



HAL
open science

Une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil

Marianne Faure-Abbad

► **To cite this version:**

Marianne Faure-Abbad. Une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil. Obligations, procès et droit savant, Presses universitaires juridiques-Poitiers, 2013, 979-10-90426-20-7. halshs-03987922

HAL Id: halshs-03987922

<https://shs.hal.science/halshs-03987922>

Submitted on 14 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Une histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 du Code civil

Marianne Faure-Abbad
Université de Poitiers

1. **La modernité d'un texte ancien.** La montée de l'unilatéralisme dans le contrat est manifeste et les instruments modernes de droit des contrats l'admettent comme concept adapté à la réalité économique dans laquelle évoluent les relations contractuelles¹ ; le phénomène est relayé par la doctrine qui multiplie les thèses de doctorat sur la question². Ce contexte réveille l'intérêt pour le vieil article 1794 du Code civil³, dont on parle assez peu, dissimulé qu'il est derrière deux textes emblématiques du droit de la construction et des marchés privés –les articles 1792 et 1793. L'enjeu de l'article 1794 dépasse pourtant celui de l'article 1793 : c'est une chose de protéger le maître de l'ouvrage du paiement de travaux supplémentaires au forfait convenu ; c'en est une autre de lui accorder le pouvoir de rompre unilatéralement le marché, sans raison⁴ ni préavis donnés : « *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.* ». L'article 1794 est à l'avant-garde de l'histoire de l'unilatéralisme dans le contrat car le maître y est autorisé à sortir du contrat, par sa volonté seule, indépendamment de la bonne ou mauvaise exécution de l'entrepreneur qu'il faudra tout de même indemniser.

2. **Une pièce maîtresse de la maîtrise d'ouvrage.** On pourrait y voir une anomalie au regard de la force obligatoire ou du consensualisme, voire l'autorisation de violer efficacement le contrat, si l'article 1794 ne trouvait pas sa raison dans la nature du contrat d'entreprise et le principe même de la maîtrise d'ouvrage. Le louage d'ouvrage est « un contrat de commandement » écrivait Demogue en 1907⁵ : ayant commandé un ouvrage à travailler selon ses plans, le maître peut tout arrêter par sa décision unilatérale car l'ouvrage est sa chose. L'article 1794 contient la pièce maîtresse de la maîtrise d'ouvrage car le maître dispose de la prérogative ultime de mettre un terme au contrat. L'article 1794 assoit son « rôle de chef »⁶ : autorisé à révoquer unilatéralement le contrat, le maître

¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (Com (2011) 635 final) ; Principes Unidroit du commerce internationale, 2010 ; Convention de Vienne sur la Vente internationale de marchandise 1980. Adde les projets différents projets de réformes du droit des contrats : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, Avant-projet gouvernemental* ou *Avant-projet Terré Pour une réforme du droit des contrats.*

² P. Lemay, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, thèse Lille, 2012 ; C. Delobel, *L'unilatéralisme en droit des contrats, Essai de rationalisation*, thèse Nice 2011.

³ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Ed. Panthéon Assas, 2012, p. 785 ; Ch. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM 2006, spéc. n°158 et s. V. aussi C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ 2002., spéc. n°108

⁴ V. cependant, J.-M. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon contenant l'explication de chaque article séparément*, 6^{ème} éd., tome 6, 1859, p. 193 : « *Nous pensons que les juges doivent, en évaluant le profit que l'entrepreneur pouvait espérer, prendre en considération les circonstances qui ont déterminé le propriétaire à rompre le marché : ils seront plus sévères, par exemple, si la résiliation est l'effet d'un caprice ou de l'inconstance, que si elle est causée par un dérangement de fortune.*».

⁵ « Des modifications aux contrats par la volonté unilatérale », spéc. p. 265 et sq.

⁶ R. Demogue, « Les modifications du contrat par volonté unilatérale », *RTDCiv.* 1907, p. 245 et sq.

peut demander les modifications qu'il estimera utiles, au besoin en négociant un nouveau prix⁷ ; si l'entrepreneur n'y consent pas, le maître –et seulement lui⁸- peut mettre fin au marché en dédommageant l'entrepreneur dans les conditions de l'article 1794. On y a vu longtemps une dérogation au principe de la force obligatoire du contrat justifiée par l'équité avant d'être bridée par le dogme de l'interprétation stricte des exceptions⁹. Avec l'acclimatation du droit des contrats à l'unilatéralisme, la lecture de l'article 1794 du Code civil va peut-être changer¹⁰.

3. Applications. Le texte, inchangé depuis 1804, fut inspiré par un Pothier préoccupé par les revers de fortune des maîtres d'ouvrage qu'une résiliation du marché de construction évitait d'aggraver. Cette situation ne se rencontre guère plus aujourd'hui en cas de recours à l'emprunt pour les marchés de construction de bâtiments –exemple sur lequel raisonnait Pothier. Mais les rédacteurs du Code civil ont choisi de ne pas limiter l'article 1794 à la construction immobilière, à rebours des articles 1792 et 1793. La faculté de résiliation unilatérale appartient donc à tous les maîtres d'ouvrages de marchés à forfait -du réaménagement de chambres d'hôtel¹¹ à l'organisation d'une croisière¹²; elle s'efface en revanche devant le droit moral d'un artiste de voir achevée son œuvre monumentale¹³.

4. Démarche. L'idée d'écrire cette histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 m'est apparue à l'occasion d'un enseignement de cinquième année. Comment expliquer le caractère anecdotique en doctrine d'une disposition procurant au maître de l'ouvrage un tel pouvoir ? Pourquoi ce texte puisant ses racines chez Pothier, savamment discuté par les commentateurs du Code civil, était-il devenu une petite règle dans la littérature doctrinale moderne¹⁴, y compris spécialisée¹⁵ ?

⁷ Si la modification entraîne un bouleversement du marché conclu à forfait, la jurisprudence considère que les nouveaux travaux doivent être payés sur la base d'un contrat distinct du forfait ; les dispositions de l'article 1793 sont alors écartées. V. par exemple, Civ. 3 9 septembre 2009, pourvoi n°08-15728.

⁸ V. cependant *contra*, J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., §32365.

⁹ V. M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, thèse dactyl. Aix-Marseille, 1999.

¹⁰ Comparez la thèse de B. Houin, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II 1973, qui dessine au texte un champ d'application étroit puisqu'il déroge à l'article 1134 sans répondre à un principe qui y serait supérieur (p. 20 et s. pour l'idée générale et p. 246 et s. pour son application à l'article 1794) et celle de G. Durand Pasquier, écrite trente ans plus tard, *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse dactyl., Paris I, 2005, qui propose à l'inverse de généraliser à tous contrats d'entreprise la faculté de résiliation unilatérale de l'article 1794, spéc. p. 821 et s.

¹¹ Civ. 3, 14 mars 2012, pourvoi n°11-13265.

¹² CA Paris, 23 mai 1961, *RTDciv.* 1962, p. 130, obs. G. Cornu.

¹³ Civ. 1 16 mars 1983, *Affaire Dubuffet c/Régie Renault*, *Bull. civ.* I, n°101, pourvoi n°81-14454.

¹⁴ Les manuels de contrats spéciaux y consacrent pour la plupart très peu de développements, excepté le *Traité des contrats spéciaux* de J. Huet qui en fait une analyse soignée et propose sa généralisation « qui en ferait une règle caractéristique du louage d'ouvrage et participant de sa spécificité. », §32265 *in fine*.

¹⁵ En 1965, une chronique paraît au *Dalloz* « Observations sur le marché à forfait » par J. Borricand, p. 105 et sq où la part belle est faite aux articles 1793 et 1792, l'article 1794 ne faisant que quelques apparitions essentiellement pour renforcer la démonstration sur la grande protection dont jouit le maître d'ouvrage d'un marché à forfait dans le Code civil. Pourtant, si les articles 1792 et 1793 sont des outils de protection du maître, l'article 1794 montre le pouvoir qui est le sien sur l'entrepreneur. En 1988, une chronique paraît à la *Semaine juridique* édition générale, où il n'est jamais question de l'article 1794 mais seulement de l'article 1793 : H. Marganne, « Le marché à forfait dans les contrats de droit privé », *JCP* éd. G. 1988, I, 3344.

5. **Constat.** L'histoire des interprétations de l'article 1794 révèle un intérêt doctrinal déclinant simultanément que s'affirme à son endroit le principe d'une interprétation stricte. Paradoxalement, cette généalogie des lectures du texte démontre que son rapport dissident à l'article 1134 n'a pas toujours empêché la doctrine d'en proposer une application large, au-delà même des mots du texte.

6. **Photographies de voyage.** Quelques instantanés pris durant cette remontée dans le passé donnent un avant-goût de la destinée de l'article 1794, qui fut systématiquement exposé et débattu au 19^{ème}, pour ne susciter depuis la fin du 20^{ème} qu'un attrait doctrinal très modéré :

2011. « *L'indemnisation fait que l'usage de cette faculté de résiliation est rarissime* »¹⁶ ;

1965. « *Il est vrai que la garantie peut paraître illusoire puisque l'art. 1794 impose au maître de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* »¹⁷ ;

1947. « *Dérogation évidente à l'article 1134, al. 2, la disposition de l'article 1794 doit être strictement interprétée.* »¹⁸ ;

1907. « *Une fois sorti des termes étroits du texte, rien ne nous empêche d'aller plus loin et de généraliser tout à fait. Dans tous ces cas que j'ai dénommés contrats d'aide, pourquoi ne pas étendre la faculté de l'article 1704 ? Les raisons pratiques sont les mêmes. Pourquoi n'oser affirmer sur un point nouveau non réglé par la loi que si l'on sent un texte tout proche ?* »¹⁹ ;

1852. « *La seule volonté du maître suffit pour rompre le louage d'ouvrage ; en quelque temps que cette volonté se manifeste elle a assez de puissance pour arrêter le travail ; quand même les choses ne seraient plus entières, quand même l'ouvrage serait fort avancé, l'ouvrier doit s'arrêter devant cet obstacle qui met fin à la convention. Quelle est la raison de ce pouvoir exorbitant ?* »²⁰ ;

7. **Pothier.** Au chapitre IV *De la résolution du contrat de louage d'ouvrage*, examinant si le contrat peut se résoudre par la volonté de l'une des parties, Pothier écrit : « *A l'égard du locateur, s'il ne juge plus à propos de faire l'ouvrage qu'il a donné à faire, il peut résoudre le marché, en avertissant le conducteur, et en l'indemnisant. Par exemple, si j'ai fait marché avec un entrepreneur pour la construction d'un bâtiment, et que, depuis le marché conclu et arrêté entre nous, je lui déclare que je ne veux plus bâtir, et que je demande en conséquence la résolution du marché, l'entrepreneur ne peut pas s'opposer absolument à la résolution du marché, et prétendre que je doive lui payer le prix entier du marché, aux offres qu'il fait de remplir de sa part son obligation, et de construire le bâtiment porté au devis* »²¹.

8. **Précisions lexicales. Locateur, conducteur.** Le vocabulaire doit être précisé car il y a entre les mots de Pothier et ceux du langage moderne des évolutions en sens contraire. Au 18^{ème} siècle, quand

¹⁶ A. Benabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^{ème} éd. n°591.

¹⁷ J. Borricand, « Observations sur le marché à forfait », *D.* 1965, chr. P. 105 et sq., spéc. p. 106.

¹⁸ R. Beudant et P. Lerebours Pigeonnière. *Cours de droit civil français*, 2^{ème} éd., 1947, n°201, p. 221.

¹⁹ R. Demogue, « Les modifications du contrat par volonté unilatérale », *RTDCiv.* 1907, p. 245 et sq., spéc. p. 268.

²⁰ T. Troplong, *De l'échange et du louage*, tome 2, 1852, §1024.

²¹ R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet*, 2^{ème} éd., tome 4, *Traité du contrat de louage*, 1861, n°440.

Pothier écrit « à l'égard du locateur », il désigne celui qui donne l'ouvrage à faire qu'on a coutume d'appeler désormais le maître de l'ouvrage ; et le « conducteur » qu'il faut avertir et indemniser est l'entrepreneur de travaux, le *conductor operis* : « La partie qui donne à l'autre l'ouvrage à faire, s'appelle le locateur, *locator operis faciendi* ; celle qui se charge de le faire, s'appelle le conducteur, *conductor operis* »²². On mesure l'écart avec le vocabulaire juridique moderne : « *Locateur d'ouvrage. Celui qui, sans le contrat de louage d'ouvrage (ou entreprise), s'engage à faire un ouvrage. Syn. entrepreneur* »²³. Ce serait Troplong qui, à l'aide des enseignements de Cujas, discutant l'œuvre de Pothier et la rédaction de l'article 1710 du Code civil, aurait remis les mots dans l'ordre qu'on connaît aujourd'hui²⁴ -Pothier se serait donc trompé: c'est l'ouvrier qui est vraiment *locator* et le maître qui le paie *conductor*²⁵ .

9. Marché. Le mot marché est polysémique : il désigne tout à la fois le négoce, le lieu d'échanges et de commerce, la convention. Le marché-convention désigne d'une part « *les engagements que les marchands et d'autres particuliers contractent les uns avec les autres, pour fournitures, achats, ou trocs des marchandises, sur un certain pied, ou moyennant une certaine somme* »²⁶ et, d'autre part le « *Marché (devis et)* » qui est « *l'acte par lequel sont réglées les obligations respectives de celui qui fait un ouvrage, et de celui qui l'entreprend.* »²⁷

10. Devis et marché. L'article 1794 appartient à la section du Code civil des « Devis et marchés »²⁸. Le marché y désigne « *l'acte contenant les conditions suivant lesquelles l'entrepreneur et le propriétaire s'engageront, l'un à exécuter les travaux en se conformant au plan et au devis, l'autre à payer le prix convenu* »²⁹. Selon l'article 1710 du Code civil, « le louage 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 ». D'après le texte qui suit, « 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. Ces trois dernières espèces ont des règles particulières ». Dans la lettre du Code, les devis, marchés ou prix fait décrivent les déclinaisons possibles du louage d'ouvrage dont l'article 1711 dit à titre liminaire qu'il se subdivise en plusieurs espèces particulières. Dans la discussion du texte devant le Conseil d'Etat, Regnaud de Saint-Jean-d'Angely fit cette remarque que la convention « *passé les bornes du louage, lorsqu'elle comprend, indépendamment de la main d'œuvre, la fourniture de matériaux.* »³⁰ Il demandait que l'article soit rédigé dans le sens de cette distinction et l'article 1711 a été adopté avec l'amendement suggéré : « Les devis, marché ou prix

²² R.-J. Pothier, Œuvres, *ibid.*, n°392.

²³ G. Cornu, Vocabulaire juridique Capitant, 3^{ème} éd., V° *Locateur*.

²⁴ C.-F. Brunet-Debaines, *Manuel de droit et de jurisprudence, spécial pour les architectes, entrepreneurs, ouvriers et propriétaires*, 1841, p. 130.

²⁵ R.-T. Troplong, *De l'échange et du louage*, tome 1, n°64., p. 234. Comp. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 7, 4^{ème} éd., 1813, p. 573: après avoir distingué le louage d'ouvrage du louage de choses traité au V° *Bail*, le répertoire fait la distinction entre le louage de choses dans lequel « *c'est le preneur qui est tenu de payer le prix du louage au bailleur* », et le louage d'ouvrage où « au contraire, c'est le bailleur qui doit payer le prix du louage ».

²⁶ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné*, V° *Marché*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Section III du chapitre III du titre VIII du livre III.

²⁹ A. Bénard, *Du contrat de marché ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse Paris 1897, éd. Larose, p. 5.

³⁰ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 14, 1836, p. 235. Nous reviendrons plus tard sur l'objection qu'il formule.

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. »

- 11. Devis, offre de marché.** Le devis est l'offre de marché ; c'est « *un état, généralement détaillé, d'ouvrages ou de travaux à exécuter, avec indication des prix, soit par nature de travail ou corps d'état....soit à forfait* »³¹ ; le marché se conclut donc par acceptation du devis descriptif des travaux et estimatif du prix : « *Le marché constitue à lui seul le contrat dont le devis est le préliminaire* »³².
- 12. Variétés de marchés.** Aujourd'hui la synonymie du marché et du louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise n'est pas discutée ; le mot « marché » est cependant complété d'attributs - « sur devis » ou « à forfait »- pour indiquer le mode de fixation du prix. La méthode est celle du Cahier des clauses administratives générales applicable aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés (NF P 03-001) ; on y trouve définis plusieurs types de marché : le marché à *prix global et forfaitaire* où les prix « sont fixés en bloc et à l'avance », le marché *au mètre*³³ « où le règlement est effectué en appliquant des prix unitaires aux quantités réellement exécutées », les travaux *sur dépenses contrôlées* « pour lesquels l'entrepreneur est rémunéré sur la base de ses dépenses réelles et contrôlées » et le marché *mixte* qui associe différents modes de rémunération.
- 13. Protectionnisme.** Quelle raison justifie la règle instituée par l'article 1794 au profit du maître de l'ouvrage ? Pothier considérait la situation d'un maître d'ouvrage dont un revers de fortune pouvait le conduire à renoncer à l'ouvrage ; il fallait l'autoriser à rompre le marché en indemnisant le conducteur évincé. Se mettant dans la peau d'un maître d'ouvrage, il écrivait : « *il a pu me subvenir, depuis la conclusion de notre marché, de bonne raisons pour ne pas bâtir, dont je ne suis pas obligé de rendre compte ; il a pu me subvenir des pertes dans mes biens, qui me mettent hors d'état de faire la dépense que je m'étais proposée* »³⁴.
- 14. Codification infidèle.** La filiation entre l'article 1794 et le Traité du louage est évidente. Les travaux préparatoires montrent que la codification de la règle s'est faite sans hésitation ni discussion aucune sur le principe même de la faculté de résiliation unilatérale³⁵. Pour autant, la fidélité à Pothier ne fut pas totale car sur deux points -l'un à peine discuté et l'autre pas du tout- la rédaction de l'article 1794 s'écarte de l'œuvre qui l'a inspirée.
- 15. Marché à forfait.** Il est écrit à l'article 1794 que le « maître de l'ouvrage peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait ». Cette précision est absente au Traité du louage ; elle ne pouvait d'ailleurs pas y figurer car Pothier n'avait pas conceptualisé l'idée qu'un marché à prix fait puisse recevoir des solutions très différentes des marchés dans lesquels le prix est estimé après que l'ouvrage est fait. Aux pages dédiées à l'étude du prix, Pothier ne s'attarde guère sur son mode de fixation ; si le prix est « *de la substance du contrat de louage*, est-il écrit, *il n'est pas néanmoins nécessaire que les parties s'en soient expliquées expressément par le contrat ; il suffit qu'elles en*

³¹ Cornu, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, V° Devis.

³² A. Bénard, thèse préc., p. 5.

³³ Ou marché sur série de prix.

³⁴ *Louage*, §440.

³⁵ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 5, p. 277 pour la discussion au Tribunal de Paris et tome 14, p. 265 pour la discussion devant le Conseil d'Etat. V. aussi Loqué, tome XIV, p. 299, sous 1794 : « *cet article n'a donné lieu à aucune observation* ».

soient tacitement convenue »³⁶. Et plus loin, à propos du cas d'une résiliation demandée pour un ouvrage commencé, Pothier charge le maître de payer à l'entrepreneur « le prix de ce qu'il a fait, par estimation et ventilation, ensemble ses dommages et intérêts, s'il en souffre de l'inexécution du marché »³⁷. Chez Pothier, la circonstance que le marché a été conclu à prix fait n'entre pas en considération dans la faculté dont dispose le maître de l'ouvrage d'y mettre fin.

16. Exclusion de l'intérêt négatif. Selon l'article 1794, le maître doit dédommager l'entrepreneur non seulement pour ses dépenses et travaux (*damnum emergens*) mais également de tout « ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise » (*lucrum cessans*). Pothier n'est pas l'inspirateur de cette partie du texte. Certes il concevait qu'il faille « dédommager l'entrepreneur [...] si, avant que je lui eusse déclaré mon changement de volonté, il avait déjà fait emplette de quelques matériaux et qu'il sera obligé de revendre à perte ; s'il avait déjà loué des ouvriers qui lui deviennent inutiles » (dommage subi) ; il ajoutait qu'il fallait aussi, à la différence de la solution retenue pour 1794, « comprendre dans les dommages et intérêts de l'entrepreneur, le profit qu'il aurait pu faire sur d'autres marchés que celui dont on demande la résolution lui a fait refuser » (intérêt négatif). Pour Pothier, l'entrepreneur évincé devait donc être dédommagé du gain manqué des marchés perdus du fait du marché résolu ; en revanche, il n'avait pas songé à lui accorder quelque chose pour le gain manqué du contrat dissout. Peut-être Pothier n'envisageait-il pas l'idée qu'un contrat résolu, fut-ce par la volonté unilatérale d'un seul, puisse donner lieu à une forme d'exécution par équivalent³⁸. Car obliger, comme le fait l'article 1794, le maître de l'ouvrage qui résout à dédommager l'entrepreneur du gain qu'il aurait pu retirer de l'exécution du marché, c'est poser en règle que la résiliation voulue par le maître ne fait pas perdre à l'entrepreneur le droit au bénéfice (net) attendu du contrat. Les travaux préparatoires n'expliquent pas la raison de la distance prise ici avec la solution de Pothier. Le Tribunal de Paris avait pourtant demandé, en vain, davantage de fidélité à Pothier : « Les derniers mots : et tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise sont de trop ; il faut mettre à la place : « et de la perte qu'il a pu faire, à raison d'autres entreprises que le marché dont on demande la résiliation lui a fait refuser ». Voyez Pothier, du Louage, n°440 »³⁹. D'après Troplong, il faut comprendre du maintien de la rédaction primitive que « lorsqu'on voudra calculer le *lucrum cessans*, il ne faudra pas prendre pour élément le bénéfice que l'ouvrier aurait pu faire dans d'autres entreprises qu'il a refusées, mais celui qu'il aurait fait dans l'entreprise avortée. Cette règle est plus précise et plus sûre que celle de Pothier »⁴⁰.

17. Plan. La fortune doctrinale de l'article 1794 décroît après l'épuisement des débats qu'il a animés dans le siècle des commentaires du Code. On a pu croire, au premier temps de nos recherches, qu'il y avait là le signe d'un désintérêt pour un texte jugé ici ou là inutile ; et cette impression tranchait avec l'utilisation contemporaine de l'article que montrait la consultation de la base de données Legifrance de la jurisprudence judiciaire⁴¹. Mais que nous a appris la remontée dans l'histoire des interprétations de l'article 1794 du Code civil est l'importance déterminante du poids

³⁶ Louage, §397.

³⁷ Louage, §441.

³⁸ Pour Pothier les « dommages et intérêts [ne sont] autre chose que l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation » : *Traité des obligations*, n°138.

³⁹ P.-A. Fenet, tome 5, p. 277.

⁴⁰ R.-T. Troplong, *De l'échange et du louage*, n°1026.

⁴¹ De 1961 et 2012, trente six arrêts de la Cour de cassation comprennent l'entrée « article 1794 du Code civil » dans leur texte intégral et dix arrêts de Cour d'appel entre 2005 et 2012.

des dogmes sur la réflexion doctrinale. Car les discussions sur l'article 1794 s'amenuisent en même temps que s'affirme l'idée qu'il est une exception d'interprétation stricte, comme si la conviction largement partagée qu'il faille interpréter strictement l'article 1794 (II) avait fini de tarir les discussions sur ce texte, dont l'interprétation s'était faite jusqu'alors librement (I).

I. Le temps de l'exégèse libre.

18. « Libre. : Qui n'est pas soumis à des entraves »⁴² Gény théoriser la *libre* recherche scientifique en réaction aux limites de la méthode des commentaires du Code à laquelle Bonnacese donnera plus tard le nom d'École de l'exégèse ; mais dans ces cours de Code civil, dans ces commentaires dans l'ordre des articles du Code, le lecteur ne peut qu'être frappé par la liberté avec laquelle les exégètes interprétaient les textes, proposant des solutions en dépassant les mots. L'article 1794 en est un parfait exemple, des motifs d'équité invoqués pour justifier sa règle jusqu'au raisonnement *a fortiori* mené pour en étendre l'application à des cas étrangers à son champ lexical. A dire vrai, les premiers commentaires sont peu disert sur le texte (A) et il faut attendre la génération des juristes formés avec le Code civil pour que la doctrine se mette à discuter sur l'article 1794, de controverses (B) en consensus (C).

A. Avant les discussions, le silence .

19. Toullier et Delvincourt, dont la formation était faite avant la promulgation du Code, vont en entreprendre les premiers commentaires. Leur analyse dans l'ordre des articles du Code sera vue plus tard comme formatrice de l'école de l'exégèse, lorsqu'il s'agira pour Gaudemet⁴³, avec ses maîtres⁴⁴, de réformer la méthode d'interprétation du droit. On a depuis montré que l'existence de cette école devait beaucoup à ceux qui lui ont donné son nom⁴⁵, pour mieux amorcer leur révolution méthodologique⁴⁶. Quoiqu'il en soit cependant, Toullier et Delvincourt ont pour trait commun de parler peu de notre texte. C'est que ces pionniers de l'explication du Code ont travaillé vite et l'approfondissement ne pouvait se faire sur les 2281 articles qu'il comptait en 1804. Le commentaire de Toullier n'ira pas jusqu'à l'article 1794 et celui de Delvincourt se fera à l'économie. Sans doute l'explication d'articles emblématiques ou seulement plus évocateurs, s'imposait-elle alors prioritairement : l'analogie du contrat à la loi (art. 1134) les a par exemple beaucoup occupés à l'aune des cas d'ouverture à cassation⁴⁷ ; ou encore les textes qui rompaient avec le droit romain⁴⁸ ou l'ancien droit que travaillait Pothier⁴⁹. Mais de l'article 1134 al. 2, « *Les conventions ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise* », ils ne disent pas grand-chose. Bien qu'ils formulent les principes contenus à l'article 1134, et parmi eux celui de

⁴² Littré.

⁴³ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, réédition de l'impression de 1935, précédé d'une présentation par Ch. Jamin et Ph. Jestaz, La mémoire du droit, Collection du deuxième centenaire du Code civil. V. aussi Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz 2004, collection Méthodes du droit, p. 134.

⁴⁴ R. Saleilles et F. Gény.

⁴⁵ V. aussi J. Bonnacese, *L'École de l'exégèse en droit civil*, E. de Brocard, 1924.

⁴⁶ V. Ph. Remy, « Eloge de l'exégèse », *Droits*, tome 1, 1985, p. 115 et s.

⁴⁷ Lire les longs développements de Toullier, tome 6, n°193 qui écrit après que la Cour de cassation eut rendu son arrêt Foucault et Coulombe, 1808.

⁴⁸ L'article 1134 al. 3 par exemple, qui montrait que le droit français n'avait pas repris la distinction romaine des contrats de droit strict et des contrats de bonne foi. V. Toullier, n°195.

⁴⁹ Comme l'article 1137 rompant avec la théorie de la prestation des fautes. V. Toullier, tome 6, §230.

l'alinéa deuxième, ni le *Cours de Code Napoléon*⁵⁰ ni *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*⁵¹ ne livrent ces causes de révocation que la loi autorise, ou n'en donnent quelque exemple dans lequel eut pu figurer l'article 1794 (le commentaire suivant l'ordre du Code n'ayant jamais empêché les renvois).

20. Merlin. « *Les conventions dans l'ordre civil sont des liens de droit tissus des mains même des parties, et serrés par l'autorité publique. Il n'y a donc que ceux qui les ont formées, et la société qui les protège, qui puissent les dissoudre. Les parties le peuvent, parce que tout ouvrier a droit de détruire son ouvrage. –La société le peut aussi, parce qu'elle doit rejeter tout ce qui, se formant dans son sein et sous sa protection, tendrait à la nuire* »⁵². Aussi Merlin ignore les facultés légales de révocation unilatérale pour connaître seulement les hypothèses dans lesquelles « *les conventions se résolvent par l'intervention de la société, qui a intérêt de les annuler ; ou par l'autorité de la justice sur la dénonciation qu'on lui fait des vices capables d'en arrêter l'exécution* » (vices du consentement, défaut de cause, lésion, cause illicite, etc.). C'est donc au *verbo louage* qu'il faut chercher l'article 1794 dans le répertoire de Merlin.

21. Merlin. V° Louage⁵³. Le maître de l'ouvrage (qu'il appelle « bailleur ») peut « résoudre » le contrat s'il « *ne juge plus à propos de faire l'ouvrage pour lequel il avait traité* » ; et s'il s'y résout alors que l'ouvrage est commencé, il doit payer « *le prix de ce que l'ouvrier a fait, indépendamment des dommages et intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution du marché. Au V° marché, on ne trouve rien de plus. Le commentaire paraîtrait sec si on n'y voyait poindre l'idée que l'article 1794 aurait plus à voir avec la Section IV « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » qu'avec la section première Des dispositions générales contenant l'article 1134 du Code civil* »⁵⁴.

22. Delvincourt, à l'instar de Merlin, rapporte aussi le texte au droit de l'inexécution du contrat : « *En général, les marchés doivent être bien et fidèlement exécutés par les contractants ; et il y a lieu à dommages-intérêts, en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution, le tout d'après les règles établies au Titre Des contrats en général* ». Mais il fait un pas de plus : « *En conséquence, le maître de l'ouvrage, même donné à forfait* »⁵⁵, *peut toujours résilier le marché par sa seule volonté* »⁵⁶. L'incise suggère une idée que Merlin et Toullier n'avaient pas formulée et qui fera fortune au 19^{ème} siècle: l'article 1794 peut être étendu aux marchés conclus à la pièce ou à la mesure.

B. Avec les discussions, les controverses.

23. Duranton est le premier d'une génération formée après la promulgation du Code. Ces auteurs ont lu leurs prédécesseurs, en continuant parfois l'œuvre⁵⁷ et peuvent, grâce à l'acquis des

⁵⁰ C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, 1813 tome 2, p. 34 et s.

⁵¹ C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, volume 6, 4^{ème} éd., 1824-1825, n°195.

⁵² P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^{ème} éd., 1825, V° Convention, p. 365.

⁵³ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné*, V° Louage.

⁵⁴ Sur cette idée, V. *infra* n°29 et sq.

⁵⁵ C'est nous qui soulignons.

⁵⁶ C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, tome II, 1813, p. 193.

⁵⁷ Duranton est le premier qui expliquera le Code en entier, en 21 volumes (plus une table au tome 22). Troplong comme Duvergier sont des continuateurs de Toullier. Sur la querelle de leurs éditeurs à ce sujet, V.

premiers commentaires, en proposer de plus approfondis, particulièrement sur les textes qui avaient peu retenu l'attention de leurs aînés. La belle époque de l'article 1794 commence donc avec Duranton, au tome 17 de son *Cours de droit français suivant le Code civil*.

24. On y trouve d'abord exposée, et pour la première fois, la *ratio legis* venue de Pothier: « *Comme l'intérêt est la mesure des actions et, qu'on ne pouvait raisonnablement contraindre un propriétaire à continuer des travaux qui ont pu lui devenir inutiles, ou dont, par quelque dérangement survenu dans sa fortune, il se trouverait ensuite hors d'état de payer le prix, la loi autorise le maître à résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage fût déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise.* (Art. 1794). »⁵⁸ « *Comme l'intérêt est la mesure des actions* », la formule (qui verse dans la procédure⁵⁹) résume la praticité d'une règle dont Cornu dira plus tard qu'elle « *veut la liberté pour le maître, sans le dommage pour l'entrepreneur* »⁶⁰ : le maître peut bien rompre le contrat dès lors que l'entrepreneur reçoit l'intérêt d'exécution. Personne n'y perd (dédommagement) et tout le monde y gagne (la liberté pour l'un, le gain pour l'autre⁶¹).

25. Sont ensuite formulées quelques questions techniques, que réglait déjà Pothier : les héritiers du maître ont-ils le même droit ?⁶² Comment calculer le dédommagement lorsque le prix du louage a été payé en tout ou en partie ?⁶³ L'ouvrier a-t-il le même droit que le maître ?⁶⁴ Duranton traite de ces questions puis passe à l'article 1795⁶⁵.

26. Naissance de controverses. Avec le commentaire de l'article 1794, deux questions surgirent qui créèrent la controverse durant tout le 19^{ème} siècle. La première porta sur les rapports du texte, qui est de droit spécial de par sa position au titre VIII du livre III du Code civil, avec les dispositions générales applicables aux obligations conventionnelles : L'article 1794 déroge-t-il au droit commun

l'avis de l'éditeur de Troplong, Charles Hingray, *Bibliographie de la France ou Journal de l'imprimerie et de la librairie*, 1834, p. 865.

⁵⁸ A. Duranton *Cours de droit français suivant l'ordre du Code civil*, tome 10, §257.

⁵⁹ Duranton débuta sa carrière par l'enseignement de la procédure civile. V. la notice biographique du site *Juristoria* de l'Association Domat de l'Université Paris XII.

⁶⁰ G. Cornu, *RTDCiv.* 1962, p. 130.

⁶¹ « *L'entrepreneur aura donc à la fois ce bénéfice, et en plus la disposition de son temps qu'il pourra utiliser à faire d'autres travaux, et enfin il évitera le travail qu'il aurait dû fournir pour l'achèvement de l'ouvrage. La résiliation lui est donc avantageuse* », A. Bénard, *Du contrat de marché ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse Paris, Larose, 1897, p. 301.

⁶² Si les héritiers sont en discorde, « *Pothier dit que le juge doit nommer des arbitres [...] et qu'on devra suivre leur avis* ». Duranton approuve la solution comme raisonnable mais la tempère par considération pour des héritiers qu'un défaut de moyens ou l'éloignement de leur domicile conduirait à demander la résiliation ; ces circonstances « *pourraient être prises en considération, nonobstant l'avis des experts sur l'utilité de continuer les constructions* », *loc. cit.*

⁶³ « *Si cela est fait, il se fera compensation, jusqu'à due concurrence, avec ce qui pourrait être dû à l'architecte ou entrepreneur, et le surplus, s'il y en a, sera restitué.* », *loc. cit.*

⁶⁴ Non, « *il doit exécuter le marché suivant sa teneur, à peine de dommages-intérêts, et il doit l'exécuter dans le temps convenu* ».

⁶⁵ Il n'en dit pas plus dans son commentaire de l'article 1794. On trouve cependant, en amont, la position de Duranton dans le débat élevé sur le cas où l'ouvrier fournit la matière : vente ou entreprise ? *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 17 . Au sommaire de la section III consacrée aux devis et marchés, on lit : « 250. Si c'est réellement un louage dans ce dernier cas, ou bien une vente ? Discussion et différence du Droit actuel d'avec l'ancien sur ce point » (à propos du commentaire de l'article 1711). Sur cette controverse, V. *infra* n°32 et *sq.*

ou en est-il une application ? Le second débat, qui suscita une controverse d'autant plus vive que l'article 1793 était aussi concerné, se noua autour du champ d'application de l'article 1794 : ce texte régit-il aussi pour le cas où l'entrepreneur fournissait la matière de l'ouvrage ?

27. Controverse 1. Disons de suite que la question des rapports entretenus par l'article 1794 avec les dispositions applicables aux obligations conventionnelles en général, fut controversée d'une façon douce -et qui contraste avec la vive opposition qui sépara Troplong et Duvergier sur l'application du texte à l'ouvrier qui fournit la matière, et dont on parlera après. D'ailleurs cette question n'apparaît pas systématiquement dans la littérature doctrinale du 19^{ème}. Duranton⁶⁶, Aubry et Rau⁶⁷ et Marcadé⁶⁸ n'en disent mot. Et quand Troplong s'interroge sur la raison de ce « *pouvoir exorbitant* » qui confère à la volonté d'un seul « *en quelque temps qu'elle se manifeste [...] assez de puissance pour arrêter le travail* »⁶⁹, il n'évoque jamais l'article 1134 : « *C'est que depuis la conclusion du marché il a pu survenir au maître des motifs impérieux de ne pas passer outre ; des pertes ont pu le frapper ; sa fortune a pu se déranger ; il peut se trouver hors d'état de subvenir à la dépense qu'il s'était proposé de faire. La loi n'a pas voulu qu'on exigeât de lui l'impossible. Elle l'a donc sagement autorisé à discéder de la convention, sans l'obliger à déduire des motifs souvent pénibles pour son amour-propre* »⁷⁰. Pothier n'écrivait pas autre chose au §440.

28. Un texte dérogatoire ? Nombreux sont ceux qui formulent d'entrée le caractère dérogatoire au principe établi par l'article 1134 comme Boileux⁷¹, Baudry-Lacantinerie⁷², Huc⁷³ ou Guillouard⁷⁴. Et lorsque l'on note le caractère exceptionnel de cette règle qui contrarie le principe de la révocation par consentement mutuel, l'équité ou l'humanité sont convoquées pour la justifier, sans qu'il paraisse utile d'invoquer l'autorité la loi (art. 1134 al. 2): « *ainsi donc, pour Huc, si l'article 1794 n'existait pas, un puisatier, par exemple, qui se serait chargé de creuser un puits, aurait le droit acquis de creuser ce puits malgré la volonté du propriétaire, qui aurait trouvé ailleurs l'eau dont il avait besoin ! Cela n'est pas soutenable* »⁷⁵.

29. Une « application du droit commun bien compris »⁷⁶ ? L'idée était suggérée par Merlin et Delvincourt lorsqu'ils rapprochaient le dédommagement de l'entrepreneur des dommages et intérêts résultant de l'inexécution⁷⁷. Mais il faut lire Colmet de Santerre et Laurent pour la comprendre entièrement.

⁶⁶ Tome 17, n°257.

⁶⁷ Tome 3, 3^{ème} éd. 1856, §374

⁶⁸ V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 6, 7^{ème} éd., p. 566..

⁶⁹ R.-T. Troplong, *De l'échange et du Louage*, tome II, 1852, n°1024.

⁷⁰ R.-T. Troplong, *ibid.*

⁷¹ J.-M. Boileux, *Commentaire sur le Code contenant l'explication de chaque article séparément*, tome 6, 6^{ème} éd., 1859, p. 195.

⁷² G. Baudry Lacantinerie voit l'article 1794 comme une exception à l'article 1134 al. 2 facile à justifier puisque l'entrepreneur est indemnisé de ses pertes et qu'il obtient en outre tout le bénéfice que lui aurait procuré l'exécution : *Précis de droit civil*, 1884, n°725 ; avec A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, volume 22, *Du contrat de louage*, tome 2, 1898 n°2033 p. 458 et 1907, n° 4092.

⁷³ T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1897, Tome 10, n°430.

⁷⁴ Guillouard, Tome II, n°802, 803.

⁷⁵ T. Huc, *op. cit.*, n°430.

⁷⁶ L'expression est empruntée à T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 10, 1897, n°430.

⁷⁷ V. *supra*, n°21 et 22.

30. Colmet de Santerre démontra la filiation de la règle avec le droit commun pour mieux convaincre qu'il fallût en faire une application large⁷⁸. Dans son idée, l'indemnité due à l'entrepreneur n'est pas seulement fondée sur des considérations d'équité, « *elle dérive de cette règle générale qui soumet la partie qui refuse de tenir ses engagements à des dommages et intérêts, c'est-à-dire à une indemnité représentant la perte éprouvée par l'autre partie et le gain que cette partie aurait dû faire* »⁷⁹.

31. Laurent⁸⁰, probablement parce qu'il écrivait sur les principes⁸¹, débute par la dérogation qu'apporte 1794 « *à un principe fondamental de tout contrat synallagmatique : aucune des parties contractantes ne peut se délier de ses engagements* » ; il ajoute cependant très vite que la dérogation n'est qu'apparente car « *les conditions auxquelles la loi subordonne l'exercice de cette faculté exceptionnelle la font entrer sous l'empire du droit commun* ». Il en veut pour preuve que « *ce sont des dommages et intérêts complets* » que reçoit l'entrepreneur : « *le maître doit payer à l'ouvrier tout ce à quoi est obligée celle des parties qui ne satisfait pas à son engagement ; elle doit des dommages et intérêts qui comprennent ce que l'autre perd et le gain qu'elle manque de faire, [...]* » « *tous les droits de l'ouvrier sont maintenus : il est dédommagé de ses dépenses, on lui paye son travail et tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* ». En définitive chez Laurent, c'est au regard de l'article 1184 que 1794 est une disposition exceptionnelle, « *en ce sens que le maître résilie le marché par sa volonté ; tandis que, d'après le droit commun, le tribunal prononce la résolution du contrat quand l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements (art. 1184).* »⁸².

32. Controverse 2. C'était une question très débattue au 19^{ème} que celle de la qualification à donner au cas où l'entrepreneur fournissait la matière de l'ouvrage, tel l'ébéniste façonnant un meuble avec son bois ou l'entrepreneur édifiant sur un terrain de sa propriété. Fallait-il y voir un louage d'ouvrage ou bien la vente d'une chose future ?⁸³ Justinien, rapporte Merlin⁸⁴, « *dit qu'on doute si certains contrats sont contrats de vente ou contrats de Louage* », et que pour les discerner il faut appliquer cette règle : « *Quand c'est l'ouvrier qui a fourni la matière, c'est un contrat de vente ; si, au contraire, on a fourni à l'ouvrier la matière de l'ouvrage dont on l'a chargé, c'est un contrat de louage* »⁸⁵.

33. Troplong versus Duvergier. « *On se demande, écrit Troplong, si l'art. 1794 s'applique au cas où l'ouvrier travaille sur sa propre chose. L'affirmation est énoncée transitoirement par M. Duvergier, et dans son opinion elle n'est susceptible d'aucun doute ; car on sait qu'il s'est réuni à M. Duranton pour décider que l'ouvrier n'est qu'un locateur d'ouvrage et non le vendeur d'une chose future. Mais*

⁷⁸ Il voulait l'appliquer aux marchés à la pièce et à la mesure, non visés par le texte. Sur cette question, V. *infra* n°40 et sq.

⁷⁹ A.-M. Demante et continué par E. Colmet de Santerre à partir de l'art. 980, *Cours analytique de Code civil*, tome 7, 1873, n°247 bis.

⁸⁰ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tome 26, 1877, n°17.

⁸¹ Mais la présentation est identique dans son *Cours élémentaire de droit civil*, 1878, tome III, n°897.

⁸² F. Laurent, *op. cit.*, n°17 *in fine*.

⁸³ On sait qu'aujourd'hui, la distinction de l'entreprise et de la vente d'une chose à fabriquer passe par le critère de la spécificité du travail commandé, concurrençant largement concurrencé le critère économique.

⁸⁴ P.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V° Louage.

⁸⁵ Il faut, ajoute Merlin, que le principal de la matière soit fournie pour que le contrat soit un louage ; il donne l'exemple de celui qui remet un diamant à un bijoutier pour qu'il en fasse une bague, montée sur de l'or ou de l'argent que l'artisan fournit ; le contrat est un louage « *parce que les diamans qui m'appartiennent, sont ce qu'il y a de principal dans la bague* » (*ibid*).

*dans la nôtre qui admet la proposition adverse, la question doit se résoudre par les principes de la vente. Or, la vente ainsi contractée, quoiqu'elle soit soumise à une condition suspensive, n'en a pas moins l'effet de lier les parties, et l'une ne peut en discéder sans le consentement de l'autre »*⁸⁶. C'était aussi l'opinion de Domat⁸⁷, qui exceptait cependant le cas de la construction sur le sol du maître⁸⁸.

34. La méthode déductive de Duvergier. « §335. Innovation introduite par le Code civil. Il y a vente lorsqu'au moment du traité la chose était confectionnée. Il y a louage d'ouvrage, lorsque l'ouvrier se charge de confectionner une chose qui n'est point faite »⁸⁹ Duvergier démontre empiriquement les raisons pour lesquelles il voit un louage dans la convention par laquelle l'ouvrier travaille avec sa propre matière l'ouvrage commandé par le maître. On observera avec intérêt la méthode consistant à éprouver l'application des textes du louage d'ouvrage, et notamment 1794, d'une part au contrat de vente où le fabricant d'une chose finie la livre moyennant un prix et, d'autre part, aux marchés par lesquels l'ouvrier travaille un ouvrage avec sa matière ou bien celle du maître : « Qu'on essaie d'appliquer les règles du louage d'ouvrage aux deux sortes de marchés, et l'on verra que celui qui [...] doit être considéré comme une vente, les repousse, tandis qu'elles s'adaptent très bien à l'autre. Je trouve chez un orfèvre des pièces d'argenterie, fabriquées dans ses ateliers, qui me conviennent ; nous en déterminons le prix ; le contrat est formé ; ni ma volonté, ni le décès de l'orfèvre ne peuvent le résoudre. Ce n'est pas le cas d'appliquer les articles 1794 et 1795 [...]. Ils seraient au contraire parfaitement applicables, si, au lieu de choisir les objets déjà tout confectionnés, je chargeais l'orfèvre d'exécuter, sur mes indications, certaines pièces d'argenterie. Dans cette seconde hypothèse, je serais maître d'arrêter la fabrication commandée, en donnant une indemnité convenable [...]. »⁹⁰

35. L'argumentation exégétique de Troplong. L'argumentation construite par Troplong est un modèle du genre. D'abord le texte : « La preuve que l'article 1794 n'a en vue que le cas où l'ouvrier travaille sur la chose d'autrui, se trouve dans le mot marché dont il se sert, et qui, dans cette section, est synonyme de louage »⁹¹. Ensuite le contexte : « Pour achever de s'en convaincre, il suffit de combiner l'article 1794 avec l'article suivant, qui, continuant à traiter des causes de résolution du contrat qui prédomine cette section, se sert de ces mots : le contrat de louage d'ouvrage. Ceci admis il devient évident qu'on ne peut étendre à un cas de vente une disposition qui n'a été faite que pour le louage ». Et pour finir un argument d'autorité -la sienne : « Assurément, il serait bien extraordinaire

⁸⁶ R.-T. Troplong, *De l'échange et du louage*, tome 2, 1852, §1030. Adde A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 17, 1844, §250.

⁸⁷ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, seconde édition, 1697, Livre I, Titre IV Du louage, Section VII, III, p. 212 : « Si l'ouvrier donne toute la matière et son ouvrage tel qu'il en a été convenu pour un certain prix, comme si un orfèvre se charge de faire de la vaisselle d'argent, de telle façon et pour un tel prix, et fournit l'argent, ce sera une vente et non un louage. Mais si on fournit l'argent à l'orfèvre, ce sera un louage, ou bien un prix fait ».

⁸⁸ J. Domat, *ibid.* § IV : « Si un architecte qui entreprend un bâtiment se charge de fournir les matériaux, ce sera un louage, et non une vente, bien qu'il semble vendre ses matériaux. Car outre que la principale obligation est de donner sa conduite pour le bâtiment, il ne vend pas le fonds dont le bâtiment n'est qu'un accessoire ».

⁸⁹ J.-B. Duvergier continuant C.-B.-M. Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Section III Des devis et marchés, sommaire §335, p. 379.

⁹⁰ J.-B. Duvergier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, loc. cit. §335 in fine.

⁹¹ R.-T. Troplong, *op. cit.*, loc. cit.

que lorsque les art. 1792, 1793, 1795 et 1796 sont inapplicables au cas où l'ouvrier travaille sur sa matière, l'art. 1794 rompît cet enchaînement des idées pour s'emparer de ce cas ».

^{36.} **Art. 1793, même controverse.** Troplong et Duvergier s'opposèrent aussi sur l'application de l'article 1793 au cas d'un entrepreneur fournissant aussi les matériaux, voire le terrain d'assiette de la construction. Duvergier était favorable au jeu de l'article 1793 dans cette hypothèse car « *il n'y a aucune raison pour distinguer entre ces différentes positions* »⁹² ; sa position sur 1794 prolonge sa doctrine sur 1793. C'est donc sans surprise qu'il se fait retoquer par Troplong soulignant sèchement que l'article 1793 évoque la construction d'un bâtiment « *d'après un plan arrêté et convenu avec le PROPRIETAIRE DU SOL !!* »⁹³

37. Arg. art. 1711. D'autres ajouteront un argument de texte à la thèse de Troplong : si « 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 »⁹⁴, c'est qu'ils n'en sont pas lorsque la matière est fournie par celui qui fait l'ouvrage⁹⁵. Ce cas a été ajouté après que Regnaud de Saint-Jean-d'Angely eut observé que les devis, marchés ou prix faits dépassaient les bornes du louage lorsque, outre son travail, l'ouvrier fournissait aussi la matière. Pourtant les articles 1787 et sq. considèrent bien les devis et marchés comme un louage que l'ouvrier ait promis son travail ou qu'il ait aussi fourni la matière. Le Code est donc imparfait⁹⁶.

38. Guillaouard. Pro l'application du texte : c'est une vente. Guillaouard est favorable au jeu de l'article 1794 nonobstant la qualification de vente qu'il retient pour le cas où l'ouvrier fournit la matière⁹⁷ : « *Comme l'application de cette règle, toute d'équité, est très utile au maître et ne nuit point à l'entrepreneur, nous n'hésitons pas à en faire l'application à la vente spéciale qui nous occupe* », puisque la situation du maître est la même et qu'il faut le protéger contre les revers de fortune ; en outre, comme le « *Code n'en a pas donné les règles au titre De la vente* » ; « *nous sommes bien forcés de les chercher dans le contrat spécial qui s'en rapproche le plus, le louage d'ouvrage* ».

39. Aubry et Rau. Pro encore : c'est un louage puis une vente.⁹⁸ La qualification originale qu'Aubry et Rau proposent de donner au cas où l'ouvrier fournit la matière n'aura guère de succès⁹⁹. Il s'agirait d'une convention mixte, un louage d'ouvrage qui muerait en contrat de vente après la réception des travaux. L'article 1794 s'appliquerait dans tous les cas : « *soit que l'ouvrier ne doive*

⁹² Duvergier, §369.

⁹³ R.-T. Troplong, §1022.

⁹⁴ Art. 1711 C. civ.

⁹⁵ C.-F. Brunet-Debaines, *Manuel de droit et de jurisprudence, spécial pour les architectes, entrepreneurs, ouvriers et propriétaires*, par, 1841, p. 130.

⁹⁶ La première rédaction de l'article 1787 proposée au Conseil d'état disposait ce qui suit : « Lorsque l'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 la vente d'une chose une fois faite ». Sur les suppressions proposées par le Tribunat trouvant que la dernière partie était de pure doctrine et n'avait pas le caractère d'une disposition législative, V. P.-A. Fenet, tome 14 p. 234 et 289. Adde J. Grenier de Cardenal, *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1874, p. 143.

⁹⁷ Guillaouard, 1887, *Traité du contrat de louage*, n°805

⁹⁸ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, §374, 3ème éd. 1856, en note.

⁹⁹ V. cependant M. Planiol, *D.* 1912, p. 113, note sous Civ. 18 octobre 1911.

fournir que son travail, ou qu'il fournisse en même temps la matière, le contrat peut, à toute époque, être résolu par la seule volonté du maître, à charge par ce dernier d'indemniser l'ouvrier ou l'entrepreneur de toutes ses dépenses et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise »¹⁰⁰. La justification se trouverait dans l'économie de la règle : « la disposition de l'art. 1794 étant exclusivement fondée sur des considérations personnelles à celui qui a commandé l'ouvrage, et sur l'intérêt qu'il peut avoir à ne pas le faire achever, il n'y a aucun motif pour distinguer entre les deux hypothèses indiquées au texte. On ne verrait pas pourquoi celui qui a traité, par exemple, avec un statuaire pour la confection d'une statue, ne serait pas autorisé à résilier le marché, dans le cas où le marbre devrait être fourni par le statuaire, tandis qu'il en aurait incontestablement le droit s'il l'avait lui-même livré »¹⁰¹.

C. Entre les controverses, un consensus.

40. Quid des marchés à la pièce ou à la mesure ? Dans cette ambiance de débats, un point soulevait l'adhésion de tous : nonobstant la lettre de l'article 1794 –« le marché à forfait »-, des arguments divers militaient pour son extension aux marchés conclus à la pièce ou à la mesure. : « *Et quoique l'article parle d'un marché à forfait, lit-on chez Duranton, sa disposition serait applicable aussi au cas d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, à tant la pièce ou la mesure : la raison est absolument la même.* »¹⁰²

41. Le raisonnement a fortiori emporta le plus de succès¹⁰³. On le rencontre chez Aubry et Rau¹⁰⁴, Boileux¹⁰⁵, chez Troplong¹⁰⁶ et Duvergier¹⁰⁷ qui sur ce point s'accordaient. Il est remarquablement formulé par Grenier de Cardenal qui, à la question « *Le maître peut-il résilier un marché conclu, à la pièce ou à la mesure* » ?, répond « *Oui, a fortiori ; qui peut le plus peut le moins* »¹⁰⁸.

42. L'argument du droit commun est développé par Colmet de Santerre pour justifier l'application de l'article 1794 au-delà des marchés à forfait. Il lisait l'article 1794 comme une

¹⁰⁰ §374d.

¹⁰¹ Aubry et Rau, *op. cit. loc. cit.*

¹⁰² V. déjà Duranton, n°257 : « *Et quoi l'article parle d'un marché à forfait, sa disposition serait applicable aussi au cas d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, à tant la pièce ou la mesure : la raison est absolument la même.* »

¹⁰³ Oublié par les manuels modernes, sauf pour J. Huet, *Les contrats spéciaux*, n°32365 : « *On peut même estimer, d'ailleurs, que la faculté de résilier le contrat se justifie encore mieux lorsque le marché n'est pas à prix fait car, dans cette hypothèse, il se peut qu'en cours d'exécution, les choses allant, le coût des travaux se révèle plus élevé que ne l'envisageait le maître, et qu'il trouve un intérêt particulier à arrêter les frais, quitte à devoir indemniser l'entrepreneur. En outre la distinction entre le marché à forfait et celui qui ne l'est pas n'est pas toujours chose aisée.* »

¹⁰⁴ *Cours de droit civil français d'après Zachariae*, tome 3, 3ème éd., 1856, §374, note 8.

¹⁰⁵ J.-M. Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, préc., p. 195.

¹⁰⁶ R.-T. Troplong, *op. cit.*, §1028 : « *« Si le maître peut résilier par sa seule volonté un tel marché qui de tous est celui qui le lie le plus étroitement, combien à plus forte raison un marché à la pièce ou à la mesure ? »*

¹⁰⁷ Duvergier, *Du contrat de louage*, tome VIII, n°371 : « *la résolution a lieu par l'effet seul du changement de volonté du maître, quoique le marché ait été conclu à forfait, et à plus forte raison, s'il s'agit d'un ouvrage à la pièce ou à la mesure.* »

¹⁰⁸ J. Grenier de Cardenal, *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1874, p. 153. La jurisprudence moderne n'admettra pas le bon sens de l'argument *a fortiori* : V. Civ. 1, 13 janvier 1958, *Bull. civ.* I, n° 28.

application des principes généraux de l'inexécution du contrat et ne faisait aucun mystère de ses motivations : « *Ce n'est pas sans intention que nous montrons dans l'article 1794 une application des principes généraux ; nous voulons avoir le droit de généraliser l'article, de l'étendre hors de l'hypothèse du marché à forfait, comme nous avons entendu l'article 1793, car il est difficile de trouver une raison pour distinguer, au point de vue qui nous intéresse, entre ce marché et les différentes autres espèces de marchés d'ouvrages. Les principes sur l'effet des obligations régissent ces conventions et l'équité ne permet pas, quelle que soit la nature du marché, d'imposer au maître de l'ouvrage des déboursés que doit faire l'ouvrier pour achever l'ouvrage quand le maître arrête à temps les travaux et donne, à titre d'indemnité, tout ce que l'ouvrier aurait pu gagner dans l'entreprise* »¹⁰⁹.

43. L'argument des architectes. La deuxième édition du manuel des lois du bâtiment justifie le jeu du texte aux cas des marchés non forfaitaires par l'argument de la responsabilité délictuelle. Ayant expliqué que tout entrepreneur pourvu d'un marché régulier que le maître résilie par sa seule volonté, doit être dédommagé de toutes ses dépenses, travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise « *alors même que ce marché n'est point un marché à forfait* », le manuel de la Société centrale des architectes invoque l'article 1382 pour en convaincre : « *C'est l'article 1382 qui oblige le propriétaire à réparer le préjudice qu'il cause à l'entrepreneur en rompant le marché : mais ce préjudice étant le même, que le prix des travaux soit fixé avant ou après leur exécution, c'est l'article 1794 qui donne la règle à appliquer dans ce cas* »¹¹⁰.

44. Conclusion à mi chemin. Jusqu'à la fin du 19^{ème}, la pensée que le texte pouvait déroger aux principes généraux n'empêchait pas la doctrine d'en proposer une application aux marchés à la pièce ou à la mesure, c'est-à-dire au-delà des mots du texte. L'exception se montrait donc rebelle à l'interprétation stricte. On sent cependant déjà chez Colmet de Santerre, et surtout chez Laurent, l'influence de l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* qui transformera par la suite la lecture doctrinale du texte. Chez le premier qui a besoin d'affirmer la filiation du texte avec le droit commun pour en proposer une application large. Chez le second où l'on pressent que le caractère exceptionnel de la règle peut raisonner sur son champ d'application : car quoiqu'admettant l'application du texte, *a fortiori*, aux marchés à la pièce ou à la mesure parce que « *le motif d'équité est le même* »¹¹¹, Laurent pointe « *une difficulté de droit : peut-on étendre par analogie une disposition qui, de quelque manière qu'on l'explique, conserve un caractère exceptionnel ? Cela nous paraît douteux* »¹¹².

II. Le temps de l'interprétation stricte.

45. Fin de l'exégèse. Au tournant du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle, Gény défend la libre recherche scientifique¹¹³ et l'on adopte comme modèle la méthode d'Aubry et Rau qui « *[avaient brisé] le plan*

¹⁰⁹ A.-M. Demante et continué par E. Colmet de Santerre à partir de l'art. 980, *Cours analytique de Code civil*, tome 7, 1873, n°247 bis.

¹¹⁰ *Manuel de la Société centrale des architectes*, 1879, p. 356.

¹¹¹ F. Laurent, *Principes*, n°18.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1^{ère} éd. 1899 ; *Sciences et techniques en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 1914-1924. .

du Code pour reconstruire tout le droit civil suivant un ordre rationnel »¹¹⁴. Ces méthodes modernes ouvrent évidemment de nouveaux champs de réflexion puisque la doctrine porte désormais un regard qui embrasse tout le droit civil pour coordonner les principes et construire des théories générales¹¹⁵. Et dès lors que l'on approche 1794 par la théorie générale des contrats, saute immédiatement aux yeux l'exception qu'il apporte à l'article 1134 alinéa deux. Il faudrait expliquer pourquoi la thèse de Colmet de Santerre rapportant l'article 1794 au droit de l'inexécution du contrat n'a pas réussi à s'imposer¹¹⁶ ; si cette thèse avait été majoritaire, l'histoire du texte eut-elle été différente ?

46. Au soir du 19^{ème} siècle, l'interprétation stricte de l'article 1794 s'affirme (A) et sonne l'arrêt des débats (C) malgré les plaidoyers écrits au tournant des 19^{ème} et 20^{ème} siècles en faveur de son application la plus large (B).

A. Affirmation de l'interprétation stricte

47. L'affaire des machines à vapeur. En 1897 la Cour de cassation rendit un arrêt plutôt impopulaire dans le monde industriel¹¹⁷ à propos d'un marché portant sur la construction et la livraison de machines à vapeur, dont la matière avait été fournie par le fabricant. Elle décida que l'article 1794 devait recevoir application « quelle que soit la qualification donnée au contrat, qu'on le considère comme une vente ou comme un contrat de louage »¹¹⁸. La vente est un marché et le prix y est forfaitaire ; la vente est donc un marché à forfait. L'arrêt provoqua l'incompréhension du monde des affaires, où l'on considérait ces marchés de fourniture comme des ventes, donc fermes.

48. Planiol. Au Traité élémentaire, Planiol raconte que « *Les chambres de commerce se sont émues de la décision de la Cour de cassation et ont demandé une modification législative supprimant la faculté de résiliation. Le ministre a refusé de déférer à leur demande et s'est borné à recommander aux industriels d'insérer dans leurs contrats une disposition contraire à celle de l'art. 1794, qui n'est pas d'ordre public* »¹¹⁹. L'arrêt déplaisait aussi à Planiol¹²⁰. L'annotant au Dalloz, il posait une question cruciale : « *Ce texte est-il conforme ou contraire au droit commun ?* »¹²¹. Contre la thèse de la

¹¹⁴ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, p. 109, La mémoire du droit, préf. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, La mémoire de droit.

¹¹⁵ V. S. Pimont, « Faut-il réduire le droit en théories générales », *RTDciv.* 2009, p. 417 et sq.

¹¹⁶ Même si elle fut reprise : A. Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1892, tome III, n°949, p. 503 : « *Fait dans l'intérêt du maître, celui-ci peut l'abandonner à sa volonté au cours de l'exécution ; mais il faudra dédommager l'entrepreneur, ce qui revient, suivant les règles générales sur la fixation des dommages-intérêts, à l'indemniser de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* » ; A. Bénard, *Du contrat de marché ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse Paris, Larose, 1897, p. 301 : l'entrepreneur « *ne peut se plaindre puisqu'il obtient tout ce qu'il pouvait espérer. On lui accorde tout le bénéfice qu'il devait retirer de l'exécution du travail en supposant des circonstances normales (Arg. art. 1150 C. civ.)* ».

¹¹⁷ V. le rapport présenté par M. Pingusson, au nom de la Commission de législation commerciale et industrielle de la Chambre de commerce de Clermont-Ferrand, « *Interprétation des articles 1787 et 1794 du Code civil, Louage d'ouvrage et d'industrie, séance du 13 novembre 1899* ». Le rapport est accessible sur le site Gallica de la Bibliothèque nationale de France.

¹¹⁸ Civ. 5 janvier 1897, D. 97, 1, 89, note M. Planiol, S. 97, 1, 73

¹¹⁹ *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 2^{ème} éd., 1901, n°1907.

¹²⁰ V. sa note au D. 1897, 1, 89.

¹²¹ D. 1897, 1, p. 89. Un certain Bénard, qui soutient la même année une thèse de doctorat sur Le contrat de marché, y formule une analyse qui montre déjà l'insuffisance de la question posée par Planiol -« Ce texte est-il

conformité au droit commun, Planiol opposait l'article 1142 du Code civil selon lequel seules les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts. « *Or si on admet que l'art. 1794 s'applique même au cas où le marché a le caractère d'une vente, on se trouve amené à autoriser, moyennant dommages-intérêts, la rupture d'une simple obligation de donner.* ». Au traité élémentaire, Planiol débute le paragraphe sur la « Résiliation unilatérale du marché » par ces mots : « *L'article contient une disposition exceptionnelle* »¹²².

49. Argument 1. La tradition juridique. Chez, l'exception apportée par l'article 1794 au principe du *mutuus dissensus* est encore insuffisante, à elle seule, pour convaincre qu'il faille en faire une application étroite puisqu'il recourt aux anciens auteurs pour justifier son interprétation du texte : « *Il est bien certain que dans la pensée de Pothier ce droit unilatéral de résolution n'existait que pour les contrats qui sont des louages : le numéro 440 fait partie du chapitre 4 intitulé « De la résolution du contrat de louage d'ouvrage, et dans tout ce chapitre Pothier tire toutes ses décisions des principes du louage ; enfin l'espèce même sur laquelle il raisonne, la construction d'un bâtiment est un louage d'après son propre avis (Traité du louage, n°394)* »¹²³.

50. Argument 2. Analogie avec l'article 1793. Planiol invoque l'article 1793 pour argumenter *contra* l'application de 1794 dans l'hypothèse où l'ouvrier fournit la matière : « *Il y aurait un moyen bien simple de sortir de la difficulté, auquel personne ne semble avoir songé jusqu'ici : ce serait d'admettre que l'article 1794 se réfère à l'art. 1793 et concerne comme lui exclusivement le marché passé par le propriétaire d'un terrain pour la construction d'une maison* »¹²⁴. Au Traité élémentaire, il écrit que « *si l'on s'en tient à l'enchaînement naturel des textes, on décidera que l'art. 1794 se réfère à la même hypothèse que l'art. 1793, qui parle d'une construction élevée par l'ordre du propriétaire sur son terrain : ce n'est donc pas autre chose que le droit, pour celui qui fait bâtir, d'arrêter les travaux ; on l'oblige à payer non seulement ce qui est fait, mais le bénéfice espéré par l'entrepreneur avec lequel il a traité à forfait. Le texte, ainsi compris, est tout à fait naturel et conforme aux usages. Cette interprétation s'appuie, en outre, sur les passages de Pothier auxquels est emprunté l'art. 1794 (Louage, n°440). –La solution entre ces deux articles est nettement visible dans le Code espagnol (art. 1593 et 1595).* »¹²⁵

conforme ou contraire au droit commun»- qui en appelle une autre pour y répondre « à quel droit commun ? ». Car l'article 1794 est conforme au droit commun de l'inexécution lorsqu'il prévoit le dédommagement de l'entrepreneur –et Bénard invoque l'article 1150 comme argument¹²¹ bien qu'il constituât une « dérogation au droit commun des conventions contenu dans l'article 1134 ». Il fait ainsi la somme des deux, mais sans la formuler nettement : l'article 1794 déroge au principe du *mutuus dissensus* car « *Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé* » mais se conforme aux textes régissant l'inexécution des obligations en prévoyant de dédommager « *l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.* » (*Du contrat de marché ou Entreprise de travaux tant publics que privés, thèse Paris, Larose, 1897, p. 301*).

¹²² M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, loc. cit.*

¹²³ *D.* 1897, 1, 89. V. Cependant, *D.* 1912, 1, 113 note sous Civ. 18 octobre 1911, où Planiol, à propos d'un marché de construction d'une maison avec les matériaux fournis par l'entrepreneur, défendit une qualification mixte, louage mêlé de vente, « *plus conforme à la réalité que le système unitaire de la chambre civile* ». L'enjeu était le jeu de la garantie des vices cachés du vendeur, que l'arrêt a refusé d'appliquer à ce contrat de louage. e note au Dalloz 1912 relative à un arrêt qualifiant « louage » un contrat de construction d'une maison grâce à des matériaux fournis par l'entrepreneur et refusé conséquemment de tenir ce dernier de la garantie des vices cachés des vendeurs.

¹²⁴ Planiol, *D.* 1897, 1, 89.

¹²⁵ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, loc. cit.*

51. Planiol, sensible aux craintes des constructeurs industriels, défendit donc une interprétation étroite de l'article 1794. Il le fit avec méthode, par étapes, mais sans recourir encore au raccourci de l'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* comme le fit la doctrine par la suite.

52. Saut dans le temps. En 2003, la Cour de cassation fit sien le raisonnement de Planiol. Un maître d'ouvrage avait résilié un marché à forfait convenu pour la construction d'une piscine, après le coulage du béton. L'entrepreneur obtint indemnisation en appel conformément à l'article 1794 du Code civil. Cette décision fut cassée, au visa de l'article 1793 (et non de 1794) : « *en statuant ainsi, alors qu'une piscine n'est pas un bâtiment, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹²⁶. Les motifs ajoutent aux mots de l'art. 1794 (« marché à forfait ») ceux de l'article 1793 (« construction à forfait d'un bâtiment »). Cette solution est restée isolée en jurisprudence¹²⁷.

53. La position de la jeunesse. En 1807, un certain Bénard écrit dans sa thèse de doctorat que « *L'article 1794 étant une exception à ce principe [celui de l'art. 1134] devra être interprété restrictivement. Excepta restringenda.* »¹²⁸ Voilà formulé le principe d'interprétation stricte de l'article 1794.¹²⁹ Mais si le texte doit être d'interprétation stricte, « *faudra-t-il, puisqu'il ne parle que du marché à forfait, refuser au propriétaire la faculté de résilier par sa seule volonté les autres marchés : à l'unité de mesure ou sur série de prix ?* » Sa réponse est nuancée.

54. L'auteur est favorable à l'interprétation au-delà du marché à forfait pour trois raisons : la tradition juridique, un argument *a fortiori* et un argument de nature. « *Pothier, écrit-il, ne distinguait pas et le propriétaire pourra aussi bien voir survenir de bonnes raisons de ne pas construire après un de ces marchés qu'après un marché à forfait. L'esprit de la disposition semble donc opposé à une semblable restriction* »¹³⁰. Mais ensuite, il réfute l'application du texte au marché sur série de prix en raison de l'impossibilité de calculer le bénéfice dont il faudrait dédommager l'entrepreneur¹³¹. Ce sont des marchés « *dans lesquels la totalité du travail à effectuer est en principe inconnue. Alors toute espèce de base manque au calcul et l'entrepreneur ne pouvant, en somme, compter sur aucun bénéfice dans l'avenir, ne peut exiger aucune indemnité de ce chef de la part du propriétaire qui cesse tout à coup les travaux.* »¹³² En dernière analyse, Bénard propose d'appliquer 1794 aux marchés à

¹²⁶ Civ. 3, 29 octobre 2003, pourvoi n°02-16542, *Bull. civ.* 3, n°185 ; *RDI* 2004, p. 99, obs. B. Boubli ; *Defrénois* 2004, p. 447, obs. H. Périnet-Marquet.

¹²⁷ V. cependant le *Jurisqueur Construction Urbanisme*, fasc. 201, par G. Liet Vaux, 2010, n°127 et s, où l'arrêt de 2003, seul cité, paraît fonder la solution générale.

¹²⁸ A. Bénard, *Du contrat de marché ou Entreprise de travaux tant publics que privés*, thèse Paris, Larose, 1897, p. 301.

¹²⁹ A. Bénard, *op. cit. loc. cit.*, Mais une note de bas de page en relativise la portée : « *Cependant, le droit anormal concédé au propriétaire est tempéré par une obligation corrélatrice à des dommages-intérêts si étendue et si complète que le caractère exorbitant de la disposition en est considérablement atténué. Arg. art. 1142 et 1149* » (note n°1, p. 310).

¹³⁰ A. Bénard, *op. cit.*, p. 302.

¹³¹ Bénard distingue les marchés à l'unité de mesure (dans lesquels les prix sont appliqués à chaque matériau en fonction de la quantité d'ouvrage déterminée au contrat) des marchés sur série de prix où la quantité d'ouvrage n'est pas précisée dans le devis (thèse préc. p. 6).

¹³² Bénard, *op. cit.*, p. 302.

l'unité de mesure¹³³ qui sont des marchés à prix fait mais non à forfait ; en revanche, il en écarte le jeu pour les marchés sur série de prix qui ne sont pas à prix fait.

55. 1898. Baudry Lacantinerie et Wahl. Le tome II du traité de Baudry Lacantinerie et Wahl du contrat de louage paraît après l'arrêt de 1897¹³⁴. La solution y est intégrée et expliquée : « *Il importe peu que, dans ce dernier cas¹³⁵, la convention constitue une vente, car l'art. 1794 parle du « marché à forfait », sans exiger que ce marché constitue un louage d'ouvrage ; sa place même montre qu'il s'applique à tous les contrats dont il est parlé dans les articles précédents ; enfin les considérations auxquelles a obéi l'art. 1794 sont également opposées à toute distinction* »¹³⁶. La solution de la Cour de cassation fait donc autorité. Mais pour le reste, l'interprétation stricte l'emporte : « *S'il s'agissait d'une disposition conforme au droit commun, on devrait l'étendre ; mais elle est, nous l'avons dit, exceptionnelle. Qu'il n'y ait aucune raison sérieuse pour limiter ainsi l'art. 1794, cela est certain ; mais en l'étendant à des marchés autres que ceux dont il parle, on méconnaît les règles les plus certaines de l'interprétation juridique* »¹³⁷.

56. Le Cours de droit civil des Beudant. Les éditions successives du Cours de droit civil de Beudant est un saisissant exemple de la manière dont l'interprétation stricte s'installe dans les pensées. Le père, dont le fils publia le cours après sa mort, n'avait rien dit sur la méthode d'interprétation de l'article 1794 ; il présentait seulement l'article 1794 comme une dérogation évidente à l'article 1134, al. 2 qui « *s'explique par une considération d'utilité réciproque* » dans la mesure où il établit « *un mode de liquidation qui supprime tout l'intérêt que le locateur pourrait avoir à exiger le maintien du contrat. (...) La résiliation peut être une nécessité pour le maître, ou constituer un avantage pour lui ; elle ne saurait causer aucun préjudice au locator ; donc elle est légitime.* »¹³⁸. L'interprétation stricte sera ajoutée par le fils¹³⁹ : « *Dérogation évidente à l'article 1134 al. 2, la disposition de l'article 1794 doit être strictement interprétée. Elle ne s'applique qu'aux marchés à forfait. Elle ne saurait être exercée par les créanciers du maître. On a même proposé, en rapprochant*

¹³³ Marché « *dans lequel après avoir indiqué comme dans le marché sur série de prix, les prix qui seront comptés pour chaque nature e travail, on détermine en plus quelle quantité de chaque ouvrage on entend faire exécuter, en réservant au maître la faculté d'augmenter ou de diminuer cette quantité dans une certaine mesure* » (A. Bénard, thèse préc., p. 6.). V. aussi M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 2, 10^{ème} éd., avec la collaboration de G. Ripert, 1926, n°1900 qui ne distingue plus que deux modes de fixation du prix du marché (contre trois chez Bénard : le forfait, la série de prix et l'unité de mesure) : le marché à forfait et le marché sur devis dans lequel « *le prix peut être établi par un devis, c'est-à-dire sur de simples prévisions, ce qui le laisse susceptible de varier, et surtout d'augmenter, par l'addition de détails nouveaux, de travaux supplémentaire. On peut dire que, dans ce cas encore, il y a marché à prix fait, mais article par article, et non plus en bloc : c'est chaque détail du travail qui a son prix particulier. Le prix total à payer dépendra de la quantité de travaux réellement effectués et ne pourra être connu qu'après leur exécution : il est fixé après coup et non d'avance comme dans le forfait* ».

¹³⁴ G. Baudry Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique et pratique de droit civil*, tome II, Du contrat de louage, 1898.

¹³⁵ Cas de l'ouvrier fournissant la matière.

¹³⁶ G. Baudry Lacantinerie et A. Wahl, *Du contrat de louage*, n°2034.

¹³⁷ G. Baudry Lacantinerie et A. Wahl, *op. cit.*, n°2035. Le Précis de Baudry Lacantinerie ne se prononce pas sur le champ d'application du texte, bien qu'il affirme que « *c'est une exception au principe que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord ; mais l'exception est facile à justifier, puisque celui, contre la volonté duquel la résiliation a lieu, non seulement est indemnisé de toute la perte que lui cause l'inexécution du contrat, mais obtient en outre tout le bénéfice que lui aurait procuré l'exécution* » : *Précis de droit civil*, tome III, 1884, n°725.

¹³⁸ Ch. Beudant, *Cours de droit civil français, La vente et le louage*, 1908, n°701.

¹³⁹ R. Beudant et P. Lerebours Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 2^{ème} éd., 1947, n°201, p. 221.

l'article 1794 du texte qui le précède, de limiter la faculté de résiliation aux entreprises de construction immobilière »¹⁴⁰. L'interprétation stricte perdure encore aujourd'hui¹⁴¹.

B. Contre courant

57. Fin 19^{ème} et début 20^{ème}, deux voix font entendre un discours radicalement différent où la généralisation de l'article 1794 au-delà du louage d'ouvrage est présentée comme une bonne solution. Il s'agit de Huc et surtout de Demogoe.

58. **Huc. 1894.** Ses développements sur les Devis et marchés ne recèlent rien d'original¹⁴². En revanche Huc nous surprend quand il fait remonter l'article 1794 dans le commentaire de l'article 1134 car, même si nos recherches ont pu être incomplètes, dans la somme des pages lues jamais n'est apparu un auteur, si ce n'est Huc¹⁴³, qui a pensé à utiliser 1794 dans l'analyse de l'article 1134 al. 2. Il y propose une généralisation de la faculté de résiliation de l'article 1794 au-delà du titre VIII du livre III du Code civil¹⁴⁴. S'interrogeant sur la faculté qu'aurait une partie de se dégager de la convention en « *convertissant en argent l'obligation mise à sa charge ?* », Huc commence par des opinions défavorables : Demolombe -« *Les conventions ne tiendraient plus lieu de loi à ceux qui les ont faites, si chacune d'elles pouvait à son gré s'en départir* »¹⁴⁵ et Larombière « *Le lien produit par la convention est essentiellement irrévocable* »¹⁴⁶. Puis il dévoile son opinion dissidente : « *il est fâcheux que l'imperfection de la loi autorise ces formules étroites incompatibles avec la liberté de l'individu. Il aurait fallu admettre pour tous les débiteurs la faculté que l'art. 1794 accorde au maître, de résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, pourvu que l'entrepreneur soit totalement*

¹⁴⁰ Ici Robert Beudant fait référence à la doctrine de Planiol développée dans sa note sous l'arrêt de 1897 appliquant l'article 1794 à un marché de construction de machines à vapeur. Il faut remarquer que le Cours de 1947 opère des rapprochements non soulignés jusqu'alors avec le droit reconnu au chargeur par l'article 288 al. 3 ancien du Code de commerce ou la faculté d'escompte établie au profit de l'acheteur à terme (art. 63 *du Décret du 7 octobre 1890*).

¹⁴¹ V. par exemple M. Thioye, *Jurisclasseur Civil Code* fasc. 20, « Louage d'ouvrage et d'industrie, Contrat d'entreprise, Marché à forfait », 2007, n°78 : « *L'article 1794, édictant une règle exceptionnelle, doit être interprété strictement et appliqué uniquement aux marchés à forfait proprement dits [...] La faculté de résiliation unilatérale dont il s'agit étant exorbitante de droit commun, on ne saurait l'étendre à d'autres personnes que celles que le législateur a désignées* ».

¹⁴² Huc y défend l'analyse de l'article 1794 comme une « *application du droit commun bien compris* », qu'il faut étendre même au « *marché qui ne serait pas à forfait. L'art. 1794 n'a pu employer l'expression marché à forfait que de manière énonciative* ». Cette opinion l'intègre au consensus doctrinal qui a traversé le 19^{ème}, jusqu'à Baudry Lacantinerie et Wahl. « *Il faut aussi l'étendre, écrit Huc, au cas où l'ouvrier ou entrepreneur fournit non seulement son travail, mais encore les matériaux de l'entreprise. L'art. 1794 ne distingue pas, et il importe peu que l'opération puisse, à certains points de vue, apparaître comme une vente.* ». Outre l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1897, Huc cite comme référence Duvergier (tome II, n°335), Aubry et Rau (§374, texte et note 11). Il invite à comparer avec Laurent (tome 26, n°19) et cite au titre des opinions contraire des auteurs moins connus et peu cités dans les principaux ouvrages : Massé et Vergé, tome IV, §710, note 24 et Clamageran (Louage d'industrie, n°281). Citant Duvergier, on s'étonne de l'absence de la position *contra* de Troplong dans la note de Huc.

¹⁴³ Charles Beudant le cite bien en exemple de révocation unilatérale dans son commentaire de l'article 1134 al. 2, mais l'exemple n'est pas développé si ce n'est qu'il s'agit d'une exception due au caractère particulier du contrat (comme l'article 1865-5 en matière de sociétés ou l'article 2003 en matière de mandat) : *Cours de droit civil français*, publié par son fils, Les contrats et les obligations, 1906, n°318.

¹⁴⁴ T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil : Contrats et obligations*, 1894, §89.

¹⁴⁵ Demolombe, tome 24, n°390.

¹⁴⁶ L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, tome 1^{er}, 1857, p. 364.

indemnisé. Il y a du reste d'autres contrats qui peuvent se dissoudre par la volonté d'un seul des contractants, comme le mandat (art. 2003) et la société faite pour une durée illimitée ».

59. Demogue. 1907. Dans un article paru à la jeune Revue trimestrielle de droit civil sur la modification par la volonté unilatérale¹⁴⁷, Demogue livre la lecture la plus large de l'article 1794 qui fut jamais faite ; mais il ne fut pas toujours été écouté¹⁴⁸. Il propose d'abord d'appliquer le texte à tous les devis et marchés, même passés autrement qu'à forfait et sans distinction selon que l'ouvrier fournit ou non la matière, pensant que dans tous les cas il y avait la même raison de décider que celle qu'indiquait Pothier d'un maître en difficulté financière depuis la passation du contrat. Ensuite, « *une fois sortis des termes étroits du texte, rien ne nous empêche d'aller plus loin et de généraliser tout à fait. Dans tous ces contrats que j'ai dénommés contrats d'aide, pourquoi ne pas étendre la faculté de l'article 1794 ? Les raisons pratiques sont les mêmes. Pourquoi n'oser affirmer sur un point nouveau non réglé par la loi que si l'on sent un texte tout proche ?* »¹⁴⁹ Et Demogue envisage à la suite le cas du louage de travail à durée déterminée¹⁵⁰ que le patron pourrait résilier sans « *aucun inconvénient pour l'ouvrier, puisqu'il aura droit alors à une indemnité représentant tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise* »¹⁵¹, mais aussi celui du transport et du contrat d'édition.

60. Ces voix dissidentes, qui sont allées le plus loin dans l'interprétation de l'article 1794, sonnent le dernier souffle de l'interprétation large car, dans la littérature qui suivra, le texte n'aura plus jamais la même place dans les manuels, articles et chroniques ou thèse de doctorat que celle qui fut la sienne au 19^{ème} et tout début du 20^{ème} s. avec Demogue.

C. Désintérêt

61. Un texte absent de la théorie générale. L'intérêt de la doctrine pour l'article 1794 s'amenuise au 20^{ème} siècle, comme bridé par le dogme de l'interprétation stricte des exceptions. Plus d'un siècle d'affirmations du caractère dérogoire de l'article 1794 n'a pas suffi à assurer sa présence systématique, *a fortiori* son analyse, dans l'étude des exceptions à la règle selon laquelle les conventions ne peuvent être révoquées que par consentement mutuel. Au mieux le texte est cité en troisième ou quatrième position des exemples de résiliation unilatérale légale ; sinon, la faculté offerte au maître de l'ouvrage n'est pas mentionnée¹⁵². Par contraste, le cas du dépôt, du mandat et du contrat de travail à durée indéterminée sont presque toujours cités dans l'étude des exceptions

¹⁴⁷ R. Demogue, « Les modifications du contrat par volonté unilatérale », *RTDCiv.* 1907, p. 245 et *sq.*, spéc. p. 267. V. aussi ses observations à la *RTDCiv.* 1934, p. 424.

¹⁴⁸ D. Kennedy, et M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *RIEJ* 2006.56 p.163 et *sq.*, spéc. p. 204 : « *Les notions fondamentales n'entra pas dans le canon des classiques français de la théorie du droit* ». V. aussi Ch. Jamin, « Demogue et son temps : réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *RIEJ* 2006.56 p. 5 et *sq.* ; Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, 2004.

¹⁴⁹ R. Demogue, *ibid.* p. 268.

¹⁵⁰ Celui du louage à durée indéterminée ne pose pas question en raison de l'article 1780 du Code civil.

¹⁵¹ Comp. art. L. 1243-4 du Code du travail : « *La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat...* ».

¹⁵² R. Vatinet, « Le mutus dissensus », *RTDCiv.* 1987, p. 252. Au numéro 15, l'auteur traite des rapports de son objet d'étude avec la résiliation unilatérale pour dire que le *mutus dissensus* perd évidemment de son intérêt lorsque la résiliation unilatérale est possible ; l'hypothèse de réflexion est souvent le contrat de travail mais jamais l'article 1794.

légales au principe du *mutuus dissensus*. Parmi les causes de révocation unilatérale que la loi autorise, disons que l'article 1794 n'est pas un exemple que l'on donne¹⁵³. A dire vrai, il ne l'était pas d'avantage au 19^{ème} siècle dans les commentaires de l'article 1134 al. 2¹⁵⁴. Mais dès lors que s'impose son interprétation stricte en raison de la dérogation qu'il apporte à l'article 1134, on pouvait s'attendre à l'apercevoir dès l'étude de la force obligatoire du contrat ; or on ne l'y trouve pas.

62. Chez Josserand par exemple¹⁵⁵, la dissolution du contrat par la volonté unilatérale est illustrée par l'article 2003 en matière de mandat et l'article 1780 sur le louage de services à durée indéterminée. L'article 1794 n'est pas envisagé alors pourtant que 1795 l'est, au titre de la dissolution par le décès de l'une des parties. L'article n'est pas davantage évoqué dans le Cours élémentaire de droit civil de Colin et Capitant¹⁵⁶, ni dans le Précis de Julliot de la Morandière publié d'après ce Cours élémentaire¹⁵⁷. La trente-septième leçon des frères Mazeaud¹⁵⁸ ne mentionne pas non plus l'article 1794 lorsqu'elle aborde les résiliations unilatérales que la loi autorise « *pour protéger une partie contre les conséquences d'un contrat qui paraît pour elle particulièrement dangereux. Dans ce cas, il réserve le droit de résiliation au contractant qu'il veut protéger. Ainsi s'explique le droit conféré exceptionnellement au donateur de révoquer la donation* » ; pourtant Pothier justifiait bien le droit de résiliation du maître de l'ouvrage par la nécessité économique de le protéger contre ses revers de fortune.

63. Mécanique de répétition. S'il est évident que les ouvrages de théorie générale des obligations ne pouvaient broser une vue exhaustive des facultés de droit spécial de résiliation unilatérale des contrats, il est notable que l'article 1794 ne soit jamais donné pour exemple¹⁵⁹, à rebours de l'article 1780 ou des cas du le dépôt et du mandat qui le sont quasiment toujours. L'article 1794 souffre peut-être d'une sorte de mécanique de répétition : les manuels modernes de droit des obligations ne le citent pas car leurs prédécesseurs ne le citaient pas et les aînés de ceux-là non plus. Le renouvellement de la littérature s'opère plutôt par l'adjonction, aux côtés du mandat, du dépôt ou du louage de service, de facultés de résiliation unilatérale nouvelles venues du droit des assurances par exemple.

¹⁵³ Dans les ouvrages généraux car l'article est bien présent dans la thèse que Brigitte Houin a consacré à *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973.

¹⁵⁴ Huc excepté.

¹⁵⁵ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Tome II, *Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil*, Sirey, 1930, p. 188.

¹⁵⁶ A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 1925, n°141 et s.

¹⁵⁷ L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, 1939, 6^{ème} éd, n°88 p. 47. V. aussi L. Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, tome II Obligations, Dalloz, 1953.

¹⁵⁸ H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, tome II, Obligations Théorie générale*, 3^{ème} éd., Montchrestien 1966.

¹⁵⁹ V. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, 1^{ère} éd. 1985, p. 385 qui, à propos des cas de rupture unilatérale autorisée par la loi, citent le bail à durée indéterminée, le dépôt, le mandat, la vente en cas de défaut de retirement (art. 1657 C. civ.), le contrat d'assurance. V. aussi G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations*, 2^{ème} éd., tome 1, *les sources*, Sirey, 1988, §247 (à propos des exceptions légales à l'article 1134 al. 2 où l'on trouve le cas du dépôt, du mandat, du contrat de travail à durée indéterminée) et §337. L'édition de 1962 n'en disait pas plus sur l'article 1794 au §223. Adde Ch. Lapoyade Deschamps, *Droit des obligations*, 1988 ; A Sériaux, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., 1992, n°48 ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, 8^{ème} éd. 2003, n°417 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10^{ème} éd., 2009 ; A. Bénabent, *Les obligations*, 12^{ème} éd. 2010, n°393 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel Munck, *Les obligations*, 5^{ème} éd. 2011, n°884 et s.

- 64. Pédagogie.** Le peu d'espace trouvé pour l'article 1794 dans la théorie générale du contrat est peut-être aussi d'ordre pédagogique : il est sans doute compliqué d'illustrer les cas légaux de révocation unilatérale par un texte qui oblige le révoquant à dédommager l'autre partie dans une mesure qui évoque la perte subie et le gain manqué de l'art. 1149 du Code civil, c'est-à-dire le droit de l'inexécution du contrat. L'article 1794 est d'ailleurs présenté parfois comme un cas de responsabilité contractuelle¹⁶⁰.
- 65. Un texte inutile.** Avec l'arrivée de la Revue trimestrielle de droit civil, la science du droit prend plus systématiquement pour sujet d'étude la jurisprudence davantage que la loi. Dans ce contexte sans doute, l'article 1794 ne pouvait continuer d'intéresser les juristes qu'autant qu'il suscitait l'intérêt au Palais. En plus de cent ans de chroniques à la Revue trimestrielle de droit civil, l'article 1794 apparaît six fois (on nous pardonnera les quelques oublis possibles)¹⁶¹, ce qui est fort peu. Cornu écrit de lui à la Trimestrielle en 1962 qu'il fut « *rarement illustré* »¹⁶². Néanmoins, l'image donnée par la Trimestrielle ne reflète pas la réalité de la jurisprudence puisque l'article 1794 a suscité plus de décisions que la poignée retenue par la Revue¹⁶³ ; en vérité l'article 1794 intéresse peu les chroniqueurs. Chez Cornu, le recours à l'article 1794 est d'ailleurs jugé « *superflu* » « *puisque ce texte est une application du droit commun : l'écarté, revient à revenir au droit commun avec une solution identique.* »¹⁶⁴ Il n'intéresse guère plus les auteurs de manuels de contrats spéciaux. Certains n'en disent presque rien¹⁶⁵ au motif parfois avoué que « *l'indemnisation fait que l'usage de cette faculté de résiliation unilatérale est rarissime* »¹⁶⁶ et rare sont ceux qui en disent tout¹⁶⁷. C'est un trait saillant de la doctrine moderne que de souligner le peu de portée pratique de l'article 1794 : garantie « *illusoire puisque l'art. 1794 impose au maître de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise* »¹⁶⁸.
- 66. Renouveau.** L'attirance de la doctrine moderne pour l'unilatéralisme dans les contrats a réveillé semble-t-il l'intérêt pour des textes montrant la « remarquable avance » des rédacteurs du

¹⁶⁰ G. Liet-Vaux, *Jurisclasseur construction Urbanisme*, fasc. 201, spéc. n°129 : « *la résiliation par le maître de l'ouvrage, sans faute de l'entrepreneur, qu'il y ait forfait ou non, engage la responsabilité du premier vis-à-vis du second* ».

¹⁶¹ Avec les observations de Demogue : *RTDCiv.* 1913 p. 431, 1924 p. 136, 1929 p. 465, 1933 p. 1222, 1934 p. 424 ; *RTDCiv.* 1962, p. 130 avec celles de Cornu.

¹⁶² G. Cornu, 1961. 130, « L'article 1794 du Code civil et le passager qui annule in extremis sa participation à une croisière organisée par une agence de voyages », *RTDCiv.* 1962, p. 131.

¹⁶³ V. par exemple, Civ. 1 13 janvier 1958, *Bull. civ.* I, n° 28 ; Civ. 3, 6 février 1973, *Bull. civ.* III n°100 ; 18 février 1976, *Bull. civ.* III n°69 ; Civ. 1, 16 mars 1983, *Bull. civ.* I n°101 (affaire Dubuffet où le droit moral de l'auteur de voir son œuvre achevée l'a emporté sur la volonté de la Régie Renault maître d'ouvrage d'arrêter le chantier en application de l'article 1794) ; Civ. 3, 9 mars 1988, *Bull. civ.* III n°55 ; Civ. 3, 6 mars 2002, pourvoi n°00-19674

¹⁶⁴ G. Cornu, *RTDCiv.* 1962, obs. précitées p. 130.

¹⁶⁵ F. Collard Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 9^{ème} éd. n°743 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P-Y Gautier, *Les contrats spéciaux*, 6^{ème} éd., §780.

¹⁶⁶ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^{ème} éd., n°590.

¹⁶⁷ Le Traité des contrats spéciaux de Jérôme Huet est à ce titre unique en son genre puisque, entre les paragraphes 32363 et 32370, tout est dit de l'article 1794.

¹⁶⁸ J. Borricand, « Observations sur le marché à forfait », *D.* 1965, p. 105, spéc. p. 106. V. dans le même sens, Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz « Les contrats de construction de maison individuelle : nouveau régime », *RDI* 1992, p. 1 et sq. n°650-28 : « *S'agissant enfin de l'article 1794, il a fort peu d'applications dans la pratique à raison de l'obligation de dédommager l'entrepreneur, et il est peu probable qu'un maître de l'ouvrage l'invoque pour mettre fin à son contrat* ».

Code sur nous¹⁶⁹. Des thèses de doctorat s'écrivent autour de la révocation unilatérale dans lesquelles l'article 1794 prend évidemment sa place¹⁷⁰. La résiliation est vue comme un droit, à rebours de l'idée autrefois défendue que l'article 1794 était un cas de responsabilité¹⁷¹ : « *En quittant le contrat, le maître ne commet pas de faute, il exerce un droit* »¹⁷². On le voit comme une espèce de dédit légal¹⁷³ et les publicistes nous suggèrent même de rechercher du côté de la responsabilité contractuelle sans faute¹⁷⁴. L'article 1794 a incontestablement des atouts de taille : mode extrajudiciaire de sortie du contrat pour l'un¹⁷⁵, d'obtention de dommages et intérêts pour l'autre ; incitation à la conciliation ; outil de stratégie contractuelle dans les mains du maître de l'ouvrage.

67. Leçons de l'histoire.

1. L'article 1794 est un texte décisif dans la compréhension du rôle de la maîtrise d'ouvrage dans un contrat d'entreprise¹⁷⁶, y compris dans un marché public¹⁷⁷. Le maître de l'ouvrage « *est ainsi nommé parce qu'il commande l'ouvrage, bien qu'il ne soit pas le patron (l'employeur) de l'entrepreneur* ». ¹⁷⁸Il joue un rôle clef dans le contrat d'entreprise et ce rôle explique le privilège que lui donne l'article 1794 et qui constitue sans doute la prérogative première du maître de l'ouvrage : il est celui qui fixe l'ouvrage à réaliser, qui a la maîtrise du projet, qui détermine l'étendue du travail, sa

¹⁶⁹ Fall Paraiso, « Observations sur la résolution de la vente d'immeuble d'après l'article 1655 du Code civil », *RTDCiv.* 2011, p. 67.

¹⁷⁰ Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, Ed. Panthéon Assas, 2012, p. 785 ; Ch. Corgas-Bernard, *La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, PUAM 2006, spéc. n°158 et s. V. aussi C. Chabas, *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ 2002., spéc. n°108.

¹⁷¹ V. encore, G. Liet Veaux, *Jurisclasseur construction Urbanisme, op. cit.*

¹⁷² Ph. Delebecque, « Le droit de rupture unilatérale du contrat, genèse et nature », in *Rupture unilatérale du contrat vers un nouveau pouvoir*, Dr. et patri. 2004, p. 59. Mais lorsque la Cour de cassation, dans l'arrêt cité par l'auteur du 6 février 1973, analyse l'article 1794 comme un texte accordant au maître de l'ouvrage la possibilité de sortir du contrat en dehors de toute idée de faute, c'est de la faute du constructeur dont il est question et non de celle du maître de l'ouvrage. La résiliation de l'article 1794 ne suppose pas l'inexécution du débiteur (Cass. 3e civ., 6 févr. 1973, n° 71-14.806, *Bull. civ.* III, n° 100, p. 72).

¹⁷³ Ph. Malinvaud et B. Boubli à propos de Paris, 1^{re} ch. urg., 29 oct. 1992, arrêt 90/9987, *S^{té} CTVL c/ Epx Panier RDI* 1993, p. 78 : « *Rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent de l'indemnisation revenant à , p. l'entrepreneur, indemnisation dont le principe résulte de l'article 1794 lui-même. L'arrêt énonce qu'en ce cas, il s'agit d'une clause de dédit et non d'une clause pénale : la décision paraît sans reproche, le dédit est la contrepartie de la faculté, dérogatoire au droit commun, conférée par la loi au maître de l'ouvrage.* ».

¹⁷⁴ Ch.-E. Bucher « Remarques sur la responsabilité contractuelle sans faute de l'Administration », *RDC* 2012 p. 5.

¹⁷⁵ Il permet au maître de l'ouvrage de résilier unilatéralement le contrat en cas d'abandon de chantier par exemple, sans préjudice des dommages et intérêts pour inexécution qu'il peut obtenir ensuite par une action en justice. V. Civ. 3, 9 mars 1988, *Bull. civ.* III n°55, pourvoi n° 86-18464.

¹⁷⁶ Et tous les contrats d'entreprise n'ont pas de maître qui les commande. Cf. l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : « *Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* ».

¹⁷⁷ V. Catherine Prebissy-Schnall, *Jurisclasseur administratif*, « Fasc. 638 : Exécution du marché. – Pouvoirs de l'Administration », 2009, n°12.

¹⁷⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, V° Maître de l'ouvrage.*

finalité, ses caractéristiques et qui, de manière ultime, peut décider de tout arrêter¹⁷⁹. Il y a là une manifestation forte de la distinction entre l'entreprise et la vente où l'acquéreur achète ou commande une chose dont il n'a pas la maîtrise : il la prend telle qu'on la lui vend ; s'il l'a fait fabriquer pour qu'elle réponde à ses besoins spécifiques, la convention verse alors dans l'entreprise. Sans doute le Code a-t-il perdu cette idée d'un maître donneur d'ordre. Chez Domat et Pothier, les définitions du louage d'ouvrage mettaient l'accent sur le rôle de commandement du maître qui « donne un ouvrage » à faire¹⁸⁰. La formule était d'ailleurs reprise dans la présentation du titre XIII du livre III du Code civil devant le Conseil d'Etat, avant d'être supprimée dans la version définitive de l'article 1710 : « Art. 3. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties donne quelque chose à faire à l'autre moyennant un prix convenu entre elles »¹⁸¹. Le projet fut modifié à la demande de la section de législation du Tribunal : « Au lieu de donner quelque chose à faire à l'autre, etc., dire s'engage à faire quelque chose pour l'autre. Cette nouvelle rédaction est plus exacte, en ce que la première obligation est de celui qui s'engage à faire, et que le prix convenu n'est que le paiement de la chose faite »¹⁸². En définitive, le Code civil présente le louage d'ouvrage de la même manière qu'il définit le contrat, par ses obligations¹⁸³ : « Le louage 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. » (art. 1710 C. civ.). Bien que la modification ait enlevé de la définition l'idée que le maître commande l'ouvrage à faire, l'article 1794 suffit à asseoir son rôle de décideur.

2. Malgré les mots de l'article 1794 en limitant le jeu aux marchés à forfait, des voix se font encore entendre pour en généraliser l'application au-delà de ces marchés¹⁸⁴. On ignore le motif qui a conduit les rédacteurs du texte à le réserver aux marchés à forfait. La condition ne se retrouve pas chez Pothier¹⁸⁵ et les travaux préparatoires sont muets sur cet apport. On peut néanmoins avoir l'intuition que le contexte de l'article 1794 peut en être une raison : puisque le marché à forfait était le cadre d'application des articles 1792¹⁸⁶ et 1793, les rédacteurs ont pu concevoir l'article 1794

¹⁷⁹ Comp. Ph. le Tourneau (sous la dir. de), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2012/2013, n°3970 : « L'article 1794 est une survivance du caractère intuitu personæ du contrat d'entreprise (au moins à forfait) : la rupture unilatérale est sans doute licite en raison de ce caractère ».

¹⁸⁰ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, titre IV Du louage, P. Aubouin, P. Emery et C. Clouzier, seconde édition, 1697, p. 184 et section VII, p. 211 : « Dans les baux à prix faits et autres louages du travail des ouvriers, le bailleur est celui qui donne l'ouvrage, ou le travail à faire ; et le preneur, ou entrepreneur est celui qui entreprend le travail ou l'ouvrage » ; R.-J. Pothier, *Traité du contrat de louage*, n°350 : « Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire s'oblige de son côté de lui payer ».

¹⁸¹ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, T XIV, p. 217.

¹⁸² P.-A. Fenet, *op. cit.*, « Communication officielle à la section de législation du tribunal, observations de la section » p. 279.

¹⁸³ Art. 1101 C. civ. « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

¹⁸⁴ J. Huet, *Traité des contrats spéciaux*, §32265 ; G. Durand Pasquier, G. Durand Pasquier, *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, thèse dactyl., Paris I, 2005, p. 821 et sq.

¹⁸⁵ R.-J. Pothier, *Traité du louage*, §440.

¹⁸⁶ Dans sa rédaction de 1804 : « Si l'édifice construit à prix fait, péricule en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans ».

comme la troisième règle propre aux marchés à forfait¹⁸⁷. Mais les textes évoluent sans doute dans une autre direction : le champ de l'article 1792 dépasse aujourd'hui le cadre du forfait¹⁸⁸ et le régime du paiement des travaux supplémentaires des marchés à forfait de l'article 1793 et des marchés sur devis se rapproche¹⁸⁹. L'article 1794 peut être étendu au-delà des marchés à forfait. L'histoire des interprétations doctrinales de l'article 1794 montre que la chose était entendue au 19^{ème} siècle et qu'elle s'est perdue quand son interprétation stricte s'est imposée en doctrine. Ainsi revisité au travers de son histoire doctrinale, l'article 1794 du Code civil serait d'une utilité comparable au §649 du BGB¹⁹⁰.

* *

*

Les développements qui s'achèvent sont le fruit de recherches qu'il a fallu arrêter à temps pour écrire ce texte et rendre hommage à Jean Beauchard. Il faudra au lecteur pardonner leur incomplétude et, c'est un vœu, compléter la connaissance de l'article 1794 par des incursions en droit comparé notamment. Car le texte a suscité dans la doctrine moderne étrangère, belge notamment, plus d'élan qu'il n'en en a soulevé en France.

¹⁸⁷ Cette réponse appelle à son tour une question : pourquoi les rédacteurs n'ont-ils alors pas repris s'agissant dans la rédaction de 1794, l'exigence de la construction de bâtiments des articles 1792 et 1793, et sur laquelle raisonnait précisément Pothier pour accorder au maître de l'ouvrage le droit de résilier le contrat ?

¹⁸⁸ Version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1979 : « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. »

¹⁸⁹ Alors que la lettre de l'article 1793 commande une autorisation écrite, autrement dit préalable aux travaux, la jurisprudence admet les ratifications dès lors qu'elles démontrent l'acceptation expresse et non équivoque du maître de l'ouvrage de ces travaux et de leur prix : V. par exemple Civ. 3, 15 janvier 1997, pourvoi n°94-21005. Du côté des marchés sur devis, les travaux supplémentaires doivent faire l'objet d'une commande expresse ou doivent être ratifiés : Civ. 3, 11 février 2009, pourvoi n°08-10813.

¹⁹⁰ Qui s'applique au contrat d'entreprise, quel que soit le mode de fixation du prix : « *Le client peut résilier le contrat jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage. Si le client résilie, l'entrepreneur est en droit d'exiger la rémunération convenue ; l'entrepreneur doit cependant imputer les dépenses que la résiliation du contrat lui a épargnées ou ce qu'il a gagné en utilisant autrement sa force de travail ou a négligé de gagner par malveillance. Il est présumé que reviennent à l'entrepreneur 5 pour cent de la rémunération convenue pour la partie des travaux qui n'a pas été exécutée et qui n'a plus à l'être.* ».