



CHAPITRE XXIII.  
LE REVERS DU PRINCIPE  
« DIFFÉRENCE DE NATURE (ÉGALE)  
DIFFÉRENCE DE RÉGIME »

PAR

Frédéric ROUVIÈRE<sup>(1)</sup>

*Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

*Laboratoire de Théorie du Droit*

**1. L'autre face d'un principe.** S'interroger sur le revers d'un principe, c'est choisir délibérément de s'intéresser à son côté caché, à son autre face, précisément celle qui n'est pas présentée comme principale ou première. Cette approche n'est ni inutile ni absurde, mais relève au contraire d'une exigence d'approfondissement total des conséquences qu'il est possible d'en tirer. Il ne s'agit donc certainement pas d'une réfutation, encore moins d'un principe opposé, mais bien du même principe envisagé sous un angle différent. L'ombre est si peu opposée à la lumière qu'elle ne peut se concevoir sans elle ; l'envers d'un vêtement est si peu opposé à son endroit qu'en réalité les deux font corps. Or, pour filer la métaphore du vêtement, l'attention s'arrête plus souvent sur le produit fini que sur les étapes de la fabrication. En matière juridique, le principe selon lequel une différence de nature implique une différence de régime peut aujourd'hui être considéré comme une pièce maîtresse de la méthodologie juridique. Mais ce principe a surtout été formulé, analysé et discuté dans la perspective de l'application du droit tout comme le vêtement est envisagé avant tout du point de vue de son utilité immédiate : être porté. En revanche, ce même principe comporte un revers tout aussi fécond pour la création du

---

(1) Le dédicataire de ces lignes sait tout ce que l'auteur lui doit pour sa formation intellectuelle et même bien au-delà. L'auteur espère ainsi qu'il lui sera pardonné sa témérité dans le choix et le traitement d'un tel sujet. Mais comment mieux témoigner au dédicataire que sa matrice intellectuelle est si profonde qu'elle demeure une source vive de réflexion bien loin d'être tarie ?

BRUYLANT





droit, celle-ci étant méthodologiquement entendue comme la définition des catégories juridiques qui seront le support de l'opération de qualification. Si les praticiens du droit concentrent toute leur attention sur l'application du droit aux faits, la doctrine ne peut se limiter à cet aspect. Il lui incombe de veiller à la cohérence du droit lui-même qui appelle l'élaboration de définitions rigoureuses et non-contradictoires. D'ailleurs, si la doctrine conçoit la qualification juridique comme un vêtement qui sera utilisé par un autre, elle se doit aussi d'en user pour vérifier sa pertinence. Autrement dit, si l'article majeur de méthodologie juridique du dédicataire de ces mélanges<sup>(2)</sup> envisage un mouvement du haut vers le bas (la nature juridique permet de se prononcer sur la qualification des faits et d'en déduire le régime applicable), il est proposé ici le mouvement inverse du bas vers le haut (le régime juridique permet de se prononcer sur la nature juridique). Pour saisir la portée de ce mouvement inverse encore faut-il connaître le premier sens du mouvement, c'est-à-dire de la nature vers le régime.

**2. Le principe : « toute différence de nature implique une différence de régime »<sup>(3)</sup>.** Dans l'article de référence, le principe est complété par la précision selon laquelle « *toute identité de nature implique une identité de régime* »<sup>(4)</sup>, car il s'agit toujours de soutenir qu'à une même nature juridique ne peut correspondre qu'un seul régime juridique<sup>(5)</sup>. L'idée paraît certes évidente, mais c'est la première fois qu'une publication la formule de façon entièrement explicite et détaillée<sup>(6)</sup>. L'auteur systématise dans cet article la clé de voûte de la méthodologie juridique en achevant une approche dont on trouve les prémices dans sa thèse de doctorat<sup>(7)</sup>.

(2) J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, pp. 255-272, abrégé par la suite en « DN=DR ».

(3) « DN=DR », n°3, p. 258.

(4) *Ibidem*.

(5) « DN=DR », n°3, p. 258 : « La différenciation des catégories est le signe de différences entre plusieurs régimes juridiques ».

(6) Qu'il nous soit permis de rapporter à ce sujet une anecdote : alors que nous exposions cette idée à des étudiants, l'un d'eux rétorqua que cela « était évident » ce qui dans son esprit semblait vouloir dire qu'il n'y avait aucune raison de s'y attarder. Assurément, cet étudiant adressait sans le savoir un compliment au père de ce principe car si la chose était si évidente, pourquoi personne ne l'avait formulée plus tôt ? Comme le disait Gaston Bachelard, « la pensée empirique est claire après coup, quand l'appareil des raisons a été mis au point » (*La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1999, p. 13). Dans le registre philosophique, Nietzsche l'avait déjà dit sous une autre forme : « Qu'est-ce que l'originalité ? C'est voir quelque chose qui n'a pas encore de nom, qui ne peut être encore nommé, bien que cela soit sous tous les yeux » (*Gai savoir*, § 261, coll. 10/18, trad. P. KLOSSOWSKI, 1957).

(7) J.-L. BERGEL, *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.131, 1973, not. p.55, 141, 193.



Cette approche consiste à envisager la nature juridique comme pivot de la réalisation du droit. La nature juridique permet de qualifier les faits et commande l'application du régime<sup>(8)</sup> : elle a une fonction pratique et concrète<sup>(9)</sup>. La nature juridique dépend elle-même des catégories, des définitions, des classifications<sup>(10)</sup> et a aussi une fonction théorique et abstraite<sup>(11)</sup>.

La nature juridique est, analytiquement parlant, une série de critères qui donne la définition d'un concept juridique. Mais d'un point de vue synthétique, la nature juridique entretient des relations complexes avec d'autres concepts juridiques auxquels elle peut emprunter leurs propres critères<sup>(12)</sup>. La nature juridique est donc une unité composite formée d'éléments reliés entre eux de façon non contradictoire et systématique<sup>(13)</sup> avec une finalité à la fois pratique et théorique. La complexité des interactions oblige ainsi à déterminer le type de relations possibles entre les catégories : elles peuvent se compléter<sup>(14)</sup>, s'exclure<sup>(15)</sup>, s'ignorer<sup>(16)</sup>, se subdiviser<sup>(17)</sup>. Le rôle essentiel de la nature juridique est de conduire à identifier le régime juridique applicable<sup>(18)</sup>, l'ensemble des règles à mettre en œuvre. Pour cela, la nature s'exprime par une définition « induite à partir de réalités préexistantes »<sup>(19)</sup>. Ainsi, il faut en conclure que « ce n'est pas le régime d'un concept qui en détermine la nature »<sup>(20)</sup>, ce qui semble condamner la possibilité de remonter vers la nature à partir du régime.

(8) « DN=DR », n°3, p.258 : « La connaissance du régime juridique applicable à une situation suppose donc de la qualifier ».

(9) « DN=DR », n°5, p.260 : « L'activité constante du juriste consiste à déterminer la ou les catégories recouvrant les cas concrets pour découvrir les règles qui s'y appliquent ».

(10) « DN=DR », n°9, p.262 : « La définition réelle des concepts ne suffit pas. Elle se prolonge dans leur classification qui consiste à réunir dans une même catégorie des entités le plus profondément semblables et à séparer en catégories différentes des entités foncièrement dissemblables ».

(11) C'est pourquoi le raisonnement juridique aura « à la fois valeur scientifique et utilité pratique », « DN=DR », n° 1, p. 255.

(12) Comp. sur la double fonction analytique et synthétique du concept : G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouv. bibl. de thèses, 2006, n°681, p.356.

(13) Chr. ATIAS, *Devenir juriste. Le sens du droit*, Lexisnexis, Carré droit, 2011, p. 106.

(14) Catégories cumulatives : « DN=DR », n° 15, p. 265.

(15) Catégories alternatives : *ibidem*.

(16) Catégories équivalentes : « DN=DR », n° 13, p. 264.

(17) Catégories hiérarchisées, *ibidem*.

(18) « DN=DR », n° 6, p. 260.

(19) « DN=DR », n° 7, p. 261.

(20) « DN=DR », n° 10, p. 263 et même page : « Dans le rapport entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément déduit ».



Pourtant, cette dernière considération sur la primauté logique de la nature est loin d'interdire de procéder de façon inverse en matière de recherche. Pour le comprendre, il faut revenir sur le sens du mot « implication ». En effet, on remarquera que le titre de l'article étudié vise une égalité. La différence de nature *égale* la différence de régime. En revanche, dans le corps de l'article, il est question d'implication, ce qui est tout autre chose. L'égalité est sans doute une façon plus concise d'exprimer la relation logique entre nature et régime, mais elle est aussi moins précise. Au sens logique, l'implication est une relation qui unit deux éléments (a) et (b) sachant que la réalité ou la vérité du premier élément permet de poser celle du second<sup>(21)</sup>. En logique on parle de contraposition, non pas lorsqu'on nie l'implication<sup>(22)</sup>, mais justement lorsqu'on pose son inverse qui lui est équivalent<sup>(23)</sup>. Ainsi la proposition contraposée de « différence de nature implique différence de régime » devient « identité de régime implique identité de nature ». Or, comme il revient au même ou bien de poser une différence qui implique une différence ou bien une identité qui implique une identité (ce qui vient d'être expliqué), alors on peut tout aussi bien poser qu'une différence de régime implique une différence de nature. Cette dernière proposition fait donc bien partie de l'une des conséquences logiques du principe. Ce détour instructif par les lois logiques exprime en réalité la distinction entre application du droit et recherche juridique.

**3. Application du droit et recherche en droit.** Poser la primauté de la nature sur le régime a plusieurs significations. La première est relative à l'application du droit : pour qu'un certain régime juridique s'applique, on doit d'abord opérer une qualification visant à rapprocher la nature juridique avec les faits de l'espèce. La seconde signification a trait au lien entre nature et régime. C'est la nature qui justifie l'application du régime. Autrement dit, la nature juridique est le fondement même de la solution apportée par le régime au problème juridique. La solution dépend bien du choix d'une qualification et donc d'une nature précise. De ce point

(21)  $(a \supset b)$  qui se lit « si (a) alors (b) ». Par exemple, si le consentement est vicié par une erreur, alors le contrat doit être annulé.

(22) La négation de l'implication est de la forme  $[\neg (a \supset b)] \equiv (a \& \neg b)$  qui se lit « si (non-a) alors (non-b) équivaut à (a) et (non-b) ». Par exemple, si le consentement n'est pas vicié par une erreur, alors le contrat ne doit pas être annulé.

(23) La contraposition est de la forme  $(a \supset b) \equiv (\neg b \supset \neg a)$  qui se lit « si (a) alors (b) équivaut à si (non-b) alors (non-a) ». Par exemple, si le contrat n'est pas annulé, alors le consentement n'est pas vicié par une erreur.



de vue, il serait absurde de partir du régime juridique pour qualifier la situation en cause, car ce serait en réalité avoir déjà postulé que le régime s'applique. Pour la mise en œuvre du droit, c'est le rattachement à la nature qui explique l'application du régime.

En revanche, la situation s'inverse en matière de recherche juridique. En effet, le chercheur qui souhaite décrire le droit dit « positif » est censé en fournir une explication raisonnée c'est-à-dire cohérente. Or il arrive assez souvent que la solution d'un arrêt s'explique assez difficilement au regard de la définition actuelle et connue des catégories juridiques. Aussi, des fictions peuvent venir au soutien de l'explication de la solution pour l'insérer malgré tout de façon harmonieuse dans le système juridique<sup>(24)</sup>. Mais les fictions, qui étaient pour Gény un pis-aller<sup>(25)</sup>, doivent pouvoir être remplacées par des justifications conceptuelles relevant de la nature juridique de la catégorie considérée. Ainsi, pour mettre en conformité la théorie avec la pratique, il faut se demander quelle est la nature juridique qui pourrait expliquer et justifier la façon dont les régimes juridiques sont appliqués aux faits, notamment en jurisprudence. Autrement dit, la recherche de la nature juridique est une recherche de cohérence du système juridique. À cet égard, c'est la relation entre les faits et le régime qui conduit à se poser la question de la nature. Comment le juge a-t-il pu appliquer tel régime pour telle espèce ? Quelle qualification peut bien justifier sa solution ? Mieux : comment faudrait-il définir la nature juridique pour que la solution soit justifiable et cette définition est-elle possible et acceptable ? Aussi, le revers du principe qui pose qu'une différence de régime implique une différence de nature est une pièce essentielle de ce qu'on pourrait appeler une heuristique juridique. L'heuristique est en effet un art de trouver et de découvrir. Dès lors, un principe heuristique est celui qui sert à la découverte.

**4. Apports heuristiques.** C'est ce dernier point qui sera ici étudié : en quoi le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime » peut-il permettre de comprendre la façon dont les catégories juridiques sont construites, essentiellement par

(24) J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, pp. 76 et 78.

(25) F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Tome III. Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, n°245, p. 396-397 : « La fiction reste peu recommandable. Tout au plus peut-on la tolérer dans le langage, comme une métaphore parfois inévitable. Mais, puisqu'elle a pour caractéristique d'altérer la vérité des choses, elle ne saurait prétendre en représenter les concepts adéquats [...] ».



la doctrine ? Pour répondre à cette interrogation, des exemples précis doivent être choisis de façon à illustrer la fertilité de l'envers de ce principe méthodologique. À partir de chaque exemple, il s'agira de retracer le processus intellectuel, souvent dialectique, de la découverte de la nature juridique. Le processus de qualification est certes le mode de réalisation du droit mais encore faut-il savoir pourquoi ces qualifications relèvent d'une certaine nature juridique plutôt que d'une autre. Aussi, prendre la différence de nature pour point de départ est pertinent pour l'application du droit. En revanche, pour la construction du droit, la recherche de la nature juridique dépend du régime juridique. C'est parce que des situations différentes sont soumises à des régimes juridiques différents, qu'elles relèvent forcément d'une nature juridique différente. Admettre le contraire, c'est admettre l'incohérence du droit. Certains rétorqueront que le droit est justement très loin d'être cohérent dans la pratique. Pour autant, ce constat de sociologie juridique n'intéresse qu'indirectement le juriste chercheur dont la mission s'attache principalement à rendre compte de façon cohérente d'un objet qui, au regard d'autres critères, pourrait être dit « incohérent ». Bref, l'exigence de cohérence est constitutive du savoir lui-même. Certes, la méthodologie juridique ne saurait tout expliquer (ce que son promoteur concède sans difficulté<sup>(26)</sup>), mais pour autant elle peut s'attacher à découvrir au moins une cohérence logique dans le droit, cohérence qui « est nécessaire à son explication, à sa précision et à sa sécurité »<sup>(27)</sup>. Dans cette voie, c'est bien la distinction des régimes qui détermine la distinction des natures juridiques (1). Le corollaire est que deux situations différentes soumises au même régime juridique ne devraient pouvoir relever que d'une même nature juridique (2).

1. – L'ENVERS D'UN PRINCIPE : DIFFÉRENCE DE RÉGIME (ÉGALE)  
DIFFÉRENCE DE NATURE

**5. Portée.** L'incompatibilité entre deux régimes juridiques doit faire conclure qu'ils s'expliquent forcément par des natures juridiques différentes (1.1) ce qui montre que le contenu du régime juridique influence la façon de penser la nature juridique (1.2).

(26) « DN=DR », n° 1, p.257 et n° 25, p. 272.

(27) « DN=DR », n° 2, p. 257.



1.1. – *L'incompatibilité des régimes, indice de la différence de nature*

**6. Signification de l'incompatibilité des régimes.** Deux régimes juridiques sont incompatibles du moment qu'ils présentent au moins un élément de dissemblance sur un même point. Par exemple, les durées des délais de prescription ne sont pas identiques dans les deux cas. Dès lors, le chercheur se trouve face à une alternative : ou bien il dénonce cette incompatibilité comme foncièrement incohérente parce qu'il ne peut l'expliquer en raison des définitions traditionnellement admises ou bien il suppose que cette différenciation correspond justement à une cohérence qu'il faut découvrir. La première attitude correspond à une analyse *de lege ferenda* qui plaide en faveur d'une réforme des délais, réforme qui, par hypothèse, relève dans cet exemple du législateur. Bref, le chercheur appelle à transformer l'objet dont il prétend rendre compte de façon à ce qu'il soit conforme à ses désirs. En revanche, la seconde attitude correspond bien à une analyse *de lege lata* puisque le chercheur se demande justement comment, à partir de ces données, proposer une analyse de « droit positif » qui ne soit pas incohérente.

Si le souhait de voir le droit être modifié sur certains points relève souvent de légitimes considérations scientifiques (la cohérence est introuvable), elle peut aussi être le masque d'opinions ou d'idées de nature politique, économique et sociale. Or, s'il est bien évident que le juriste chercheur reste libre d'adopter sur ces points la position qui lui semble préférable, autre chose est de soutenir que ces points de vue doivent servir d'outils pour décrire le droit positif. D'un point de vue méthodologique, il ne s'agit pas de prendre parti sur la conception du droit, mais bien de rendre compte de la façon dont le droit est actuellement conçu. Adopter ce point de vue, c'est reprendre la tâche que la doctrine s'est elle-même assignée au début du 20<sup>ème</sup> siècle, à savoir décrire le droit dit « positif ». Cette exigence conduit justement à rechercher une cohérence qui n'apparaît pas à première vue car, à bien y réfléchir, que serait une recherche qui ne ferait que constater une cohérence qui s'offre naturellement au regard ? Serait-elle encore une recherche digne de ce nom ou ne devrait-elle pas plutôt être disqualifiée en archi-vage ou collation ? Sans la possibilité de découvrir une cohérence, la prétendue recherche menée ne serait qu'une constatation digne

d'un procès-verbal. Pour s'en convaincre, une série d'exemples doit être soumise à l'analyse.

**7. Erreur et vice cachés (exemple de l'inconstructibilité).** S'il existe une question qui a fait couler beaucoup d'encre et donné lieu à de nombreuses analyses, c'est celle de la distinction entre erreur et vice caché. S'il est intellectuellement satisfaisant pour l'esprit de savoir distinguer entre ces deux qualifications, il s'y attache surtout un enjeu pratique immédiat, celui de la fixation du délai applicable pour agir. L'erreur, cause de nullité de la convention, obéit à un délai de cinq ans tandis que l'action en vices cachés, cause de résolution du contrat, obéit à un délai de deux ans. Cette différence rend les régimes de l'erreur et des vices cachés manifestement incompatibles. Toutefois, la proximité des qualifications est telle qu'un doute a pu naître sur la possibilité même d'une distinction de la nature des deux catégories<sup>(28)</sup>. Il faut bien avouer que les arrêts rendus à ce sujet peinent à dégager des critères satisfaisants de distinction. En se limitant au droit immobilier, la seule question de savoir si l'inconstructibilité d'un terrain est une erreur ou un vice caché, semble abandonnée à l'empirisme puisque cette même situation de fait est qualifiée soit d'erreur<sup>(29)</sup> soit de vice caché<sup>(30)</sup>. Aussi, lorsque la Cour de cassation a pris position pour soumettre apparemment toutes les actions de ce type au délai le plus court, c'est-à-dire décider systématiquement que l'inconstructibilité est un vice caché<sup>(31)</sup>, la doctrine a qualifié cette attitude comme étant purement pragmatique<sup>(32)</sup>. En effet, tout indique que l'adoption du délai le plus court, d'une part, évite très concrètement de reprendre sans cesse la délicate distinction et, d'autre part, a l'insigne avantage de contraindre les plaideurs à agir rapidement. Cette orientation présente sans doute à court

(28) J.-Ph. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 512, 2009, p. 277, n° 245.

(29) Civ. 3<sup>e</sup>, 28 janvier 2009, pourvois n°07-20729 et 07-20736 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1983, *Bull.* I, n°168 : annulation de la vente pour erreur sur la constructibilité à la suite du retrait rétroactif du certificat d'urbanisme ; V. déjà CA Rouen 19 mars 1968, *D.* 1969, 211 ; *RTD civ.* 1969, p. 556 obs. LOUSSOUARN : annulation d'une vente de cabanon frappé d'une interdiction d'habitat.

(30) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 2000, *Bull.* III, n°61 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 24 février 1999, *Bull.* III, n°52 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 1997, *Bull.* III, n°81.

(31) Civ. 3<sup>e</sup>, 17 novembre 2004, *Bull.* III, n°206 : « la garantie des vices cachés constituant l'unique fondement possible de l'action exercée, il n'y avait pas lieu de rechercher si le consentement des époux X... avait été donné par erreur » ; déjà en ce sens, Civ. 3<sup>e</sup>, 7 juin 2000, *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n°267-268 ; Civ. 1<sup>re</sup> 14 mai 1996, *Bull.* I, n° 213.

(32) Chr. RADÉ, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP*, 1997, I, 4009, n° 1.



terme un gain (contourner la difficulté), mais elle n'efface pas cette donnée textuelle évidente : le législateur a bien prévu deux régimes différents pour des situations de faits si proches qu'elles en deviennent apparemment indiscernables.

En toute rigueur, l'existence d'une incompatibilité entre un délai court et un délai plus long doit conduire à distribuer les hypothèses d'inconstructibilité sous chaque catégorie sans qu'il y ait de doublon et tout en préservant l'homogénéité des catégories. Bref, quel est le critère de distinction entre erreur et vice caché ? *A priori*, ce critère paraît impossible à formuler, car dans les deux cas le préjudice est identique (le terrain est inconstructible) et le vice caché semble être une variété d'erreur (car, par hypothèse, le vice est *caché*<sup>(33)</sup>). Ces deux raisons doivent inciter à repenser très sérieusement les régimes d'un point de vue législatif, mais du point de vue de la recherche juridique, la seule question qui se pose est de savoir comment en rendre compte. Que la distinction soit subtile n'est pas un alibi pour refuser d'affronter l'obstacle. À cet égard, le chercheur est forcément amené à distinguer parmi les hypothèses d'inconstructibilité, à discerner les nuances factuelles dans le traitement des cas d'inconstructibilité.

Une recherche minutieuse et une lecture très serrée des arrêts dessinent alors une tendance : lorsque l'inconstructibilité résulte d'un défaut matériel, les arrêts retiennent la qualification de vice caché, tandis que l'inconstructibilité résultant d'un défaut immatériel est qualifiée d'erreur. Parmi les défauts matériels, peuvent être recensés : la présence d'anciennes carrières de gypse qui rendent le terrain instable<sup>(34)</sup>, un talus qui s'effondre<sup>(35)</sup> ou bien d'anciens marécages qui refont surface<sup>(36)</sup>. Parmi les défauts immatériels se compte essentiellement l'annulation postérieure du permis de construire<sup>(37)</sup> qui, en raison de sa rétroactivité, ne pouvait être connue au jour de la conclusion du contrat.

Ainsi, la différence entre les régimes pourrait être justifiée par cette distinction : l'hypothèse du vice caché repose sur une

(33) D'où la motivation d'un arrêt qui avoue que l'« erreur était la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée » ! (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 fév. 1981, *Bull.* III, n° 3).

(34) Civ. 3<sup>e</sup>, 17 nov. 2004, *Bull.* III, n° 206 : qualification de vice caché.

(35) Civ. 3<sup>e</sup>, 24 fév. 1999, *Bull.* III, n° 52 : qualification de vice caché.

(36) Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janv. 1990, *Bull.* III, n° 26 : qualification de vice caché.

(37) Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1983, *Bull.* I, n° 168 ; Civ. 3<sup>e</sup> 13 juill. 1999, *Bull.* III, n° 178 : qualification d'erreur.

conception matérielle tandis que l'hypothèse de l'erreur repose sur une hypothèse immatérielle. Mais les deux concepts d'erreur et de vice ont d'un point de vue plus général une même nature juridique. En effet, c'est toujours un défaut d'information qui provoque l'erreur et c'est cette même idée d'information incomplète sur la chose que reprend la catégorie du vice caché. Le défaut d'information se scinde alors entre ce qui provient d'un état matériel de la chose (vice) et ce qui provient de son déclassement administratif (annulation du permis). Bref, le défaut d'information est inhérent ou extérieur à la chose. De cette façon, des natures différentes peuvent être attribuées à des régimes différents. Cette façon de distinguer est pertinente dans d'autres cas. Par exemple, le critère justifie l'erreur sur l'existence d'un droit de préemption<sup>(38)</sup>, car ce dernier étant immatériel, l'examen attentif de la chose même ne peut permettre de le découvrir ! Toutefois, c'est le cas de l'inconstructibilité qui montre le mieux que la différence de nature peut être construite à partir de la différence de régime. Au moment de l'application du droit, les choses se renverseront et c'est parce que l'erreur ou le vice caché a une nature propre que l'application de son régime en sera déduite.

**8. Prescription et forclusion (exemple du délai décennal des constructeurs).** Prendre un autre exemple est nécessaire pour savoir si le cas précédent n'était pas accidentellement pertinent. Parmi de très nombreux autres cas problématiques figure celui du délai décennal de la responsabilité des constructeurs. Son point de départ est fixé au jour de la réception<sup>(39)</sup> ce qui le différencie de la prescription dont le point de départ est variable<sup>(40)</sup>. Surtout, à la différence de la prescription, le délai décennal ne peut être suspendu<sup>(41)</sup>. Il y a donc différence de régime entre le délai décennal et la prescription.

L'interrogation sur la nature est parfois superflue car, du moment que l'une des parties au contrat a la qualité de constructeur, on appliquera sans hésiter le régime spécifique de responsabilité qui comprend le délai décennal. Néanmoins, la recherche de la nature juridique est nécessaire pour régler certaines situations sur lesquelles la loi ne dit rien. Par exemple, les juges doivent-ils

(38) Civ. 3<sup>e</sup>, 24 mai 2000, *Bull.* III, n° 114.

(39) C. civ. art. 1792-4-1.

(40) C. civ. art. 2233 et s.

(41) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 1989, *Bull.* III, n° 36.

relever d'office ce délai si les parties négligent de le faire ? En général, cette obligation pour le juge n'est reconnue que pour les délais de forclusion<sup>(42)</sup>. De même, les parties peuvent-elles aménager le délai en le réduisant voire en l'allongeant ? C'est possible, si c'est une prescription<sup>(43)</sup> ; c'est impossible si c'est un délai de forclusion<sup>(44)</sup>. Or qu'en est-il des délais préfix ? Sont-ils l'un ou l'autre voire une troisième catégorie ? Ces problèmes montrent bien que le régime juridique conduit à rechercher la nature juridique afin de dégager le critère pertinent pour déclencher l'application de telle ou telle règle. Les fluctuations terminologiques (délai d'épreuve, délai butoir, délai de procédure) appellent d'autant plus à la rigueur conceptuelle.

Si le délai décennal en matière de responsabilité des constructeurs a un régime différent de la prescription, c'est qu'il présente au moins une différence de nature avec elle, ce qui ne veut pas dire que les deux délais soient forcément dissemblables sur tous les points. C'est la différence qui existe entre les catégories équivalentes (indépendantes) ou hiérarchisées (comportant des sous-distinctions)<sup>(45)</sup>. D'ailleurs, on pourrait faire une remarque banale : ce sont tous les deux des délais. Or le délai est le temps pour agir en justice (même devant une juridiction incompétente) quelle que soit la nature particulière de ce délai, prescription ou forclusion<sup>(46)</sup>. Pour la prescription, le temps est variable en raison de la suspension et du point de départ glissant. Pour le délai décennal, le point de départ et la durée sont fixes : est-ce alors un délai dit « préfix » ?

Arrivé à ce stade de la recherche de la nature, on constate alors que l'on ne peut définir le délai préfix comme étant celui qui ne peut être ni interrompu ni suspendu<sup>(47)</sup> pour la bonne et simple raison qu'il ne s'agit que de la seule description du régime juridique ! Dire que le délai est préfix n'explique pas pourquoi il ne peut être ni interrompu ni suspendu à moins que l'on souscrive à une forme de pensée naïve qui croirait expliquer les choses en

(42) C. civ. art. 2220 et 2247 combinés.

(43) C. civ. art. 2254.

(44) C. civ. art. 2220.

(45) « DN=DR », n° 14, p. 264.

(46) Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 2010, *Bull.* III, n°108 : « les dispositions générales de l'article 2246 du Code civil sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence et qu'une citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt le délai pour agir ».

(47) C'est malheureusement une définition généralement reçue : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, v° Délai.



leur donnant seulement un nom. La question demeure : pourquoi le délai décennal est fixe ? Il se pourrait qu'il n'y ait cette fois pas de nature propre à justifier la quotité de temps elle-même. Au fond pourquoi prévoir, deux, cinq ou dix ans ? Le choix de la durée est en soi arbitraire.

En revanche, se demander si le délai décennal peut être relevé d'office conduit à se demander s'il relève de la même nature que la prescription. Pour le dire dans des termes méthodologiques : la prescription et le délai décennal sont-ils des catégories hiérarchisées appartenant à une catégorie plus vaste ? Si le délai décennal est rapproché de la prescription, il sera alors exclusif de la forclusion, elle-même souvent assimilée aux délais préfix. Aussi, la nature commune de la prescription et du délai décennal aurait comme conséquence commune de ne pouvoir être relevés d'office<sup>(48)</sup>. Or c'est cette identité partielle de régime qui emmène à unifier la nature de ces délais autour de l'idée d'intérêt privé. À l'opposé, le délai de forclusion est alors pensé comme relevant d'un intérêt public<sup>(49)</sup>.

L'incompatibilité d'un élément entre deux régimes (ici le relevé d'office) conduit à construire des natures juridiques différentes. Le relevé d'office se justifie en effet aisément par l'existence d'un intérêt public que le juge a pour mission de faire respecter tandis que les parties arbitrent librement leurs intérêts privés respectifs. D'un côté le délai de forclusion apparaît comme un délai de sanction (une régulation de la diligence dans l'intérêt général) tandis que la prescription et le délai décennal reposent sur une règle probatoire (une présomption par écoulement du temps). La distinction des régimes conduit à distinguer les natures mais au stade de l'application du droit, c'est bien *parce que* le délai sera qualifié de probatoire que l'on en déduira que le juge n'avait pas l'obligation de suppléer la carence des parties qui n'ont pas invoqué ce moyen. D'autres éléments peuvent venir à l'appui de l'idée que les délais fixes (butoirs) et les prescriptions sont des délais présomptifs : la loi suggère cette présentation<sup>(50)</sup> et la distinction

(48) Emblématique de cette difficulté : Civ. 3<sup>ème</sup> 28 juin 1988, Bull. III, n°206 qui refuse le relevé d'office en qualifiant le délai décennal de prescription.

(49) Cette distinction serait en outre un argument pour accepter que le délai décennal soit allongé conventionnellement parce qu'il partage la même nature que la prescription.

(50) C. civ. art. 1350 : « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont : [...] 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées [...] ».



entre prescription extinctive ou acquisitive s'enracine dans l'objet de la preuve : le paiement ou la propriété. C'est une confirmation que la prescription acquisitive est bien un mode de preuve de la propriété immobilière. Ces considérations ne font que renforcer la première élaboration de natures juridiques distinctes qui puisent leurs sources dans des régimes juridiques distincts.

Mieux : la rigueur de la distinction fait s'évanouir la pseudo-catégorie des délais préfix. En effet quel est l'intérêt de la qualification de délai préfix ? Non pas savoir s'il peut être interrompu ou suspendu (puisque la loi prend soin de le préciser), mais seulement savoir s'il peut ou pas être relevé d'office. Or le critère de la durée fixe ne peut être le critère d'une nature juridique propre car les délais de forclusion ont une durée fixe tout comme certains délais présomptifs. La durée du délai est donc une donnée contingente et non pas essentielle. Autrement dit, elle ne renseigne pas sur la nature du délai. Ainsi, en dégageant les natures juridiques à partir des régimes juridiques, la question du délai préfix se dévoile comme étant un faux problème. La catégorie des délais préfix n'a pas de raison d'être puisque la question du régime applicable peut être réglée sans elle à partir de la seule distinction des délais probatoires ou de forclusion.

Cet exemple permet de mesurer la fertilité heuristique du revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime ». Il permet une redistribution efficace des régimes juridiques aux catégories qui en justifient de façon effective l'application<sup>(51)</sup>. Le revers du principe nous livre au fond une *loi de la recherche juridique* : c'est le régime qui met sur le chemin de la nature. Le chemin entre nature et régime peut bien être parcouru dans les deux sens : pour l'application du droit, c'est la nature qui conduit au régime mais pour la construction du droit c'est le régime qui conduit à la nature. Le revers du principe permet alors de mettre en lumière l'influence déterminante du régime juridique sur la nature d'une notion ou institution.

(51) Ce qui est une reformulation de l'excellente remarque de R. LIBCHABER, « Le juriste et ses objets », *Enquête n° 7. Les objets du droit*, Ed. Parenthèses, 1998, n° 2, p. 253 : « C'est en effet un véritable travail que [les juristes] font subir à ce qui est issu de la réalité : travail de délimitation des frontières, par un examen minutieux des cas marginaux ; travail de synthèse, par regroupement de catégories aux comportements homogènes, en dépit de différences d'appellations ; travail de déplacement, par soumission logique des catégories reconstituées à des normes qui ne les concernaient pas *a priori*. »

1.2. – *L'influence du régime sur la détermination de la nature*

**9. Du régime vers la nature.** Le régime juridique est composé de l'ensemble des règles qui ont vocation à régir une situation de fait. Le législateur procède souvent de façon très pragmatique en indiquant les situations dans lesquelles le régime juridique considéré s'applique. Son œuvre repose alors sur une nature juridique sans que celle-ci soit forcément exprimée ou formulée. Il appartient ainsi au chercheur de révéler cette nature juridique. Le juge de cassation est lui-même parfois très évasif sur la nature juridique des situations qu'il qualifie : il se contente souvent d'indiquer laconiquement que la situation de fait considérée relève de tel ou tel régime juridique. Or c'est précisément cette nécessité de choisir entre plusieurs régimes juridiques possibles qui explique que le droit n'est pas neutre. La justification de la soumission des faits à certaines règles reflète une prise de position implicite, voire inconsciente, sur la nature juridique. Cette affirmation pourrait paraître excessivement abstraite ou déplacée à l'heure où la réflexion théorique est parfois présentée comme une divagation inutile. En réalité, elle se situe au cœur des intérêts pratiques les plus concrets. En effet, la justification proprement juridique de l'application d'un régime juridique ne peut être découverte qu'en raison de la mise en cohérence des qualifications. Spécialement, cela signifie que la nature juridique explicite les éléments constitutifs de la qualification censée déclencher l'application du régime juridique correspondant. Ainsi, l'enjeu de l'application du régime se cristallise dans le jeu des qualifications.

**10. L'obligation réelle (exemple de l'entretien des ouvrages pour l'exercice des servitudes).** Le Code civil de 1804 contient à propos des servitudes une disposition curieuse, voire dérangeante. Après avoir identifié les servitudes comme des services fonciers dus par un immeuble pour un autre immeuble<sup>(52)</sup>, la loi admet que le propriétaire du fonds servant soit obligé de réaliser « à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude »<sup>(53)</sup>. La servitude, droit réel par excellence, se trouve alors soumise en partie au régime juridique des droits personnels puisque les ouvrages visés nécessitent des prestations de nature personnelle relevant d'une obligation de faire. Cette dis-

(52) C. civ. art. 637 : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ».

(53) C. civ. art. 699.

position qui pourrait passer pour un détail insignifiant a donné lieu à un débat remarquable par sa durée, son intensité et même l'originalité des propositions qu'il a provoquées. Il ne s'agit pas ici de retracer l'intégralité de la controverse, mais de s'arrêter sur l'une des hypothèses les plus couramment admises : cette situation serait révélatrice d'une obligation réelle. Le terme lui-même renferme une formulation paradoxale, car il admet que le droit considéré est en même temps personnel (obligation) et réel (chose).

Méthodologiquement parlant, la notion d'obligation réelle n'est certainement pas satisfaisante. En effet, sa définition n'en est pas une. Ordinairement, elle est caractérisée comme une « obligation liée à une chose (et dite *propter rem*) qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) »<sup>(54)</sup>. Or la lecture mot à mot de cette prétendue définition ne renseigne que sur le régime juridique applicable à l'obligation réelle : elle s'éteint par aliénation de la chose ou renonciation à sa propriété et se transmet aux propriétaires successifs. L'application de ces règles suppose d'avoir déjà identifié ce qu'était une obligation réelle.

Le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime » permet de poser la question de savoir quelle est la nature juridique véritable de l'obligation réelle, autrement dit savoir comment il faudrait la caractériser pour justifier l'application du régime juridique qui vient d'être décrit. Or c'est en principe le droit réel qui se transmet en même temps que la chose, est susceptible d'abandon, etc. Mais le contenu du droit qui consiste en une prestation (entretenir les ouvrages) va à l'encontre de cette identification. Pour le dire autrement, l'obligation réelle est soumise au régime du droit réel tout en ayant une nature personnelle. Cette contradiction apparaît et se formule comme telle grâce à l'usage du revers du fameux principe méthodologique.

Ce qui est inacceptable dans le savoir juridique est qu'un régime juridique considéré soit appliqué alors même qu'une nature inverse de celui-ci y corresponde. Ce qui aurait pu se limiter à un détail pour le législateur (la notion n'est évoquée nulle part dans les travaux préparatoires), voire une inadvertance, se révèle

(54) G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V<sup>o</sup>Obligation réelle.



comme un cas critique qui éprouve la distinction des droits réels et personnels. La correspondance nécessaire entre un régime (donné) et sa nature (recherchée) impose une mise en cohérence des qualifications si peu évidente ou naturelle qu'elle exige au contraire une étude approfondie des concepts en jeu dans la discussion. Un seul cas (celui de l'obligation réelle) engage le chercheur sur l'ensemble du droit des biens pour dévoiler la nature juridique de cette étrange obligation.

L'influence du régime juridique sur la nature est ici remarquable. C'est bien la soumission de l'hypothèse légale au régime du droit réel qui a donné lieu à l'assimilation de l'obligation réelle à un véritable droit réel comme l'adjectif accolé en atteste. Toutefois, l'influence du régime sur la nature ne veut pas dire identité entre le régime et la nature. En effet, s'il suffisait de soumettre tel ou tel fait à un régime juridique particulier pour lui fixer arbitrairement par cette voie une certaine nature juridique, il n'y aurait plus de distinction entre nature et régime. Le passage du régime à la nature n'a rien de mécanique, le revers du principe est bel et bien heuristique : c'est une aide à la découverte, un soutien pour poser les problèmes juridiques de façon correcte mais en aucun cas un moyen de résoudre directement toutes les difficultés qui surviennent. À cet égard, c'est plutôt l'art de poser les bonnes questions<sup>(55)</sup>.

D'ailleurs, tout n'est pas aussi simple, car le régime de l'obligation réelle n'est pas strictement celui du droit réel. L'influence du régime juridique est plus complexe que pourrait le laisser supposer une première analyse. Par exemple, les juges considèrent que l'abandon devient impossible si le propriétaire est fautivement à l'origine de la dégradation des ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude<sup>(56)</sup>. Ainsi, une limite importante est reconnue à la possibilité d'abandon, limite ordinairement inconnue en matière de droits réels *stricto sensu*. En outre, d'où peut bien provenir cette faute si ce n'est de la méconnaissance d'une obligation préalable ? Le droit personnel revient dans le débat.

Tout laisse penser qu'une redistribution des régimes est possible et même souhaitable. En effet, l'objet de la justification

(55) Chr. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2009, n° 340, p. 227.

(56) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1963, *Bull. civ.* I, n°470 ; Civ. 1<sup>er</sup> déc. 1958, *Bull. civ.* I, n°529 ; CA Grenoble 21 oct. 1942 : DC 1943, p. 37, note LALOU.





porte essentiellement sur la transmission de l'obligation. L'abandon n'est pas un élément du régime totalement réductible à celui du droit réel, car dans le cas précité, le propriétaire qui délaisse sa propriété n'est libéré que de ses obligations futures. Or, à cet égard, il s'agit d'une application du droit commun des obligations : la renonciation n'emporte pas d'effets pour le passé. Au fond, la seule particularité de la situation est que l'obligation soit attachée à la qualité de propriétaire et ne découle ni d'un contrat, ni d'un jugement. Dès lors, elle se transmet en même temps que la propriété du bien.

Une fois de plus l'influence du régime sur la nature est patente. La seule altération de la règle de l'abandon par la jurisprudence ramène le régime juridique dans l'orbite de celui du droit personnel et la nature personnelle de l'obligation réelle se trouve confirmée. Le seul élément qui demeure et pèse en sens inverse (en faveur de la nature réelle de l'obligation) est la transmission de l'obligation en même temps que le droit de propriété. Or cette situation est loin d'être aussi originale que ne le laisse supposer la position du problème. Il existe en effet des situations symétriquement opposées, comme le cas d'un droit réel qui suit le régime juridique d'un droit personnel, par exemple dans le cas d'une sûreté réelle comme l'hypothèque. Celle-ci se transmet et s'éteint en fonction de la transmission et de la circulation de la créance, droit personnel par excellence. La justification de la soumission à un tel régime a lieu grâce au concept d'accessoire. Il explique que l'obligation réelle, droit personnel par nature soit soumise au régime correspondant tout en justifiant qu'elle se transmette en même temps que le droit réel. Obnubilés par la transmission, certains auteurs y voyaient la preuve du caractère réel de l'obligation, car l'application du régime du droit réel est censé être la conséquence de la nature réelle du droit en cause. Mais envisager l'obligation réelle comme accessoire possède à la fois l'avantage de la cohérence et de la simplicité. Cohérence, car chaque régime se trouve justifié par une nature propre, grâce au cumul du caractère accessoire et personnel. Simplicité, car il est inutile de créer une nouvelle catégorie ou de refondre l'intégralité du droit des biens pour expliquer une hypothèse qui demeure avant tout marginale. Ce qui est notable est que le problème lui-même a pu être posé en inversant le principe méthodologique et en posant que le régime met sur la voie de la nature.

**11. La vente sans transfert de propriété (exemple de l'immeuble à construire)** – Un autre exemple manifeste de la réversibilité du principe est la vente sans transfert de propriété. Celle-ci a toutes les allures d'un paradoxe, car le transfert de propriété est l'effet principal du contrat de vente<sup>(57)</sup>. Pourtant, ce transfert est absent dans une hypothèse très particulière, celle de la vente d'immeuble à construire. Le constructeur peut procurer seulement de façon indirecte le terrain sur lequel la construction sera édifiée, par exemple en mettant en relation le propriétaire du terrain et en y accédant grâce à une offre de vente dans la presse, publiée sous sa propre enseigne<sup>(58)</sup>. La vente en l'état futur d'achèvement n'a alors pour objet que la construction elle-même et devrait être disqualifiée en contrat d'entreprise. En effet, sa définition ne correspond plus aux éléments légaux<sup>(59)</sup>, à savoir le transfert immédiat à l'acquéreur des droits sur le sol (impossible si le maître de l'ouvrage est déjà propriétaire du terrain) ou sur les constructions existantes (impossible si la construction est intégralement future). Cependant, la loi soumet malgré tout cette opération au régime juridique de la vente d'immeuble à construire<sup>(60)</sup>. Parce que l'opération est soumise au régime juridique de la vente d'immeuble à construire, il semble que ce contrat est considéré comme une vente alors même que le contrat ne transfère pas la propriété : ici réside la contradiction.

Ce paradoxe est une nouvelle illustration de l'influence du régime sur la détermination de la nature. En effet, la soumission à un certain régime juridique contraint à mettre en cohérence celui-ci avec la nature du contrat considéré. Car de deux choses l'une : *ou bien* ces contrats soumis au régime juridique de la vente d'immeuble à construire ne sont pas juridiquement des ventes et le procédé employé est celui de la fiction *ou bien* ces contrats sont soumis au même régime juridique et la nature même de la vente doit être repensée. D'un point de vue strictement pragmatique, il

(57) E. GAVIN-MILLAN, *Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux de la promotion immobilière*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 383, 2003, n° 163, p. 147.

(58) Civ. 3<sup>e</sup>, 11 déc. 1991, *Bull.* III, n° 316.

(59) C. civ. art. 1601-3.

(60) C. constr. hab. art. L. 261-10 al. 2 : « Celui qui s'oblige à édifier ou à faire édifier un immeuble ou une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain à celui qui contracte l'obligation d'effectuer les versements ou les dépôts ci-dessus définis, doit conclure un contrat conforme aux dispositions de l'alinéa précédent » (nous soulignons).

semble évident que le fait que le terrain soit acquis avant ou après par le futur propriétaire de la construction apparaît comme un élément contingent et économiquement non pertinent pour décider le législateur à soumettre les deux opérations à des régimes différents. En outre, la distinction permettait aux professionnels d'échapper en pratique à un régime juridique plus contraignant que celui du droit commun.

Malgré cela, la question semble avoir perdu une partie de son intérêt en raison de la création d'un régime particulier, encore plus rigoureux, en matière de construction de maison individuelle<sup>(61)</sup>, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'accédant est déjà propriétaire du terrain. Si l'opération dépasse la construction de deux logements, la loi a alors prévu le contrat de promotion immobilière<sup>(62)</sup>.

Il n'en demeure pas moins que l'incohérence relevée entre la nature de la vente et son régime persiste et a pu être formulée à partir du principe méthodologique présentement examiné. Mieux : cette seule hypothèse nourrit la réflexion théorique en posant la question de savoir si la vente peut porter seulement sur des prestations (à l'exclusion de tout transfert de propriété) et relance le débat sur la distinction entre le contrat de vente et celui d'entreprise. L'exigence d'une harmonie entre nature et régime a pour conséquence que toute modification de l'une emporte celle de l'autre. Mais le revers du principe souligne aussi que toute modification du régime emporte une possible modification de la nature. Ainsi,

---

(61) C. constr. hab. L. 231-1 al. 1 : « Toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2 » et art. L. 232-1 al. 1 : « Le contrat de louage d'ouvrage n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 231-1 et ayant au moins pour objet l'exécution des travaux de gros œuvre, de mise hors d'eau et hors d'air d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation, ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage, doit être rédigé par écrit et préciser [...] »

(62) C. civ. art. 1831-1 al. 1 : « Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite « promoteur immobilier » s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet [...] ». Il faut aussi garder à l'esprit l'option ouverte par l'art. L. 231-5 du C. constr. hab. si la construction porte sur une ou deux maisons et que le terrain a été directement ou indirectement procuré par le constructeur.



le pas doit parfois être franchi en redéfinissant la nature juridique considérée pour l'harmoniser avec son régime.

**12. La redéfinition de la nature (exemple du cautionnement).** Le cas du contrat de cautionnement est beaucoup plus spectaculaire que les exemples précédents puisqu'il aboutit à redéfinir la nature de ce contrat. En effet, la nature juridique du cautionnement est unanimement appréhendée par la doctrine comme étant celle d'un contrat accessoire. Pourtant, au-delà du fait que la loi ne fait jamais mention d'un tel caractère<sup>(63)</sup>, cette qualification ne permet pas d'expliquer l'impossibilité pour la caution de se prévaloir des remises de dettes consenties au débiteur principal<sup>(64)</sup>, des délais de paiement dans le plan de redressement<sup>(65)</sup> ou de surendettement<sup>(66)</sup>. Encore, le caractère accessoire du cautionnement est manifestement incompatible avec les solutions jurisprudentielles qui admettent que la caution doit garantir les restitutions d'un prêt annulé<sup>(67)</sup> ou qui ne peuvent pas se prévaloir de la nullité du contrat principal pour dol<sup>(68)</sup>. En effet, l'idée même d'accessoire indique que le contrat doit être considéré comme placé sous la dépendance du contrat principal<sup>(69)</sup>, ce qui devrait permettre à la

(63) M. BOURASSIN ; V. BRÉMOND ; M.-J. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. par M. BOURASSIN, 2010 n°214, note 2 qui rappelle que le terme « accessoire » ne figure dans aucun texte.

(64) L. 631-20 C. com. : « Les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

(65) Civ. 1<sup>re</sup> 31 mars 1998, *Bull. I*, n°135 ; Com. 22 juin 1999, *Bull. IV*, n°134 interprétant l'article L. 622-21 C. com. (anc. art. L. 621-40).

(66) L'art. L. 332-9 al. 2 C. conso. prévoit que la dette de la caution subsiste, même après la clôture de la procédure : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé ».

(67) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 1996, *Bull. I*, n°96 : « l'annulation [...] du contrat de prêt laisse subsister l'obligation de restituer tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion dudit prêt ; [...] tant que ces obligations n'étaient pas éteintes les cautions demeuraient tenues ». Dans le même sens : Civ. 1<sup>re</sup> 4 juin 1996, *Bull. I*, n°236 ; Civ. 1<sup>re</sup> 25 mai 1992, *Bull. I*, n°154 ; Com. 18 avril 1985, *Bull. IV*, n°114 ; Com. 17 nov. 1982, *Bull.*, IV, n°357.

(68) Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. civ.* n° 5 ; *BICC* n° 667, 15 sept. 2007. 38 s., rapp. Pinot et avis de Gouttes ; *D.* 2008.514, note L. ANDREU ; *D.* 2007. 2201 s., note D. HOUTCIEFF ; *D.* 2007. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RLDC* sept. 2007. 25 s., note L. AYNÈS ; *RLDA* sept. 2007, n° 1169, p. 35 s., note P. BOUTEILLER ; *JCP G* 2007. Act. 274, obs. J. CASEY ; *RD banc. fin.* juill.-août 2007, n° 145, obs. A. CERLES ; *Banque et droit*, n° 114, juill.-août 2007. 48 s., obs. F. JACOB ; *RTD com.* 2007. 585, obs. D. LEGEAIS et 835, obs. A. MARTIN-SERF ; *CCC* nov. 2007, n° 269, obs. L. LEVENEUR ; *RLDC* juill.-août 2007. 31 s., obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Dr. et proc.* sept.-oct. 2007. 295 s., obs. Y. PICOD ; *JCP E* 2007. 1861, note S. PIDELIÈVRE ; *JCP* 2007. II. 10138, note Ph. SIMLER ; *Dr. et patr.* n° 162, sept. 2007. 85 s., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

(69) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007, V° Accessoire, sens 1, a).



caution de bénéficiaire des remises de dettes ou d'invoquer la nullité de l'obligation principale.

Une fois encore, plusieurs interprétations de cette réalité sont envisageables. La première attitude, majoritairement adoptée en doctrine, est de critiquer ces solutions qui semblent ignorer le caractère accessoire du cautionnement. Mais une seconde interprétation envisageable consisterait à faire remarquer que le caractère accessoire du cautionnement n'a jusqu'ici été défini qu'en raison d'un certain régime juridique, notamment légal. Or du moment que la loi ajoute des éléments à ce régime (notamment en matière de procédures collectives) ou que la jurisprudence complète les termes de la loi (en admettant l'impossibilité de se prévaloir de la nullité du contrat principal), ne faut-il pas repenser la nature du cautionnement en tenant compte de l'ensemble de ces éléments ? Jusqu'ici le caractère accessoire du cautionnement, construction *doctrinale*, ne souffrait pas de doutes, car il permettait de rendre compte d'un nombre assez restreint de règles contenues dans le seul Code civil. Depuis que le droit du cautionnement a été enrichi par les procédures collectives ou le droit de la consommation, ne faut-il pas en conclure que sa nature juridique ne rend plus compte de son régime juridique ? Or tel est bien la voie qu'indique le revers du principe méthodologique étudié : rechercher la nature en fonction du régime. Dans cette voie, il ne serait pas alors pas incongru de définir le cautionnement comme un contrat subsidiaire, la subsidiarité étant entendue comme « ce qui a vocation à venir en second lieu pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut »<sup>(70)</sup>. Ainsi, le contrat de cautionnement serait non plus dépendant du contrat principal mais bien indépendant ce qui expliquerait pleinement qu'il ne soit pas affecté par les événements juridiques qui touchent le contrat principal<sup>(71)</sup>.

Cette façon de redéfinir la nature du cautionnement va à l'encontre de la définition généralement reçue, on n'ose dire : de l'habitude. Une réflexion sur la mission doctrinale elle-même est alors nécessaire. Cette mission consiste-t-elle à dénoncer des

(70) G. CORNU, précité, V° Subsidiaire, sens 1.

(71) J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, tome I, 1998, n°2, p. 132 : « La subsidiarité ne s'identifie pas aux rapports régissant le principal et l'accessoire : alors que l'accessoire s'agrège au principal pour suivre le sort de celui-là et éventuellement disparaître avec lui, la disparition de l'élément essentiel non seulement n'entraîne pas celle du subsidiaire mais, tout au contraire, découvre celui-ci pour le rendre pleinement efficace ».



incohérences et à demander au législateur de les rectifier ou bien à expliquer par une élaboration méthodologique de ses concepts les solutions positivement arrêtées par la loi et la jurisprudence ? La première tendance critique, fut-elle indispensable, s'apparente à une analyse *de lege ferenda* tandis que la seconde tendance est bel et bien une analyse *de lege lata*. Si chacun peut se faire une opinion différente de ce que *devrait être* un bon droit du cautionnement, cette critique elle-même ne se conçoit que si l'on est en mesure de dire ce qu'*est* à un certain moment le droit du cautionnement. La nature juridique est bien ce qui justifie l'application d'un certain régime juridique et, par réciproque, la quête de la nature ne peut se faire qu'en contemplation du régime juridique applicable. Les modifications qui surviennent dans celui-ci sont loin d'être anodines, car elles invitent sans cesse à redéfinir l'adéquation entre nature et régime. La prégnance de cette exigence conduit à détourner une réflexion de Gaston Bachelard pour poser que « le [concept juridique] n'est jamais ce qu'on pourrait croire mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser »<sup>(72)</sup>. Dans cette perspective, la nature juridique doit être définie de façon à justifier l'application du régime juridique. Ainsi, tous les exemples qui précèdent attestent que l'application de régimes juridiques différents met sur la voie d'une distinction des natures juridiques. Le corollaire est alors que l'identité de régime doit logiquement déboucher sur une identité de nature.

## 2. – LE COROLLAIRE : IDENTITÉ DE RÉGIME (ÉGALE) IDENTITÉ DE NATURE

**13. Confirmation par l'inverse** – Si la différence de régime fait supposer la différence de nature, la proposition symétrique doit également se vérifier à savoir que l'identité des régimes conduit à une identité de nature (A). La fixation des critères qui permettent de savoir si deux régimes sont identiques acquiert ainsi toute son importance (B).

---

(72) La citation originale est : « Le réel n'est jamais «ce qu'on pourrait croire» mais il est toujours ce qu'on aurait dû penser » : G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1993, p.13.



*2.1. – L'identité des régimes, indice de l'identité de nature*

**14. Même régime, même nature.** Que les faits soient soumis à un même régime et donc à une même nature juridique semble être à première vue une tautologie voire une redite des développements précédents. Pourtant ce n'est ni l'un ni l'autre.

L'idée ne serait une tautologie qu'à condition d'isoler le régime et la nature de tous les autres concepts juridiques. À cet égard, à ne considérer qu'une seule catégorie juridique, il est évident que tous les faits qui y sont compris tombent forcément sous la coupe du même régime. Cela signifie que si deux situations de faits différentes sont soumises au même régime, la nature juridique correspondante englobe au moins ces deux hypothèses factuelles. À cet égard, il ne s'agit plus d'une tautologie, mais de la reconstruction logique de la nature juridique, reconstruction qui explique pourquoi les deux cas visés sont soumis aux mêmes règles. Une telle connaissance est assurément une amélioration de la description du droit, car à plusieurs qualifications potentielles est substituée une unique nature juridique. Dès lors, l'élaboration de catégories supplémentaires devient inutile : une économie conceptuelle est réalisée<sup>(73)</sup>. En effet, une nature juridique unique permet de rendre compte de la diversité des situations factuelles au lieu de prévoir autant de natures différentes qu'il y aurait de situations factuelles différentes.

L'idée n'est pas non plus une simple redite des développements précédents. En effet, les résultats obtenus sont différents. Dans le cas d'une différenciation des régimes, il faut songer à trouver ou élaborer une définition juridique supplémentaire et distincte qui va en rendre compte. C'est possible soit par insertion des qualifications au sein des catégories déjà existantes soit par un effort (souvent considérable) de reconstruction conceptuelle. À l'inverse, le résultat de l'identité de régime se découvre dans une unification qui freine la fragmentation inutile du droit en multiples catégories. Ce phénomène est sans doute déjà connu à propos des relations entre le droit spécial et le droit commun. La dialectique habituelle de leurs rapports consiste à savoir si les droits spéciaux ne sont que des espèces d'une catégorie plus générale, encore non formulée, ou bien supposent la reconnaissance de catégories distinctes qui se séparent nettement de celles du droit commun. Cette question

(73) Chr. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n° 311, p. 184.



peut être posée à des degrés de généralité divers, mais la structure du problème demeure : faut-il ou non unifier des catégories *a priori* dissemblables ? à partir de quelques exemples choisis, le poids de l'existence d'un même régime pour des faits différents va pouvoir être mis en lumière et ainsi confirmer la portée du corollaire selon lequel l'identité de régime indique l'identité de nature.

**15. L'unification des régimes (exemple des délais en droit de la construction).** L'unification des régimes juridiques peut conduire non seulement à rendre une question théorique sans intérêt pratique immédiat, mais encore à devoir repenser les rapports entre des concepts jusqu'alors distincts. Autrement dit, ce dernier aspect exprime bien que l'identité de régime incite à reconnaître symétriquement une identité de nature.

L'évolution des délais en matière de responsabilité des constructeurs et de leurs sous-traitants est très révélatrice sur ce point. La loi prévoit un délai décennal à condition que le dommage atteigne un certain degré de gravité, à savoir que l'immeuble soit compromis dans sa stabilité ou soit impropre à sa destination<sup>(74)</sup>. Mais la jurisprudence a été confrontée au fait de savoir si les dommages intermédiaires (n'ayant ni un degré de gravité suffisant ni qualifiables sous d'autres catégories spéciales) devaient être réparés et surtout sur quel fondement. En effet, avant la réforme de la prescription de 2008<sup>(75)</sup>, le délai de droit commun était de 30 ans si bien qu'en l'absence de dispositions spécifiques pour ce type de dommages le droit commun devait normalement s'appliquer<sup>(76)</sup>. Pourtant, la Cour de cassation a soumis ce type de dommage au même délai de 10 ans<sup>(77)</sup> sans se laisser influencer par la mise en œuvre du droit commun qui, hier, était régi par un délai de 30 ans et aujourd'hui par un délai de 5 ans.

Cette solution est fort ambiguë. Elle pouvait être comprise comme l'affirmation que ce type de dommage était virtuellement inclus dans la responsabilité décennale des constructeurs alors que le législateur l'en avait exclu. Néanmoins, elle trouvait sa justification dans la volonté législative d'imposer un délai maximal de dix ans à compter de la réception des travaux pour engager la

(74) C. civ. art. 1792.

(75) L. n° 2008-561 du 17 juin 2008.

(76) En effet, la réparation des dommages dit « intermédiaires » est soumise au droit commun selon Civ. 3<sup>e</sup> 22 mars 1995, *Bull.* III, n° 80.

(77) Civ. 3<sup>e</sup>, 16 oct. 2002, *Bull.* III, n°205.





responsabilité<sup>(78)</sup>. Mais le texte ne fait référence qu'aux dispositions spécifiques relatives à la responsabilité des constructeurs et non aux dommages relevant du droit commun. La réforme de la prescription n'a pas changé les données de la question car le délai de droit commun est de 5 ans, autrement dit, il est encore différent de celui auquel les constructeurs sont actuellement soumis. Malgré cela, l'exigence d'une simplification par l'unité du délai est très forte, à tel point que les sous-traitants (initialement exclus de la responsabilité spécifique) se trouvent désormais soumis au même régime<sup>(79)</sup>. Cette série d'aménagements et d'hésitations se solde pour l'instant en faveur d'un délai maximal uniforme que les dommages soient graves ou seulement « intermédiaires ».

Cette unité du régime incite alors à considérer que la nature de la responsabilité des constructeurs est totalement autonome puisque même les dommages qui ne sont pas prévus par la lettre de la loi sont inclus dans le délai décennal. En effet, si le sous-traitant n'est pas assimilé par la loi à un constructeur<sup>(80)</sup>, il est néanmoins soumis au même régime de prescription que lui. Mieux : alors même que l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est censée être délictuelle depuis l'arrêt *Besse*<sup>(81)</sup>, le délai reste malgré tout celui de dix ans. Une telle unification du régime auquel sont soumis constructeurs et sous-traitants est un indice puissant en faveur de la reconnaissance d'une véritable identité de nature de leur responsabilité. D'ailleurs, cette assimilation paraît pleinement justifiée, car le sous-traitant accomplit des travaux qui sont généralement une fraction de l'objet du contrat principal qui lie le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur. Bref, il s'agit bel et bien de la même opération contractuelle. Du coup, la portée de l'arrêt *Besse* en ressort affaiblie, car l'unification réalisée des délais rend sans intérêt sur ce point la qualification délictuelle de l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant<sup>(82)</sup>.

Le même raisonnement peut être reproduit pour la catégorie des constructeurs elle-même. En effet, leur responsabilité spécifique est-elle forcément limitée aux dommages atteignant un certain

(78) C. civ. art. 1792-4-1 (anc. art. 2270).

(79) C. civ. art. 1792-4-2 (anc. art. 2270-2 issu de l'ord. 8 juin 2005).

(80) Il n'apparaît pas au sein de la liste de l'art. 1792-1 C. civ.

(81) Ass. plén. 12 juillet 2001, *Bull. ass. plén.* n° 5.

(82) Malgré cela, la qualification délictuelle semble permettre au maître de l'ouvrage d'éviter que le sous-traitant ne lui oppose des clauses limitatives de responsabilité qui sont contenues dans son propre contrat qui le lie à l'entrepreneur principal.



seuil de gravité ? La question se pose car la catégorie du dommage intermédiaire fait figure d'oubli de la part du législateur ou du moins de l'insuffisance des catégories prévues pour couvrir tous les cas de dommage. Or, en refusant de soumettre les dommages intermédiaires au délai de droit commun, la jurisprudence (suivie par le législateur) a réalisé sans le dire une extension de la responsabilité décennale pour des cas non prévus. Autrement dit, la loi spéciale a été interprétée par voie d'analogie, en dépit du principe d'interprétation stricte des exceptions<sup>(83)</sup>. Le résultat a été de soumettre tous les dommages qui ne sont réparés ni au titre de la garantie de bon fonctionnement<sup>(84)</sup> ni au titre de la garantie de parfait achèvement<sup>(85)</sup> au régime uniforme du délai décennal, abstraction faite de la gravité requise par la lettre de la loi. Ainsi, soumettre certains dommages à un certain régime est certes une prise de position sur l'opportunité pratique d'unifier les délais mais cette prise de position est indissociable de l'affirmation théorique sous-jacente de l'identité de nature correspondante. Pour le dire d'une autre façon, quels que soient les artifices déployés par le législateur ou la jurisprudence, ils ne peuvent éviter l'effort de rationalisation auquel les catégories juridiques seront soumises par la doctrine et qui aboutira à leur éventuelle reconfiguration ou redéfinition. Sous un autre aspect, c'est même la nature juridique qui semble primer la lettre de la loi : le législateur, en dépit des terminologies employées ou évitées, ne semble pas pouvoir se rendre maître des concepts qu'il utilise<sup>(86)</sup>.

**16. La similitude des régimes (exemple des troubles anormaux de voisinage).** L'identité de nature s'infère de régimes unifiés par le législateur ou le juge, mais encore si les régimes sont simplement similaires. En effet, il n'y a pas d'intérêt à prévoir des catégories distinctes si les régimes juridiques qui y correspondent sont identiques sur de nombreux points, voire sur tous les points.

(83) Cette façon de raisonner est toutefois conforme à l'enseignement de G. Cornu selon lequel la disposition exceptionnelle doit être interprétée dans la plénitude de sa raison d'être : *L'application des réformes récentes du code civil*, Cours DES, 1970-1971, p. 216.

(84) C. civ. art. 1792-3 : garantie qui vise les dommages sur les éléments dissociables, deux ans à compter de la réception.

(85) C. civ. art. 1792-6 : garantie qui vise tous les dommages survenus un an à compter de la réception.

(86) Comp. Chr. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 2002, n° 318, pp. 189-190 : « En reconnaissant qu'il n'appartient au législateur ni de définir, ni de dégager la nature juridique des institutions dont il fixe les règles, [les auteurs] consacrent l'existence d'une fonction propre qui s'ajoute à la normative pour tenir compte de l'histoire complexe des concepts et des liens qui les unissent ».





À cet égard, l'exemple des troubles anormaux de voisinage (TAV) est particulièrement frappant.

L'autonomie de cette responsabilité est aujourd'hui largement admise : elle nécessite un trouble atteignant un certain degré de gravité pour engager la responsabilité, elle est en outre détachée de toute faute sans pour autant être réductible à un cas de responsabilité du fait des choses (le propriétaire est responsable et non le gardien). Pourtant, à l'analyse, ce cas de responsabilité ne diffère pas du régime de droit commun sur de très nombreux points. D'abord, l'action n'est pas réservée au propriétaire de l'immeuble et comme en droit commun c'est la victime qui est titulaire de l'action<sup>(87)</sup>. Ensuite, le préjudice est apprécié comme en droit commun : il ne se limite pas à la dépréciation de l'immeuble<sup>(88)</sup> et les particularités de la victime sont prises en compte pour apprécier le dommage<sup>(89)</sup>. Enfin, le risque de dommage est réparé comme un dommage, sans le soumettre à des règles différentes du droit commun<sup>(90)</sup>. Bref, le TAV est soumis au même régime que le droit commun ce qui porte à s'interroger sur sa nature juridique et à dépasser sa qualification prétendument autonome. En effet, l'identité des régimes fournit un indice pour penser l'identité de nature entre le TAV et la responsabilité civile.

Toutefois, on ne peut ramener le TAV à la responsabilité du fait des choses, car la jurisprudence persiste à distinguer entre ces deux hypothèses<sup>(91)</sup>. Malgré l'existence de l'immeuble, l'inadéquation de la responsabilité du fait des choses se comprend, car les critères de la garde ne sont pas appliqués pour apprécier l'existence du fait générateur de responsabilité. La responsabilité du fait d'autrui étant à l'évidence exclue, il reste alors seulement la catégorie de faute. Or la jurisprudence semble expressément écarter cette référence<sup>(92)</sup>.

(87) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 1961, *Bull.* I, n° 411.

(88) Civ. 3<sup>e</sup>, 3 nov. 1977, *Bull.* III, n° 367.

(89) Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juill. 2006, n° 05-17521 ; en ce cas il y a « un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, lequel doit être apprécié non pas par rapport au bon père de famille mais par rapport au chasseur de palombe averti ».

(90) Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 2004, *Bull.* II, n° 291 : réparation du risque de recevoir des balles de golf ; Civ. 2<sup>e</sup> 9 oct. 1996, *Bull.* II, n° 231 : insonorisation d'une activité bruyante ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juill. 2004, *Bull.* I n° 209 : suspension de l'activité pour permettre des travaux visant à pallier des odeurs désagréables.

(91) Pour des glissements de terrain : Civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003, *Bull.* II, n° 200. Egal., dans le même sens : Civ. 2<sup>e</sup>, 26 sept. 2002, *Bull.* II, n° 198 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 27 fév. 1991, *Bull.* II, n° 66.

(92) Par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 nov. 1977, n° 76-11874, *Bull.* III, n° 395 : la cour d'appel n'avait pas « à constater l'existence d'une faute ». Mais peut-être parce que l'anormalité du trouble semble la supposer ?



L'ensemble de ces raisons semble expliquer pourquoi l'autonomie des TAV est reconnue : parce qu'aucune catégorie du droit commun ne convient.

Pourtant, il existe un point commun à tous les TAV : ils supposent l'usage d'un droit. C'est l'évidence pour le propriétaire du bien, le locataire, l'usufruitier et plus généralement tous les occupants de l'immeuble, « quel que soit le titre de leur occupation »<sup>(93)</sup>. Aussi, l'identité de nature est à rechercher du côté de l'abus de droit qui consacre la possibilité d'une faute dans l'exercice d'un droit. Si les TAV ne se caractérisent pas par une faute intentionnelle (délict), ils peuvent en revanche être classés sous la catégorie de la simple négligence (quasi-délict). L'originalité réside alors dans la reconnaissance d'une faute quasi-délictuelle (la négligence) dans l'exercice d'un droit. Au fond, l'autonomie des TAV pourrait être ramenée à une catégorie inexprimée, mais virtuellement contenue dans celle de l'abus. En effet, le point commun entre l'abus et les TAV est bien l'existence d'une situation initialement licite mais qui va néanmoins engager la responsabilité du titulaire du droit. Cette voie incite à approfondir les catégories d'abus et de faute, en les comparant au quasi-délict. De ce point de vue, l'identité de régime appelle bien l'identité de nature qui elle-même assure l'unité des faits générateurs de la responsabilité civile au détriment de la dispersion inhérente à l'admission de qualifications autonomes.

**17. Identité de régime (égale) identité de nature (exemple de l'exception pour risque d'inexécution).** Un dernier exemple illustre encore mieux le tropisme du régime sur la nature : l'exception pour risque d'inexécution, censée être distincte de l'exception d'inexécution. L'argument principal en faveur de cette distinction réside dans sa reconnaissance à demi-mot dans la loi<sup>(94)</sup> qui mentionne la notion de doute sur l'exécution<sup>(95)</sup>.

Pourtant, parce que l'exception pour risque d'inexécution est soumise au même régime que l'exception d'inexécution, elle consiste au fond dans la mise en œuvre anticipée de celle-ci. Autrement dit, elle n'est pas un concept autonome. Ceci signifie que les hypothèses que recouvrent l'expression « d'exception pour risque

(93) Civ. 2<sup>e</sup>, 17 mars 2005, *Bull.* II, n° 73.

(94) V. notamment C. civ. art. 1613, 1653 et 1655.

(95) F. PARISSO, « Observations sur la résolution de la vente d'immeubles d'après l'article 1655 du Code civil », *RTD civ.* 2011, p. 67 et s. ; A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.*, 2003, p. 31 et s.

d'inexécution » invitent en réalité à mieux définir ce qu'est l'exception d'inexécution qui comprend déjà en son sein ces hypothèses. Ce retour à l'unité (contre la fragmentation des natures juridiques) est exemplaire. Il illustre la prégnance du régime pour la détermination de la nature. La seule différence entre l'exception d'inexécution et l'exception pour risque d'inexécution est temporelle, différence d'ordre factuel et non d'ordre conceptuel<sup>(96)</sup>.

Cet exemple pourrait résumer à lui seul l'intérêt de raisonner sur l'envers du principe méthodologique « différence de nature (égale) différence de régime ». Le revers du principe méthodologique se dévoile comme une arme puissante de réflexion. Il permet notamment de poser la question de l'unification des catégories, de leur harmonie, voire de leur économie. Il exige à penser l'identité sur le mode rigoureux du concept.

## 2.2. – Détermination de l'identité de régime

**18. Connaissance des régimes identiques** – L'enjeu de la connaissance de l'identité des régimes est de suggérer au chercheur une voie vers l'identité de nature. À suivre la définition reçue du régime juridique<sup>(97)</sup>, il ne semble pas y avoir de difficultés particulières sur le point de savoir si deux régimes peuvent être dits identiques. Pourtant, si la définition formelle de ce qu'est un régime juridique est intuitivement simple, la caractérisation concrète des régimes juridiques identiques est bien plus délicate.

En effet, il existe déjà un problème de « périmètre » du régime juridique. Ce dernier peut comprendre un grand nombre de règles (le régime de la vente) ou ne porter au contraire que sur quelques règles (le régime de l'action en vices cachés). À cet égard, la bonne distribution des régimes au regard de la nature envisagée doit être faite avec soin. En revenant sur un exemple précédent<sup>(98)</sup>, si l'opposition entre la possibilité ou l'impossibilité d'un relevé d'office se justifie par la distinction entre délais présomptifs et délais de

(96) FR. COLONNA D'ISTRIA, *Temps et concepts en droit des obligations. Essai d'analyse méthodologique*, Thèse, dir. J.-L. BERGEL, Aix-en-Provence, 2009, n° 120, p. 234 : « Si à tout concept correspond un régime, alors l'exception pour risque d'inexécution ne peut être un concept autonome, un concept à part entière : les conséquences juridiques de son application ne diffèrent en rien du régime de l'exception d'inexécution ».

(97) G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, précité, V° régime : « système de règles considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire) ».

(98) V. *supra*, n° 8.

forclusion, en revanche ces deux délais ont en commun la possibilité d'être interrompus. Néanmoins, la suspension est un trait propre à la prescription, car les délais d'épreuve ou butoir (comme celui de la responsabilité des constructeurs) ne peuvent être suspendus. Or c'est un point commun avec les délais de forclusion ce qui a longtemps fait croire à la pertinence de la catégorie des délais « préfix ».

On mesure donc à quel point le régime juridique est une œuvre de synthèse. Par exemple, le régime de la prescription suppose à la fois de tenir compte du fait que c'est un délai (l'interruption est possible), que c'est en soi une prescription (la suspension est possible) et que ce n'est pas une forclusion (le relevé d'office est exclu). Chaque nature juridique se combine pour former une définition dont chaque élément peut expliquer la mise en œuvre d'une règle particulière ou au contraire sa mise à l'écart. À cet égard, le régime juridique paraît pouvoir être analytiquement décomposé et synthétiquement recomposé grâce à la définition de sa nature juridique correspondante. Si des différences sur la longueur des délais ne laisse pas de doute sur la nécessité de distinguer des régimes, en revanche nombre d'entre eux ont des points communs qui peuvent susciter la confusion dans la recherche de la nature juridique.

**19. Des régimes distincts pour une même définition (exemple de l'annulation et de la résolution).** Un exemple très curieux de cette confusion est la définition de l'annulation et de la résolution. La doctrine enseigne dans les manuels de base qu'il s'agit dans les deux cas d'anéantir rétroactivement le contrat ce qui emporte comme conséquence pratique les restitutions. Pourtant, la doctrine enseigne également que l'annulation tient à la formation du contrat tandis que la résolution sanctionne son inexécution. Or la distinction est-elle si pertinente du moment que l'annulation et la résolution sont l'expression d'un seul et même concept, celui d'anéantissement rétroactif ? L'argument opposant que le vice tenant à la formation est apprécié au jour de la rencontre des volontés n'est guère convaincant car les vices du consentement comme l'erreur ou le dol sont, par hypothèse, découverts après la conclusion du contrat – sans quoi la partie n'aurait pas contracté. Dès lors, est-il cohérent d'unifier le régime de l'annulation et de la résolution (*via* l'effet rétroactif censé régler les restitutions) pour

ensuite distinguer entre la rencontre des volontés et l'exécution du contrat ?

La réponse est mitigée, car d'un côté la différence n'est guère sensible en apparence pour les restitutions et d'un autre côté certains éléments plaident nettement en faveur du maintien de la distinction entre formation et exécution. Parmi ces derniers, la signification procédurale de la distinction formation/exécution est notable. Un contractant qui aurait d'abord critiqué l'exécution du contrat semble ainsi admettre sa validité et serait irrecevable à demander en appel une nullité qui pourrait bien se heurter à l'interdiction des prétentions nouvelles<sup>(99)</sup>. Comme on ne saurait enjoindre l'exécution d'un contrat nul, la demande fondée sur l'inexécution du contrat semble bien supposer que celui-ci est valable. L'argument inverse consisterait à souligner que l'annulation et la résolution se définissent d'une même façon et seraient alors soumises à un même régime. Pourtant, au-delà de la définition commune de ces deux concepts, des différences substantielles demeurent. Parmi celles-ci, il y a celle de la preuve qui sera forcément différente pour demander la nullité ou la résolution. Fondée sur le non-respect des obligations contenues dans le contrat, la résolution est irréductible à la nullité fondée sur une critique de la rencontre des volontés. De même, l'optique contentieuse est différente dans chaque cas : demander la nullité, c'est avouer que le contrat est structurellement insatisfaisant (car non valable) ; demander la résolution c'est avouer que l'exécution n'a pas complètement satisfait le créancier et que ce dernier cherche alors certains équivalents en argent ou en nature (grâce aux restitutions). De même, alors que la résolution est censée anéantir tout le contrat, la clause pénale est épargnée, car elle a justement pour raison d'être de sanctionner l'inexécution<sup>(100)</sup>.

Il est finalement délicat de trancher de façon péremptoire entre nullité et résolution sans prendre parti sur la définition de ces concepts. Autrement dit, la connaissance de l'identité des régimes juridiques ne passe pas seulement par celle de leur finalité. Il faut surtout établir si une définition commune est adéquate ou

(99) CPC art. 564 : « À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

(100) C'est d'ailleurs une curieuse conception de l'anéantissement qui consiste à le limiter à certaines obligations et pas à d'autres : Civ. 3<sup>e</sup> 26 janv. 2011, *Bull.* III, n<sup>o</sup> 12.



pertinente. Ainsi, l'effort de précision des concepts ne porte pas seulement sur la détermination de la nature juridique mais aussi sur les concepts inhérents au régime attaché à celle-ci. La détermination de l'identité de régime amène déjà à s'interroger sur la nature juridique elle-même, tel est le paradoxe ! En effet, on remarquera que la définition générale de la résolution comme un anéantissement rétroactif de l'acte juridique ne respecte pas la méthode aristotélicienne d'inclusion dans le genre prochain et de recherche de la différence spécifique<sup>(101)</sup>. Ce point apparaît en considérant la définition de la résiliation comme un anéantissement non rétroactif du contrat. À cet égard, c'est bien la résiliation qui est le concept le plus vaste. Aussi, la résolution devrait être appréhendée comme une « résiliation rétroactive », terminologie totalement hérétique au regard des définitions actuellement admises. Ce seul exemple illustre combien une réflexion préalable et approfondie sur les concepts composant le régime juridique est nécessaire. Sans cela, l'affirmation de l'identité des régimes est impossible et l'influence du régime sur la nature resterait dans l'ombre, totalement impensée. C'est ainsi que naissent de véritables contradictions.

**20. Des régimes identiques pour deux définitions (exemple de la responsabilité contractuelle).** L'hypothèse de régimes identiques pour deux catégories est l'inverse de la précédente. Elle a été rendue célèbre par un article de référence sur le concept de responsabilité contractuelle<sup>(102)</sup> qui a provoqué une controverse de grande ampleur<sup>(103)</sup>. La reformulation méthodologique de la problématique conduit à la présentation suivante : les dommages-in-

(101) ARISTOTE, *Organon. Seconds analytiques*, trad. J. TRICOT, Vrin, 1979, II, 13, 97 a, 25-30, p. 220.

(102) Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

(103) V. pour les références principales : G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 921 et s. ; Chr. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543 et s. ; P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, Sixièmes journées René Savatier, 1998, p. 65 et s. ; E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.* 1999, p. 1 et s. ; P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Paris Dalloz, actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, 2003, p. 243 et s. ; Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, n°31, 1996/1, p. 31 et s. ; M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*. Poitiers, LGDJ, collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003 ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223 et s. ; D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Écrits en hommage à Gérard Cornu*,





térêts sont une seule et même conséquence de l'inexécution du contrat ou de la faute délictuelle et, *en raison de cette identité de régime*, la doctrine a construit un concept de responsabilité contractuelle qui unifie le régime des dommages-intérêts autour de la seule notion de responsabilité civile à la fois contractuelle et extra-contractuelle. Or la critique adressée au concept de responsabilité contractuelle porte justement sur ce point : le régime de l'inexécution du contrat est loin de se limiter à une sanction pécuniaire. Le régime contractuel comporte en outre la résolution, l'exécution forcée, l'application de clauses qui modulent l'ampleur ou la portée de l'inexécution. Pour le dire méthodologiquement, la base de construction du concept de « responsabilité contractuelle » est trop étroite parce qu'elle s'en tient exclusivement à la considération des dommages-intérêts. Cela n'a pas empêché le concept doctrinal de « responsabilité contractuelle » d'avoir une influence considérable dont les manifestations sont l'application au contrat des catégories de la responsabilité (faute, dommage, lien de causalité), le développement de la règle du « non-cumul » (inconnue de la loi) et l'adjonction toujours plus importante d'obligations non voulues par les parties (comme l'obligation de sécurité).

Il ne s'agit pas ici de trancher sur le fond la controverse relative à la responsabilité contractuelle mais de souligner ses ressorts méthodologiques, peu explorés en eux-mêmes. En effet, l'une des données du débat est bien de savoir ce qu'est exactement le régime de l'inexécution du contrat. Se limite-t-il aux dommages-intérêts ou est-il plus vaste ? Pour le décider, dire qu'il existe une « responsabilité contractuelle » c'est affirmer sans démonstration la thèse même qu'il faut démontrer, erreur de raisonnement appelée pétition de principe. C'est partir de l'unité de la nature pour en déduire l'unité du régime au lieu de partir de l'identité du régime lui-même. Or la critique du concept de responsabilité contractuelle fait valoir que la résolution et les dommages-intérêts sont des modes d'exécution par équivalent du contrat et non un simple procédé indemnitaire qui répare un dommage. Bref, les dommages-intérêts contractuels n'ont pas la même fonction que les dommages-intérêts délictuels. Les uns sont un équivalent de l'exécution, les autres sont une réparation. Plus que jamais, la considérable influence du régime sur la nature se dévoile puisque la différence de nature est

Paris, 1995, p. 429 et s. ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.*, 1998, p. 839 et s.



dans cette controverse primordialement pensée comme une différence de régimes. Voilà qui appelle à une exigence redoutable : déterminer si des régimes sont identiques, savoir s'ils répondent à une même définition. Le seul rapprochement de surface entre l'existence commune des dommages-intérêts pourrait bien être insuffisant pour affirmer l'existence d'un seul et même régime. Cela conduirait à cette conséquence étrange que tout serait dans le droit de la responsabilité puisque les dommages-intérêts existent dans quasiment tous les domaines. Mais ce qu'il faut plus encore souligner c'est que sans l'application à rebours du principe méthodologique discuté, la controverse n'aurait même pas pu naître. C'est un nouveau signe remarquable du poids de celui-ci et de sa secrète influence sur l'orientation de la recherche.

\* \* \*

À travers plusieurs exemples, le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime » apprend l'importance du régime pour la détermination de la nature. Mais au-delà, il écarte définitivement l'idée que la recherche en droit se réduirait à de l'improvisation. En effet, ce que l'étude de la face cachée du principe révèle et confirme à la fois, c'est l'importance cruciale des définitions juridiques. En fixant les identités possibles, les concepts juridiques déterminent en même temps les différences concevables pour l'application de régimes juridiques distincts. C'est peu dire que le savoir des juristes se nourrit de solides principes méthodologiques qui invitent à prendre les concepts juridiques au sérieux. Les concepts interviennent dans tous les domaines du droit : application, catégorisation, classification, raisonnement, qualification et même argumentation. Définitivement, les juristes ne peuvent se désintéresser de la méthodologie juridique, mais doivent au contraire continuer sans cesse de s'abreuver à cette source vive. On ne saurait mieux témoigner au dédicataire de ces lignes que le mouvement de pensée qu'il a initié est destiné à se perpétuer en se renouvelant sans cesse.

