieu.  
 991. Confirmation de cette vérité, que la réception dégage l'ouvrier.  
 992. Exception pour le cas où il a garanti pendant un certain temps la bonté de l'ouvrage.

## COMMENTAIRE.

970. Pour bien comprendre l'étendue et le sens des art. 1788, 1789, 1790, 1791, que nous englobons dans un même commentaire, il est indispensable de connaître les principes de l'ancienne jurisprudence sur la responsabilité de l'ouvrage avant qu'il ne soit reçu ou même parachevé.

971. Dans le système du droit romain admis par la jurisprudence française (1), on faisait une distinction

(1) Pothier, *Louage*, n° 435.